

VOL.18

2019

Revista Jurídica

Ministério Público do Estado do Amazonas

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAUF

**Revista Jurídica do Ministério Público
do Estado do Amazonas**



Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas

RJMPAM	Manaus	v. 18	2019	jan./dez.	p. 1 à 275
--------	--------	-------	------	-----------	------------

©2020 Ministério Público do Estado do Amazonas

Coordenação-Geral: André Virgílio Belota Seffair

Comissão Editorial: Daniel Leite Brito, Darlan Benevides de Queiroz, Vitor Moreira da Fonsêca.

Secretária: Shirley Lima da Silva

Diagramação: Hirailton Gomes do Nascimento

Revisão e normalização: Lourinéia Reis de Sant'Anna e Wanderléia Lima da Silva.

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas./
Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF.
v.18, n.1, (jan./dez. 2019). Manaus: PGJ/CEAF, 2020.

275p.

Continuação de: Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas
(2000-2005)

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito- Periódicos. 2. Ministério Público I. Título

CDU 34 (05)
CDDir 340.05

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Procuradoria-Geral de Justiça

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF

Avenida Coronel Teixeira, n. 7995 – Nova Esperança

CEP: 69037-473 Manaus – AM

Fone: (92) 3655-0753/3655-0754/3655-0755

www.mpam.mp.br

ceaf@mpam.mp.br



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Leda Mara Nascimento Albuquerque

**SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONAIS**

Carlos Fábio Braga Monteiro

**SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Mauro Roberto Veras Bezerra

CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Jussara Maria Pordeus e Silva

OUVIDOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Nicolau Libório dos Santos Filho

SECRETÁRIO-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Alberto Rodrigues do Nascimento Júnior

**CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

André Virgílio Belota Seffair

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA: José Jorge Souza de Carvalho - Leôncio Salignac e Souza - Amadeu Soares Botelho - Elphego Jorge de Souza - José Augusto Teles de Borborema - Adriano Alves de Queiroz - Domingos Alves Pereira de Queiroz - Vicente de Mendonça Júnior - Geraldo de Macedo Pinheiro - João Ricardo de Araújo Lima - Newton de Menezes Vieiralves - José Catanhede de Mattos Filho - David Alves de Mello - Mário Jorge do Couto Lopes - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - João dos Santos Pereira Braga - Moacir de Souza Alves - Adalberto Andrade de Menezes - Aderson Pereira Dutra - Pedro da Silva Costa - Gebes de Mello Medeiros - Aguielo Balbi - Orlando dos Santos Santiago - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Evandro Paes de Farias - Mauro Luiz Campbell Marques - Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Vicente Augusto Cruz Oliveira - Otávio de Souza Gomes - Francisco das Chagas Santiago da Cruz - Carlos Fábio Braga Monteiro - Leda Mara Nascimento Albuquerque.

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Adelson Albuquerque Matos - Aguielo Balbi Júnior - Antonina Maria de Castro do Couto Valle - Carlos Lélío Lauria Ferreira - Flávio Ferreira Lopes - Jussara Maria Pordeus e Silva - Karla Fregapani Leite - Liani Mônica Guedes de Freitas Rodrigues - Maria José da Silva Nazaré - Mauro Roberto Veras Bezerra - Neyde Regina Demóstenes Trindade - Nicolau Libório dos Santos Filho - Noeme Tobias de Souza - Pedro Bezerra Filho - Públio Caio Bessa Cyrino - Rita Augusta de Vasconcellos Dias - Sandra Cal Oliveira - Sílvia Abdala Tuma - Suzete Maria dos Santos.

PROCURADORES DE JUSTIÇA INATIVOS: Aguielo Balbi - Alberto Nunes Lopes - Ana Maria Duarte Esteves - Antonio Guedes da Silva - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Áurea Márcia Bittencourt Karan - Carlos Alberto Barbosa da Silva - Carlos Antônio Ferreira Coelho - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Edilson dos Santos Oliveira - Evandro Paes de Farias - Fernando Florêncio da Silva - Francisco Assis Nogueira - Francisco das Chagas Santiago da Cruz - Frederico Monteiro Barroso - Jaime Tourinho Fernandez - José Maria Lopes - José Roque Nunes Marques - Luiz Félix Conceição Santos - Lupercino de Sá Nogueira Filho - Maria Helena Antonio Monassa Abinader - Maria José Silva de Aquino - Merita Azulay Cardoso Soares - Orlando dos Santos Santiago - Pedro da Silva Costa - Salvador Conte - Silvana Maria Mendonça Pinto dos Santos - Telma Martins Maciel - Vicente Augusto Cruz Oliveira.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE ENTRÂNCIA FINAL: Adriano Alecrim Marinho - Alberto Rodrigues do Nascimento Júnior - Alessandro Samartin Gouveia - Álvaro Granja Pereira de Souza - Ana Cláudia Abboud Daou - Anabel Vitória Pereira Mendonça de Souza - André Alecrim Marinho - André Luiz Medeiros Figueira - André Virgílio Belota Seffair - Antônio José Mancilha - Aurely Pereira de Freitas - Carla Santos Guedes Gonzaga - Carlos Fábio Braga Monteiro - Carlos José Alves de Araújo - Carlos Sérgio Edwards de Freitas - Christianne Corrêa Bento da Silva - Clarissa Moraes Brito - Cláudia Maria Raposo da Câmara - Cláudio Sérgio Tanajura Sampaio - Cleucy Maria de Souza - Cley Barbosa Martins - Daniel Leite Brito - Darlan Benevides de Queiroz - Davi Santana da Câmara - David Evandro Costa Carramanho - Delisa Olívia Vieira Alves Ferreira - Edgard Maia de Albuquerque Rocha - Edilson Queiroz Martins - Edinaldo Aquino Medeiros - Edna Lima de Souza - Elis Helena de Souza Nóbile - Elizandra Leite Guedes de Lira - Elvys de Paula Freitas - Evandro da Silva Isolino - Francilene Barroso da Silva - Francisco de Assis Aires Argüelles - Francisco Lázaro de Moraes Campos - Géber Mafra Rocha - George Pestana Vieira - Hilton Serra Viana - Igor Starling Peixoto - Ítalo Klinger Rodrigues do Nascimento - Jefferson Neves de Carvalho - João de Holanda Farias - João Gaspar Rodrigues - Jorge Alberto Gomes Damasceno - Jorge Alberto Veloso Pereira - Jorge Michel Ayres Martins - Jorge Wilson Lopes Cavalcante - José Bernardo Ferreira Júnior - José Felipe da Cunha Fish - Kátia Maria Araújo de Oliveira - Laís Rejane de Carvalho Freitas - Lauro Tavares da Silva - Leda Mara Nascimento Albuquerque - Lílian Maria Pires Stone - Lincoln Alencar Queiroz - Luciana Toledo Martinho - Lucíola Honório de Valois Coêlho - Luissandra Chíxaro de Menezes - Luiz Alberto Dantas de Vasconcelos - Mara Nóbila Albuquerque da Cunha - Marcelo Pinto Ribeiro - Márcio Fernando Borges Nogueira de Campos - Marco Aurélio Lisciotta - Maria Betusa Araújo do Nascimento - Maria Cristina Vieira da Rocha - Maria Eunice Lopes de Lucena Bittencourt - Maria Piedade Queiroz Nogueira Belasque - Mário Ypiranga Monteiro Neto - Marlene Franco da Silva - Marlinda Maria Cunha Dutra - Mirtíl Fernandes do Vale - Nilda Silva de Sousa - Paulo Stélio Sabbá Guimarães - Reinaldo Alberto Nery de Lima - Renata Cintrão Simões de Oliveira - Renilce Helen Queiroz de Sousa - Rodrigo Miranda Leão Junior - Rogeanne Oliveira Gomes da Silva - Rogério Marques Santos - Romina Carmem Brito Carvalho - Ruy Malveira Guimarães - Sarah Pirangy de Souza - Sheyla Andrade dos Santos - Sheyla Dantas Frota de Carvalho - Silvana Nobre de Lima Cabral - Silvana Ramos Cavalcanti - Simone Braga Lunière da Costa - Simone Martins Lima - Solange da Silva Guedes Moura - Tereza Cristina Coêlho da Silva - Valber Diniz da Silva - Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho - Vicente Augusto Borges Oliveira - Vitor Moreira da Fonsêca - Walber Luiz Silva do Nascimento - Wandete de Oliveira Netto.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE ENTRÂNCIA INICIAL: André Lavareda Fonseca - Armando Gurgel Maia - Carlos Firmino Dantas - Carolina Monteiro Chagas Maia - Christiane Dolzany Araújo - Daniel Silva Chaves Amazonas de Menezes - Eliana Leite Guedes - Flávio Mota Morais Silveira - Gerson de Castro Coelho - Iranilson de Araújo Ribeiro - João Ribeiro Guimarães Netto - José Augusto Palheta Taveira Júnior - Kepler Antony Neto - Kleyson Nascimento Barroso - Leonardo Abinader Nobre - Leonardo Tupinambá do Valle - Luiz do Rego Lobão Filho - Marcelle Cristine de Figueiredo Arruda - Marcelo Augusto Silva de Almeida - Marcelo de Salles Martins - Márcia Cristina de Lima Oliveira - Márcio Pereira de Mello - Paulo Alexander dos Santos Beriba - Roberto Nogueira - Rômulo de Souza Barbosa - Sarah Clarissa Cruz Leão - Sérgio Roberto Martins Verçosa - Tânia Maria de Azevedo Feitosa - Vivaldo Castro de Souza - Yara Rebeca Albuquerque Marinho - Ynna Breves Maia.

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS: Adriana Monteiro Espinheira - André Epifânio Martins - Bruno Batista da Silva - Caio Lúcio Fenelon Assis Barros - Cláudio Facundo de Lima - Elanderson Lima Duarte - Eric Nunes Novaes Machado - Fábía Melo Barbosa de Oliveira - Fabrício Santos Almeida - Gabriel Salvino Chagas do Nascimento - Gustavo Van Der Laars - Jarla Ferraz Brito - Karla Cristina da Silva Sousa - Lilian Nara Pinheiro de Almeida - Marina Campos Maciel - Míriam Figueiredo da Silveira - Priscilla Carvalho Pini - Rodrigo Nicoletti - Sylvio Henrique Lorena Duque Estrada - Thiago Leão Bastos - Timóteo Ágabo Pacheco de Almeida - Vinícius Ribeiro de Souza - Weslei Machado Alves

PROMOTORES DE JUSTIÇA INATIVOS: Aguinaldo Concy de Souza - Alfredo da Silva Santana - Aluísio Pereira de Lima - Antônio Alves Santana - Antônio Raimundo Barros de Carvalho - Bernardo José Antunes - Cândido Honório Ferreira Filho - Carlos Alberto de Moraes Ramos - Carlos Alberto Loureiro Pinagé - Clodualdo de Souza Pinheiro - Colmar Rabelo de Medeiros - Edilson Freire - Elias de Oliveira Chaves - Felipe Antônio de Carvalho - Fernando Antônio Ferreira Lopes - Flávio Queiroz de Paula - Francisco Gomes da Silva - Francisco José de Menezes - Guiomar Felícia dos Santos Castro - Izabel Christina Chrisóstomo - João Florêncio de Menezes - João Valente de Azevedo - Jonas Neto Camêlo - Jones Karrer de Castro Monteiro - Joquebede de Oliveira Souza - José Bento Cosme - José Herivelto Pereira de Oliveira - Léa Regina Pereira Mattos - Lorena de Verçosa Oliva - Luiz Tadeu Calderoni - Manuel Edmundo Mariano da Silva - Maria da Conceição

Silva Santiago - Maria Nazareth da Penha Vasques Mota - Maria Neide de Andrade Bezerra - Nicolau Silva de Oliveira - Nilza Rodrigues de Almeida - Otávio de Souza Gomes - Raimundo David Jerônimo - Raimundo do Nascimento Oliveira - Ronaldo Andrade - Sandra Maria Cabral Miranda Barros Ramalho.

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS INATIVOS: Christiane Rodrigues Brand - José Cruz da Silva.

In memoriam:

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Adalberto Ribeiro de Souza - Antonio Alexandre Pereira Trindade - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - Flávio de Azevedo Tribuzy - Gebes de Mello Medeiros - Geraldo de Macedo Pinheiro - Ivan Coelho Cintra - João Bosco Sá Valente - Jorge Abdon Karim - José Agostinho Nunes Balbi - José Ribamar Prazeres Coelho - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Manuel Braga dos Santos - Marcus Vinícius Guedes de Lima - Marília Marques de Oliveira - Mário de Mello Bittencourt - Mithridates Corrêa Filho - Nestor da Costa Ferreira - Orlando Moreira de Souza - Osmar Rodrigues Bento - Pedro de Souza Lira - Raimundo Nonato Coelho - Roberto de Aquino Valle - Silis Campello Moslay - Tabira Rodrigues Fortes - Yano René Pinheiro Monteiro.

PROMOTORES DE JUSTIÇA: Afonso Acampora - Aloísio Rodrigues de Oliveira - Altair Ferreira Thury - Amadeu Soares Botelho - América Amorim Antony - Arary Campos C. Lima - Ariosto Lopes Braga - Ary Tapajós Cahn - Blás Torres Filho - Carlos Alberto Silva - Carlos Augusto de Araújo Marques - Cássio de Gouvêa D. Cavalcante - Carlos Alberto Silva - Danilo do Silvan - Dário Alves da Cruz - Eduardo Bentes Guerreiro - Eutichio Haidem Vieira - Fernando B. V. Gonçalves - Francisco Jorge Noronha - Francisco Sá P. Passos - Frederico A. R. da Câmara - Gilberto Ramos da Silva - Giovanni Figliuolo - Hugo Coelho Cintra - Isaac Marcus Pinto - João Batista dos Santos - João Lúcio de Almeida Ferreira - Jessé Soares Ferreira - José de Araújo Mendes - José Lúcio Paiva - Juarez Tavares Bandeira - Lauro Barbosa da Costa - Lúcia Cistina C. Barros - Luiz Cartas Cáffaro - Maria das Graças Gaspar de Melo - Mário Diogo de Melo - Nasser Abraham Nasser Netto - Paulo Cardoso de Carvalho - Rafael Barbosa Amorim - Raimundo Carlos Sampaio - Raimundo Andrade Bentes - Renato Ribeiro da Rocha - Roger Oliveira Gama da Silva - Sebastião José M. de Paiva - Sebastião Norões - Teófilo Narciso de Mesquita Neto - Waldir Rosas dos Santos.

Sumário

Apresentação	12
A operação lava jato e um novo olhar hermenêutico	14
<i>Timóteo Ágabo Pacheco de Almeida</i>	
Princípio da insignificância e a teoria das janelas quebradas: a função do Ministério Público na interface entre direito penal mínimo e máximo	42
<i>Larissa Guimarães Gonçalves Galati</i>	
Saúde pública: responsabilidade civil do Estado no fornecimento de medicamentos	58
<i>Raquel França Ribeiro Braga da Costa</i>	
A capacidade civil da pessoa natural e sua conformação no direito brasileiro	84
<i>Luciana Toledo Martinho</i>	
Escolha do Procurador-Geral de Justiça: o derradeiro enlace a ser superado entre o Ministério Público e o Poder Executivo	106
<i>Caio Lúcio Fenelon Assis Barros</i>	

Responsabilidade em acidentes envolvendo veículos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro	122
<i>Steven Castro Conte</i>	
Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça: críticas à luz da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.....	151
<i>Vinícius Ribeiro de Souza</i>	
Tribunal constitucional – um legislador negativo?.....	173
<i>André Fellipe Lima Stacciarini</i>	
A responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet frente às <i>fake news</i>	205
<i>Ana Carolina Cássio do Nascimento Lacerda</i>	
<i>Rafael da Silva Menezes</i>	
Aborto: a medicina e o ordenamento jurídico pátrio	227
<i>Mônica Nazaré Picanço Dias</i>	
<i>Lucíola Honório de Valois Coelho</i>	
A importância do Relatório de Inteligência Financeira da UIF para a investigação criminal e o combate aos crimes complexos	247
<i>Marcelle Cristine de Figueiredo Arruda</i>	

Apresentação

Estamos a viver em tempos acelerados, sob a liquidez de uma modernidade que tudo demanda e a nada se restringe. Vivemos uma era de vertigem das ilimitações, quando ideias e opiniões de todos contra todos parecem se contrapor à noção de equilíbrio e harmonia. São tempos de transição de um mundo analógico para um mundo digital. Inteligências artificiais estão cada vez mais presentes no cotidiano de todos, valores são aparentemente substituídos com mesma velocidade com que as novas tecnologias de conexão se impõem sobre a realidade.

Em meio a este cenário, a intelectualidade humana se distingue como valor tradicional a impor-se como farol na transição entre estes dois mundos. Jamais o intelecto humano foi tão necessário como medida justa para a preservação dos valores mais caros à humanidade, sobretudo no domínio das ciências jurídicas.

O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional presta sua contribuição a este processo de sobreposição dos valores humanos sobre “as máquinas”, por meio do lançamento da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas, em sua 18ª edição, a partir deste número em versão digital. Cada artigo científico, ao externar as reflexões humanas de nossos membros, servidores e colaboradores sobre o papel do Direito no mundo atual, constitui-se na incessante batalha do conhecimento sobre as trevas, reflete com dignidade os desígnios da pesquisa e o desejo de disseminar conhecimento em benefício do aperfeiçoamento das Ciências Jurídicas, das relações sociais e, em última análise, da dignidade dos seres humanos.

No ano de 2020 estamos a viver cenários inéditos, experimentar dificuldades inéditas, enfrentar problemas inéditos. Contudo, com a energia e a genialidade humana, a esperança tem-se sobreposto ao medo. Acreditamos na ciência, cultuamos as luzes, cremos no Direito e nas instituições democráticas como a melhor forma de convivência pacífica entre seres humanos.

Esta edição de nossa Revista é dedicada a todos os profissionais, membros, servidores e colaboradores do Ministério Público do Estado do Amazonas que, direta ou indiretamente, têm contribuído com sua luz e esforço pessoal a disseminar esperança à população amazonense. Nossa homenagem, em reconhecimento e respeito, a cada um dos homens e mulheres que emprestou seu melhor em profissão de fé quando, nos períodos mais escuros, tudo parecia perdido.

ANDRÉ VIRGÍLIO BELOTA SEFFAIR

Coordenador-Geral da RJMP

Chefe do CEAF

A OPERAÇÃO LAVA JATO E UM NOVO OLHAR HERMENÊUTICO

Timóteo Ágabo Pacheco de Almeida

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas.

Sumário: Introdução. 1 A Operação Lava Jato e suas implicações hermenêuticas. 2 O elo entre a Operação Lava Jato e o combate à corrupção. 3 A interdisciplinaridade presente e necessária. 4 Pontos polêmicos e principais temas da Lava Jato. 5 Novas perspectivas pós-Lava Jato: o que esperar? Conclusão. Referências.

Resumo

No plano jurídico-político nacional, é manifesta a concordância doutrinária de que a Operação Lava Jato, iniciada em 2014 e ainda em pleno andamento, representa um marco histórico na temática referente ao combate à corrupção. A ampla utilização da colaboração premiada, o uso de novas técnicas processuais e pré-processuais investigatórias, o debate sobre a superação da clássica e limitada teoria da prova, a mutável exegese de conceitos jurídicos antes estanques, como o de 'corrupção', todos esses fatores tiveram suas premissas rediscutidas no âmbito da Lava Jato. Nesse contexto, o presente artigo abordou tais pontos, na esfera interdisciplinar, bem como versou sobre os principais pontos polêmicos que regem o tema, estabelecendo, ao fim, uma breve conclusão sobre a relevante temática, a fim de examinar as novas perspectivas pós-Lava Jato, sempre em harmonia com os princípios e salvaguardas constitucionais.

Palavras-chave: Operação Lava Jato; Interdisciplinaridade; Combate à corrupção.

THE OPERATION LAVA JATO AND A NEW HERMENEUTIC VIEW

Abstract

At the national legal-political level, there is a clear doctrinal agreement that Operation Lava Jato (Car Wash), recently started and still in full progress, represents a historic mark in the fight against corruption. The ample use of award-winning collaboration, the use of new investigative procedural and pre-procedural techniques, the debate about the overcoming of the classic and limited theory of proof, the changing exegesis of once-tight legal concepts, such as 'corruption', all these factors had their definitions rediscussed within the scope of the Lava Jato. In this context, the present article has addressed such points, in the interdisciplinary sphere, as well as dealt with the main controversial points of the theme, establishing, at the end, a brief conclusion about the relevant matter, in order to examine the new post-Lava Jato perspectives, always in harmony with constitutional principles and safeguards.

Keywords: *Operation Lava Jato (Car Wash). Interdisciplinarity. Combat against corruption.*

INTRODUÇÃO

“É uma grande falácia afirmar que existe doação de campanha no Brasil. (...) são verdadeiros empréstimos a serem cobrados posteriormente, a juros altos, dos beneficiários das contribuições quando no exercício dos cargos”. “Se as empresas não pagassem as propinas na Petrobras, os partidos políticos não iriam ver isso com bons olhos”. “O que acontece na Petrobras acontece no Brasil inteiro, em rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, hidrelétricas”. Tais frases, ditas por Paulo Roberto Costa¹, o primeiro envolvido a colaborar com as investigações à época iniciadas a respeito de uma vasta trama delitiva em terras

¹ Os trechos podem ser pesquisados na delação premiada e no depoimento de Paulo R. Costa à Justiça Federal do Paraná, vide: <https://oglobo.globo.com/brasil/dez-frases-marcantes-de-acusados-da-operacao-lava-jato-15650546>. Acesso em: 4 mar. 2018.

pátrias, já demonstravam a amplitude e a abrangência do que estava por vir. A Operação Lava Jato ganhava forma e vida.

Contudo, a análise integral do tema apresenta certas minúcias e óbices ao estrito exame jurídico, cuja prévia superação faz-se necessária ao rigor científico. Um dos principais, quicá o mais acentuado, diz respeito ao necessário corte epistemológico, a régua que separa a abordagem científico-jurídica do viés político, do estudo puramente filosófico ou, mesmo, da opinião popular a respeito das conclusões obtidas.

Ademais, novas implicações hermenêuticas emanam da observação dos ritos e procedimentos levados a efeito na referida operação. À guisa de exemplo, podem ser citados os embates acalorados sobre a validade de provas obtidas após delações e outras espécies do gênero “colaboração premiada”. Em complemento, o próprio estudo teórico do combate à corrupção encontra pontos de conexão e impasses no bojo da Operação Lava Jato, a exigir uma interdisciplinar ótica e uma atualização no estudo do sistema de provas.

Como não poderia ser diferente, pontos tidos como polêmicos receberam – e ainda recebem – destaque contínuo nos processos oriundos da referida investigação. O cenário é propício ao surgimento de novas perspectivas – tanto processuais quanto materiais –, a se estenderem a toda a dogmática jurídica. Todos estes tópicos serão analisados, em capítulos próprios, como se passa a expor.

1 A OPERAÇÃO LAVA JATO E SUAS IMPLICAÇÕES HERMENÊUTICAS

A correta identificação da influência, no estudo científico, dos mais diversos vieses políticos, por vezes envoltos em sutis subjetivismos idiossincrásicos, mostra-se extremamente relevante, “especialmente pelo fato de o jurista e de o intérprete carregarem consigo ideologias próprias, que permeiam o exame científico de subjetividade” (BADR *et al*, 2018, p. 15). Tal como sói ocorrer na rotina acadêmica sobre temas abstratos e permeados de querelas políticas, a “paixão cega” por um ou por outro lado é

capaz de contaminar o rigor acadêmico, mormente no âmbito de temas fortemente interligados com o cenário político nacional.

Não por outro motivo, Maria de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos (2017, p. 69) enfatizam o conceito de objetividade, delimitando-o no estudo dos tipos de conhecimento aplicados na metodologia científica e refutando o chamado “senso comum” ou “senso popular” da análise de tais temas, ao assim fixarem:

(...) o ideal de objetividade, isto é, a construção de imagens da realidade, verdadeiras e impessoais, não pode ser alcançado se não ultrapassar os estreitos limites da vida cotidiana, assim como da experiência particular. É necessário abandonar o ponto de vista antropocêntrico, para formular hipóteses sobre a existência de objetos e fenômenos além da própria percepção de nossos sentidos, submetê-los à verificação planejada e interpretada com o auxílio das teorias. **Por esse motivo é que o senso comum, ou o bom senso, não pode conseguir mais do que uma objetividade limitada, assim como é limitada sua racionalidade, pois está estreitamente vinculado à percepção e à ação.** (grifo nosso)

Deve-se, portanto, buscar evitar, ao máximo, que nuances políticos ou ideologias pessoais influenciem no exame hermenêutico. Em breves palavras, quando do estudo da Operação Lava Jato e de seus incontestáveis efeitos jurídicos, é dever do jurista, do pesquisador e do intérprete envidar o desprendimento de gostos e opiniões políticas, a fim de, com base nos preceitos da Constituição da República e do ordenamento jurídico, examinar a validade e a eficácia dos institutos daquela oriundos.

Todavia, a dificuldade exposta, que se efetiva na esfera jurídica apenas quando permeia por terrenos tormentosos – como o referente à atividade política –, é fator inerente a outros ramos científicos, como a antropologia e a sociologia.

No âmbito antropológico, Roberto da Matta (1981, p. 18) distingue com clareza o objeto de estudo das ciências naturais daquele abordado pelas ciências sociais. O autor ensina que,

nessas últimas, a problemática em voga diz respeito a “eventos com determinações complicadas e que podem ocorrer em ambientes diferenciados”. Por consequência, é inerente a tal atividade científica a possibilidade de mudar o significado hermenêutico obtido, a depender das ideologias do exegeta, das relações sociais verificáveis no momento de análise, dentre outros fatores.

É, destarte, notória, a complexidade da interação entre investigador e sujeito investigado, por compartilharem “de um mesmo universo de experiências humanas” (MATTA, 1981, p. 19). Logo, diante dos referidos fatores obstativos, a construção estritamente acadêmica a respeito dos instrumentos e das consequências da Lava Jato, mesmo na seara doutrinária especializada, mostra-se ainda tímida, não obstante a Operação tenha acentuado interessantes debates jurídicos.

A razão para tais efeitos se dá, além do evidente alcance e da relevância política dos temas investigados na operação, pelo choque entre teorias e fatos concretos; as primeiras centradas no campo abstrato das ideias e os segundos circundantes do mundo real, o qual apresenta distorções, minúcias, nuances características, e exige, a partir de então, as devidas adaptações de ideias e premissas antes não questionadas.

De certa forma, da Lava Jato emanaram inúmeras indagações, como: institutos e prerrogativas devem ser alargados ou restringidos, quando estiverem em xeque, em razão de investigações de crimes macroeconômicos? Quais os limites de atuação dos agentes processuais, em um cenário de crise representativa? Na realidade hodierna, existe algum marco divisório entre o ativismo judicial e a jurisdicionalização da política? É tudo parte de um ‘golpe’ ou, respeitado o devido processo legal, está-se diante de uma enorme textura delitiva, empresarial e política? Há algo ‘fruto’ de perseguição política? Ou o Brasil de fato acordou para um problema aparentemente subestimado por anos: a impunidade de certos crimes praticados por determinadas classes privilegiadas? A par disso, há alguma perspectiva positiva para o futuro ou não conseguiremos nos livrar do clientelismo e do paternalismo dos tempos coloniais?

O embate hermenêutico constitucional recebe novos

traços, ao tentar equilibrar direitos e garantias constitucionais ao caráter dinâmico e criativo da nossa realidade. Urge, ainda, destacar que:

É nessa seara que o debate hermenêutico ganha vida – em especial, o referente à hermenêutica constitucional, de modo a visualizar e permitir a aplicação de normas jurídicas, para também buscar respostas aos questionamentos fáticos expostos.

Assim o faz, por um lado, renovando a interpretação do corpo normativo para atender ao dinamismo da realidade social, e, de outra banda, impedindo que excessos sejam cometidos em detrimento de garantias e direitos constitucionalmente assegurados.

Nesse ponto, consoante apresentado pela doutrina pátria, a interpretação da norma constitucional deve ser guiada por parâmetros hermenêuticos bem estabelecidos, obedecendo ao *mesotes* aristotélico, sob pena de se perder, seja na total incompatibilidade com a realidade fática, seja no campo dos abusos e excessos. (BADR *et al*, 2018, p. 17)

Exemplos de tais implicações se mostram nos mais diversos temas abordados no âmbito da operação, a saber: (I) a possibilidade de condução coercitiva de investigados em âmbito de inquérito policial e os limites do poder geral de cautela; (II) a aplicação da teoria da cegueira deliberada e seu aparente choque com o Princípio da Presunção de Inocência; (III) o uso de acordos de leniência atípicos; (IV) a suspensão de mandatos parlamentares pelo próprio Judiciário; (V) as restrições à interceptação telefônica quanto a pessoas com imunidades constitucionais formais; (VI) a própria competência jurisdicional em processos complexos que envolvam elementos relacionados a tais pessoas ou a fatos em contexto eleitoral; dentre outros exemplos.

É nesse diapasão que Sarmento e Souza Neto (2012, p. 386) assim realçam:

(...) a hermenêutica constitucional não deve ser construída

a partir de idealizações contrafáticas dos intérpretes. No debate jurídico brasileiro, **é preciso superar a miopia em relação às capacidades institucionais reais dos agentes que interpretam e aplicam as normas, para construir teorias mais realistas, que possam produzir, na prática, resultados que de fato otimizem os valores constitucionais.** (grifo nosso).

A hermenêutica constitucional, “cuja ciência é a busca de ferramentas para a interpretação da Constituição, sendo espécie derivada da Hermenêutica Jurídica” (UJI, 2017, p. 01), não é produto de idealizações pessoais, mas deve visar a otimização dos valores da Constituição da República. Do contrário, se efetivada para atender as vontades reais dos agentes aos quais se aplicam, a interpretação constitucional – no âmbito da Lava Jato ou de qualquer outra investigação e processo criminais, voltados à responsabilização de agentes políticos – mostrar-se-á miópica e ineficaz.

Nessa ilustração, de comum ocorrência, a norma acaba por perder sua validade e sua eficácia social. Isso se dá porque sua aplicação apenas se destina a certo público-alvo, sendo imponível a outro grupo ou casta. Logo, ante a nítida disparidade com a realidade fática, essa mesma norma, regra ou princípio, converte-se em “letra morta”; ou, nos clássicos ensinamentos de Ferdinand Lasalle quanto a constituições que seguem tal *modus* interpretativo, torna-se uma “mera folha de papel”.

Porém, esses fatores representam apenas um feixe das implicações referentes à Lava Jato, a justificar a necessidade do estudo da aludida operação, a fim de traçar-se um perfil das consequências ocorridas no passado próximo, o estudo crítico do cenário atual em suas variadas confluências e as perspectivas futuras ainda porvir, produto dos seus efeitos jurídicos em nossa sociedade.

2 O ELO ENTRE A OPERAÇÃO LAVA JATO E O COMBATE À CORRUPÇÃO

Do exame acurado das fases e procedimentos já

realizados, demonstra-se que os agentes públicos encarregados pela investigação e pelo processamento no ínterim da Operação Lava Jato – com destaque para as autoridades policiais e para o Ministério Público – trouxeram à tona um rol de problemas legislativos (abstratos) e de questionamentos judiciais (concretos) que, diretamente ou não, sempre afetavam a persecução criminal, estimulavam a impunidade e minguavam qualquer possibilidade de responsabilização de agentes delitivos por certos crimes, como aqueles referentes a “colarinho branco” e delitos de corrupção praticados por categorias elitizadas, a exemplo da classe política.

Com efeito, no Brasil são inúmeros os fatores tradicionalmente usados para navegar na correnteza oposta à responsabilização penal dos citados delitos. Deltan Dallagnol (2016, p. 25) aponta, entre tais fatores: (I) as peculiares regras sobre prescrição no Brasil, que beneficiam, segundo o autor, a extinção do *jus puniendi*, como a chamada “prescrição retroativa”, instituto que somente existe no nosso país; (II) a defasagem do sistema recursal penal e a falência do regramento sobre nulidades, ao menos na esfera processual penal; (III) a histórica ausência de regras bem definidas sobre repatriação do dinheiro público lavado e desviado, incentivando que práticas similares continuem a ser executadas ano após ano; (IV) o desvirtuamento do foro por prerrogativa de função, utilizado no Brasil como um real foro privilegiado; (V) a má utilização indiscriminada do *habeas corpus*; (VI) a enorme estrutura, arquitetada por grandes empresas e usada por empresários e políticos, para a prática de delitos de alta complexidade, que se beneficiam de teses (hiper) garantistas em seu favor; etc.

Sobre o último item, Douglas Fisher (2010, p. 33) vai além e intitula de “garantismo hiperbólico monocular” a distorção da doutrina de Luigi Ferrajoli, visando beneficiar exclusivamente os réus, em detrimento da proporcional defesa da sociedade.

Como fruto de tais questionamentos, não apenas de viés prático como também de nítida abordagem hermenêutico-jurídica, o Ministério Público propôs, já à época, as chamadas “10 Medidas contra Corrupção”, por campanha que posteriormente, com a assinatura de milhares de brasileiros, tornou-se medida

legislativa de iniciativa popular². Dentre estas, destacaram-se as seguintes propostas:

a) Reforma do sistema prescricional: munindo-se de estudo do Direito Comparado, a medida sugere a extinção da prescrição retroativa, ou subsidiariamente a incidência do instituto apenas quando o órgão acusatório não agir de modo adequado no curso da persecução criminal. Por afetar direito de natureza híbrida, para muitos intimamente relacionado, em seu contraponto, ao “direito ao esquecimento”, a medida apresentada recebeu fortes críticas. Contudo, é fato incontestado que o sistema prescricional pátrio é realmente peculiar, em especial se comparado a regramentos internacionais. Na Inglaterra, por exemplo, a corrupção é crime imprescritível, muito distinto do tratamento nacional.

b) Aumento de penas e definição da hediondez para o crime de corrupção de altos valores: segundo a proposta, deve haver um escalonamento para crimes de corrupção, trabalhando-se com percentuais de valores e penas respectivamente gradativas. Assim, desvios superiores a 9,3 milhões de reais poderiam ter pena abstrata de 12 a 25 anos, e, caso superiores a 93 milhões de reais, seriam considerados crimes hediondos. A ideia se baseia também na recente experiência nacional com a Ação Penal n. 470. Nesta, conhecida popularmente como “Mensalão”, a maioria dos crimes restaram prescritos ou com penas reduzidas, que permitiram, por exemplo, a aplicação do conhecido “indulto natalino” aos agentes corruptores.

c) Ajustes nas nulidades penais: por tal medida, busca-se adequar diversas teorias do processo penal, as quais, quando judicialmente utilizadas em sede pretoriana, em vez de nulificarem apenas atos parciais por conta de irregularidades tidas como de pouca relevância, implicam tradicionalmente a nulidade integral de investigações e processos; o que acarreta, por sua vez, uma aparente desproporcionalidade entre causa e

² Após diversos obstáculos que ora sobrestaram a proposta em tela, ora a modificaram para incluir, inclusive, disposições desfavoráveis aos agentes de investigação, o Ministério da Justiça apresentou, em fevereiro de 2019, um novo “pacote Anticrime”, o qual, em suma, mantém a essência das mesmas medidas acima citadas, modificando detalhes da proposta original. Para consulta, *vide*: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1554904792.85>. Acesso em: 12 mar. 2019.

consequência, mitigando o devido processo legal.

d) Criação de nova modalidade de prisão preventiva: a ideia foi proposta para facilitar a recuperação do dinheiro desviado, a fim de evitar seu uso indevido no financiamento da fuga de agentes criminosos ou, ainda, para arcar gastos com a própria defesa dos investigados, dentre outros fins questionáveis. Segundo Dallagnol, a lista de medidas continua, abrangendo outros institutos também utilizados no Direito Comparado³. Na defesa destes, após relatar que algumas das propostas fazem parte, inclusive, de recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU), afirma que:

As 10 Medidas Contra a Corrupção foram desenvolvidas a partir da experiência internacional, dos mais modernos estudos nacionais e internacionais sobre o tema e da atuação do Ministério Público brasileiro, que se ocupa do assunto há décadas. As medidas têm três focos centrais: evitar que a corrupção aconteça; estabelecer e passar a efetivamente aplicar uma punição adequada a esse crime; e criar instrumentos para permitir a recuperação satisfatória do dinheiro desviado. Os três pilares são prevenção, punição e recuperação. (2016, p. 198 e 200)

Entretanto, por tangenciar direitos – ou privilégios, a depender do viés interpretativo-teórico – usufruídos há décadas, é complexa e multifacetada a análise hermenêutica das referidas medidas, que emanaram de um cenário de anormalidade no funcionalismo estatal, exposto pela Operação Lava Jato. Por tais motivos, considerável parcela da classe política e da doutrina especializada manifestaram-se fortemente contra as mesmas.

Em resposta às críticas, o citado jurista expõe que:

O pacote (de medidas), no entanto, também recebeu críticas, principalmente de uma parcela de criminalistas acostumados com o sistema de Justiça disfuncional

³ O próprio autor ainda aponta as seguintes medidas: criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, recuperação do lucro derivado do crime, eficiência dos recursos no processo penal, celeridade nas ações de improbidade administrativa, teste de integridade, responsabilização dos partidos políticos similar à das entidades empresariais, aumento da punição do “caixa dois”, tipificação específica da lavagem de dinheiro eleitoral, criação da ação civil de extinção de domínio e confisco alargado.

em que vivemos. Muitos são defensores de teses chamadas hipergarantistas, as quais acabam super dimensionando os direitos dos réus e desprotegendo a sociedade, cujos direitos foram violados pelos crimes dos primeiros. É preciso proteger integralmente o réu segundo parâmetros internacionais de proteção aos direitos humanos. No Brasil, no entanto, essa proteção é extrapolada, oferecendo à defesa (em especial, aos réus mais abastados) a possibilidade de recorrer infinitamente, por exemplo, o que muitas vezes acaba garantindo a impunidade. (2016, p. 201)

Da análise destas controvérsias, faz-se visível que as implicações hermenêuticas trazidas do contexto da Operação Lava Jato são infundas. O “cabo de guerra” argumentativo é propício ao debate de teorias, teses, ideias e premissas a favor e contra determinado lado.

De outra banda, a abrangência das investigações, de modo a repercutir em inúmeros empresários, do mais elevado escalão, e representantes da alta classe política, cria um quadro em que a discussão e a troca de ideias se fazem presentes dia após dia, de forma quase que intermitente; muito embora, na realidade concreta, as propostas legislativas permaneçam possivelmente arquivadas ou sobrestadas nas casas parlamentares. Entretanto, não é exagero afirmar que certos princípios e regras jamais serão vistos, após a operação, como outrora eram abordados.

Apesar de não se visualizar um desfecho conclusivo, é de fácil percepção que o debate se apresenta não apenas oportuno, como também imprescindível na atualidade, de modo que não haja retrocessos de direitos, nem tampouco incentivos a práticas delitivas, ou, ainda, a falência do regime político, o desmoronamento da ordem econômica, a perda da valiosa chance de relevantes alterações legais e hermenêuticas, dentre diversas outras variáveis.

3 A INTERDISCIPLINARIDADE PRESENTE E NECESSÁRIA

Pensar na Operação Lava Jato como um fenômeno

meramente político ou isoladamente jurídico é, decerto, uma incorreta e precipitada conclusão. No que tange às Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, nota-se perceptível o impacto gerado pela Operação na sociedade. Somente a título de exemplo, no campo sociológico, é possível citar a herança da Lava Jato, ao:

(a) Revelar, de modo ímpar, as ideias sobre as desigualdades de classes sociais ensinadas por Michael J. Sandel, para quem “evidentemente não existe uma sociedade perfeitamente igualitária” (2012, p. 109). Ao trabalhar seu famoso conceito de Justiça, o autor ressalta como a desigualdade é elemento constante na sociedade contemporânea. Assim, diante das características econômicas daqueles que figuram no polo passivo da operação, formado pela elite das classes empresarial e política nacionais, a Lava Jato se tornou uma verdadeira vitrine à sociedade de como certos grupos parecem possuir, no âmbito fático, desarrazoados privilégios alheios à majoritária parcela popular.

Armas como repetidos e incabíveis *habeas corpus*, recursos processuais procrastinatórios, a livre passagem e comunicação com os próprios juízes de seus processos – alguns, inclusive, por mensagens de texto pessoais e privadas –, o poder de elaboração de leis punitivas ou permissivas aplicáveis futuramente a si mesmos, os projetos de autoanistia, todos estes são apenas alguns exemplos da citada premissa, a destacar que a justiça, na prática, pode não ser sempre igualmente ‘justa’ a todos.

(b) Demonstrar como a sociedade contemporânea pode ser examinada por um leque de riscos inerentes às mais variadas atividades sociais, no âmbito dos quais a atividade corruptiva se alastra, camuflando-os.

Nessa toada, Ulrick Beck (1999, p. 57), após descrever tais riscos em sua obra “World Risk Society”, ensina que os mesmos são com frequência minimizados no meio político. Os discursos de “não há nenhuma irregularidade” e de “para superarmos a crise, a Lava Jato precisa acabar” demonstram não apenas a existência desses riscos, aplicáveis à seara política e econômica, mas também a escusa venal de buscar encobrir as suas consequências, ora sob uma falsa cortina de normalidade, ora diante da imputação de culpa a um remédio (a investigação)

e não à doença (a corrupção).

(c) Harmonizar-se à ideia de modernidade líquida de Zygmunt Bauman, que relaciona o conceito de sua lavra à incerteza da era contemporânea, recente e distinta dos tempos clássicos em que estruturas, instituições e valores eram mais sólidos. Para o pensador, “o mundo tinha mais certezas” em tempos outros.

Diante disso, a passagem para a modernidade acarretou impactos de variados vieses no seio popular, fabricando uma sociedade repleta de sinais confusos, especialmente nos âmbitos da ética e da moral. Sobre tal conclusão, faz-se mister transcrever o raciocínio de Bauman, plenamente aplicável às nuances da Lava Jato:

São esses padrões, códigos e regras a que podíamos nos conformar, que podíamos selecionar como pontos estáveis de orientação e pelos quais podíamos nos deixar depois guiar, que estão cada vez mais em falta.

Isso não quer dizer que nossos contemporâneos sejam livres para construir seu modo de vida a partir do zero e segundo sua vontade, ou que não sejam mais dependentes da sociedade para obter as plantas e os materiais de construção. Mas quer dizer que estamos passando de uma era de ‘grupos de referência’ predeterminados a uma outra de ‘comparação universal’, em que o destino dos trabalhos de autoconstrução individual (...) não está dado de antemão, e tende a sofrer numerosa e profundas mudanças antes que esses trabalhos alcancem seu único fim genuíno: o fim da vida do indivíduo. (BAUMAN, 2001, p. 115, grifo nosso).

Esse ideário também explana a atual crença em valores antes tidos como errôneos e a deturpação de regras sociais. Como derradeira consequência, a ansiedade e a angústia ocasionadas pela modernidade líquida provocam uma generalizada apatia social, como narra o autor, observável na coletiva desconfiança política; elemento que é também descrito, no meio jurídico, sob a alcunha de “crise de representatividade”.

Em termos práticos, o ser humano resolve omitir-se e recusar responsabilidades básicas, por meio da negação de tais responsabilidades, da relativização de sua imprescindibilidade ou, apenas, do total descaso para com estas (BADR et al, 2018, p. 20).

Em suma, pode-se conceituar essa apatia como uma patológica “impotência social”.

Esse catastrófico quadro ainda repercute na criação de perfis nocivos, nesse meio social agora fluido. Exemplos não faltam, como se observa na ilustração daqueles cidadãos totalmente desacreditados no poder político, que negam ou combatem a tentativa de superação dos numerosos vícios políticos, ou até mesmo desconfiam destes. Outros paradigmas igualmente perceptíveis são os indivíduos que assumem ideologias extremistas opostas, defendendo retrocessos de garantias e direitos fundamentais consagrados – *exempli gratia*, o afastamento do devido processo legal ou a utilização de penas cruéis –, como resolução à fluidez de valores sociais. Há, ainda, os que negam a existência do fato social negativo ou que se beneficiam dos atos de corrupção, cedendo às constantes tentações de um sistema em parte putreficado.

Na supracitada seara antropológica, a Lava Jato se apresenta como um fenômeno examinável por óticas distintas, críticas ao próprio comportamento humano. Nesse prisma, Roque Laraia (2001, p. 67 e 68) assimila tal premissa às características culturais e históricas de um povo. O antropólogo assim arremata:

A nossa herança cultural, desenvolvida através de inúmeras gerações, sempre nos condicionou a reagir depreciativamente em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria da comunidade. Por isto, discriminamos o comportamento desviante. (...) O modo de ver o mundo, as apreciações de ordem moral e valorativa, os diferentes comportamentos sociais e mesmo as posturas corporais são assim produtos de uma herança cultural, ou seja, o resultado da operação de uma determinada cultura.

Para o autor (p. 67), os indivíduos de culturas diferentes usam lentes diversas e, assim, “têm visões desencontradas das coisas”; demonstrando as distorções culturais de alguns povos, em relação, por exemplo, a ideais de combate e responsabilização por atos de corrupção – em detrimento de quaisquer benesses ilícitas oriundas desta.

Esse fundamento, além de aplicável aos estudos etnográficos, que são voltados ao exame de novas culturas e sociedades, também se amolda plenamente às circunstâncias expostas pela Operação Lava Jato, em especial se analisado um dos seus principais pilares: o Direito Comparado e a cooperação jurídica internacional.

De fato, não fosse esta última, a Operação jamais teria alcançado os resultados obtidos. A atuação cooperativa com outros países e órgãos públicos, como o Ministério Público suíço, permitiu que providências significativas fossem tomadas – como o exame do envio e da lavagem de dinheiro, em paraísos fiscais –, ao mesmo tempo em que gerou surpresa às autoridades de outras nações, não acostumadas com certos institutos e abordagens interpretativas permissivas, usualmente adotadas no Brasil.

Com razão, desde os primórdios do erroneamente denominado “descobrimto do Brasil”, nossa herança cultural demonstra como algumas nocivas práticas são, por vezes, interpretadas como medidas usais, normais, rotineiras e até mesmo necessárias, no contexto social. Esse fenômeno avança, a ponto de parlamentares condenados, com trânsito em julgado, retornarem ao cenário político. Isso tudo por meio de indevidas leniências, é certo, mas também devido ao voto democrático de uma nação livre e republicana, consequência essa de um povo que culturalmente nunca relacionou a corrupção com as mazelas que tanto provoca.

Na prática, sabe-se que certo parlamentar é corrupto, mas, quando da realização do sufrágio, mantém-se o voto no mesmo, tendo em vista que aquele “rouba, mas faz”, ou que “pior do que tá não fica” ou, ainda, por completo descaso político, apatia social ou favorecimento em troca de ilícitas vantagens. Como resultado

final, o povo expressa um constante preconceito da classe política, a quem denomina de 'ladrões', mas pouco modifica ou exige dos mesmos, por já ter desacreditado da política há muitos anos.

Elaborando um liame entre tais fatos e a mencionada crise de representatividade, Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 190 e 191) detalham que:

Sem dúvida, subsistem no país gravíssimos problemas, que impactam negativamente o nosso constitucionalismo. O patrimonialismo e a confusão entre o público e o privado continuam vicejando, a despeito do discurso constitucional republicano. O acesso aos direitos está longe de ser universal e as violações perpetradas contra os direitos fundamentais das camadas subalternas da população são muito mais graves e rotineiras do que as que atingem os membros das elites. **A desigualdade permanece uma chaga aberta e a exclusão que ela enseja perpetua a assimetria de poder político, econômico e social. Há sério déficit de representatividade do Poder Legislativo, que é visto com desconfiança pela população.** E a Constituição é modificada com uma frequência maior do que seria desejável. (grifo nosso).

De modo complementar, Dallagnol (2016, p. 178) assim acentua:

Ligado à ausência de confiança nas instituições está o sentimento de que nossos políticos não nos representam. Contraditoriamente, a democracia é um regime em que o governo deveria ser exercido pelo povo, diretamente ou por meio de quem o represente. Nossa Constituição estabelece que 'todo poder emana do povo' e que esse poder é exercido ou 'por meio de representantes eleitos ou diretamente'. **A crise de representatividade é, assim, uma crise de autoidentificação da nação brasileira como uma democracia.** A percepção é de que o governo responde ao interesse de poucos – isto é,

de que, na verdade, vivemos uma oligarquia – ou mesmo uma **cleptocracia**. (grifo nosso)

Na esfera filosófica, a relevância dos temas tratados na Lava Jato similarmente se destaca, remetendo ao estudo do bem e do justo socráticos, do necessário equilíbrio aristotélico e dos próprios imperativos categóricos kantianos. Por sua vez, no bojo jurídico, as implicações mais agudas ganham vida; e, assim, remete a pontos revestidos de polêmicos detalhes e definições, como a seguir delineado.

4 PONTOS POLÊMICOS E PRINCIPAIS TEMAS DA LAVA JATO

São diversos os temas realçados pelo avanço da Operação Lava Jato, que desenvolveu intensos debates na práxis forense e nas academias jurídicas.

Tais temas se originaram do crescente desenrolar da operação e receberam maior destaque devido às controvérsias que os tangenciam. A maioria destes fervilhou no caldeirão de ideias, teses, inferências e fatos concretos ocorridos nas suas distintas fases. Dentre os principais, são exemplos a merecerem realce os seguintes:

(a) O uso da ação controlada no contexto da obtenção de meios de prova: sendo tema que já possui expressa previsão normativa, como realçado pelo teor das Leis n. 11.343/06 (Lei de Drogas) e n. 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), o avanço da operação também dependeu da utilização da ação controlada no bojo de suas medidas investigatórias, levantando questionamentos sobre o adequado uso do instrumento e os limites da sua utilização, de modo a não macular a licitude de eventuais provas obtidas.

(b) Poder geral de cautela e condução coercitiva do investigado: não obstante ser medida de constante utilização no âmbito forense, sempre foram várias as vozes doutrinárias contrárias à prática, sob a alegação de que o poder geral de cautela não legitimaria a condução coercitiva do próprio investigado, seja pela imprescindibilidade de previsão legal para

tal, seja pela desproporcionalidade da medida, que causaria, em tese, o temor desmedido, a fim de que aquele confessasse eventual delito. Logo, sua utilização em tais circunstâncias, em tese, mancharia direitos constitucionais já pré-estabelecidos. A discussão ganhou ainda maior enfoque, quando efetivada em desfavor de Luís Inácio Lula da Silva, ex-presidente da República, apontado pelos investigadores da Operação Lava Jato como um dos principais mentores do esquema de corrupção e atualmente já condenado em definitivo, em cumprimento de pena.

Tais argumentações influenciaram a academia jurídica e até mesmo as cortes nacionais. A matéria foi levada ao Supremo Tribunal Federal (STF), por meio das arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 395 e 444. Por fim, a Suprema Corte, em julgamento de 14.06.2018, encampou esse ideário, para declarar que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, apesar de ser previsão legal constante do artigo 260 do Código de Processo Penal (CPP), não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988⁴.

(c) Ativismo judicial: muito se questiona sobre a atuação dos juízes responsáveis pelo processamento e julgamento das fases da operação. Apesar de ter se iniciado no Paraná, hoje a operação abrange, pelo menos, três principais foros: Curitiba/PR, Rio de Janeiro/RJ e Brasília/DF. Todavia, as mais duras críticas gravitam em torno do primeiro juiz competente, Sérgio Moro, atualmente Ministro da Justiça, porém outrora responsável por considerável parcela dos atos judiciais praticados.

O então magistrado viu sua atuação constantemente questionada por diversas vozes – em boa parte, defensores dos envolvidos e investigados na Operação –, que o apontavam como um juiz excêntrico e essencialmente ativista. Acusaram-no, ainda, de se beneficiar do estado de crise representativo, para ir além do que a lei permite e ordena. De modo mais recente, munindo-se de aparentes conversas em mídia social entre aquele e procuradores da República da Força Tarefa da Lava Jato, que teriam sido obtidas por atuação ilícita de *hacker*, tais críticos enfatizam que o ex-magistrado não respeitou a divisão

⁴ Para mais detalhes, *vide*: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=381510>. Acesso em: 15 maio 2019.

do sistema acusatório, consagrado no nosso ordenamento.

(d) O uso da colaboração premiada: sem dúvida um dos principais pilares da operação, a colaboração premiada, especialmente em sua espécie “delação premiada”, possibilitou que as mais robustas provas e indícios fossem obtidos. Delações como a de Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef e Marcelo Odebrecht representaram verdadeiros marcos da operação, sem os quais a mesma assumidamente não teria a repercussão e a quantidade de fases atuais. Todavia, variadas nuances quanto a esse instrumento processual de obtenção de prova também se situam nos debates jurídicos. Destacam-se pontos como sua utilização após a decretação da prisão preventiva do delator; o que, para alguns, geraria uma sensação de coação da medida, representada na premissa: “ou delata ou continua preso por muito mais tempo”. No mais, a natureza jurídica do instrumento, suas características e o valor probante daquilo que é encontrado como consequência das referidas delações ainda geram diversas indagações e inquietações na práxis forense. A despeito de tais fatores, o instrumento ainda é usualmente utilizado e não possui, na atualidade, qualquer vedação legal ou jurisprudencial.

(e) A utilização da prova indiciária em relação à criminalidade complexa: o tema possui viés moderno e trabalha com conceitos diversificados, ao fixar, como fundamentos de sua relação probatória, as inferências lógicas e os encadeamentos próprios destas. Também mune-se de definições ontológicas e divisões teóricas, como as famosas prova direta e prova indireta, ou mesmo a distinção entre prova por indício, indícios de prova e prova propriamente indiciária. Seu uso foi constante na Lava Jato

f) Aplicação da Teoria do Domínio do Fato: embora fortemente influenciada pelas ideias de Claus Roxin e importada deste autor pelos livros e cortes brasileiras, trata-se de um dos pontos mais polêmicos. Em breves linhas, para que se denotem as controvérsias ao redor do tema, basta rememorar como seu uso foi criticado no contexto da Ação Penal n. 470 (“Mensalão”). Sem embargo, a mesma teoria já foi arguida no curso da Operação Lava Jato, fato que abre espaço a uma nova análise crítica, a fim de balizar sua utilização e combater eventuais “pontas soltas”,

que tenham outrora se verificado em sua aplicação.

(g) A Teoria da Cegueira Deliberada e o Princípio da Presunção de Inocência: aqui, mais uma vez, emana um aparente choque entre os conceitos paradigmas, inclusos no âmbito do mesmo recipiente comum, qual seja, a vedação da responsabilidade penal objetiva. As definições da teoria, a forma como deve ser usada em consonância com a base principiológica estabelecida, as suas limitações e, por fim, a relação entre ambos os conceitos impescindem de detalhado exame jurídico.

(h) Foro por prerrogativa de função e procedimentos investigatórios conexos: não é de hoje que o tema inspira fortes debates na cátedra. Para parcela doutrinária, chega a ser equivocado tratar foro por prerrogativa de função e foro privilegiado como conceitos distintos. Ao contrário, para a maior parte dos juristas que abordam o assunto, a confusão conceitual apenas reitera como o instituto é mal utilizado em terras brasileiras, de modo a desviar-se da prerrogativa relacionada ao cargo ou função e apresentar-se como um real privilégio pessoal, para alguns membros da classe política.

Com razão, a ideia de haver um foro de jurisdição próprio para instrução e julgamento de certos agentes públicos não é exclusividade nacional. Entretanto, uma das principais críticas geradas no ínterim do Mensalão foi justamente sua danosa e generalizada aplicação; a qual, para muitos, teria como finalidade maior beneficiar certos réus com as mazelas da demora do sistema judiciário, da morosidade maior nas Cortes Superiores, das minúcias de alteração de competência no curso do processo ou, mesmo, da final prescrição de seus crimes. Suas implicações vão além e tangenciam a questão dos procedimentos investigatórios conexos, gerando um leque de outros questionamentos, voltados à indagação central de qual seja o juízo competente para instrução e julgamento do feito.

No entanto, mais uma vez o tema chegou à Suprema Corte, por meio da Ação Penal (AP) n. 937. Nesta, julgada em 03.05.2018, o plenário do Tribunal decidiu que o foro por prerrogativa de função conferido aos deputados federais e senadores se aplica apenas a (I) crimes cometidos no exercício do cargo e (II) em

razão das funções a ele relacionadas⁵. Doravante, mesmo que seja ainda extenso o rol de beneficiados pelo foro por prerrogativa de função, adota-se um entendimento mais restritivo em âmbito parlamentar, de modo a suprimir o indevido viés de privilégio que orbitava o instituto.

(i) Acordos de leniência: outro forte pilar da Operação Lava Jato, os acordos de leniência foram instrumentos jurídicos muito utilizados no decorrer de suas fases. Além do seu consagrado uso por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com previsão estabelecida na Lei n. 12.529/11, o próprio Ministério Público Federal muniu-se por diversas vezes da mesma prática. Assim o fez pois, apesar da falta de previsão legal expressa sobre o uso do instrumento pelo Órgão Ministerial, a delação premiada apresenta um fator limitante: somente se destina a pessoas físicas, envolvidas nos crimes investigados e denunciados.

Ou seja, na prática, o empresário poderia buscar o Ministério Público com a intenção de obter um acordo, alicerçado em sua posterior delação – e homologação judicial desta –; contudo, a entidade empresarial, enquanto pessoa jurídica, não possuía um instrumento próprio para, de igual modo, buscar imediatamente reparar os danos gerados, colaborando com a investigação processual penal, otimizando a devolução de valores obtidos pelos atos de corrupção e obtendo, em contraprestação, benesses processualmente proporcionais. Não causa surpresa, portanto, que haja também indagações sobre seu uso, especialmente quanto aos limites da ainda atípica figura criada e utilizada pelo Ministério Público, no curso da operação.

(j) Suspensão do mandato parlamentar por ordem do Poder Judiciário: eis outra questão de enorme repercussão social, oriunda dos desdobramentos da Operação Lava Jato. E, nesse caso, parte das inquietações advém do Poder Judiciário.

À guisa de exemplo, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre a possibilidade de suspensão do mandato parlamentar, por ordem da própria Corte, em mais de uma vez. Contudo, de modo aparentemente

⁵ Para consulta ao processo e às notas do Tribunal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>. Acesso em: 06 jun. 2019.

contraditório, estabeleceu conclusões diametralmente opostas para casos deveras semelhantes, nos quais o único fator de distinção era, tão somente, o parlamentar que figurava no polo passivo da ação penal *sub judice* – como delineado no julgamento recente da Ação Penal (AP) n. 937. Atualmente, não há um posicionamento uniforme sobre o tema, constando em pauta para novos julgamentos pelo plenário da Corte.

k) A imunidade parlamentar formal como fator obstativo da prisão: como antecipado no tópico *supra*, as Cortes Superiores também se depararam com essa problemática no curso da Lava Jato. De maior repercussão, tem-se o caso Delcídio do Amaral, que teve sua prisão decretada pelo STF no pleno exercício das suas funções de senador. O contexto e as minúcias do caso revelaram uma forte preocupação da Suprema Corte, em especial diante dos comandos constitucionais aplicáveis.

(l) Interceptação telefônica e imunidades relacionadas ao Chefe do Poder Executivo Federal: a questão gerou ferrenhos debates, quando do incidente relacionado à ex-presidente da República, Dilma Roussef, que à época gozava das imunidades aplicáveis ao Chefe do Poder Executivo Federal e acabou sendo gravada em conversas de outros investigados; os quais não detinham quaisquer imunidades e estavam sob investigação, com uso de interceptação telefônica. A divulgação das conversas trouxe à tona a discussão sobre a extensão das imunidades formais do detentor do referido cargo e quais os limites de sua abrangência.

(m) Efeitos civis da Operação Lava Jato e atos de improbidade administrativa: sem dúvida, uma das mais fortes vias de atuação da operação, a responsabilização civil dos atos praticados pelos envolvidos é, pelo menos em termos financeiros, de relevância equivalente – ou mesmo maior – que a punição dos mesmos agentes na esfera penal. Diversas foram as ações de improbidade administrativa movidas pela Força Tarefa da Lava Jato, tendo o Ministério Público processado pessoas jurídicas e pessoas físicas – inclusive funcionários públicos da própria Petrobras, vítima da maioria dos desvios efetuados – por atos de improbidade administrativa. Não obstante, as implicações da responsabilização civil também se mostram variadas.

Por todo o exposto, destaca-se a imprescindibilidade do questionamento e do estudo de inúmeras problemáticas nascidas ou instigadas no tramitar da Lava Jato, que em muito superam o rol meramente exemplificativo acima exposto. Dissecar os debates e os possíveis entendimentos sobre cada ponto não é o objetivo deste trabalho – e nem poderia ser, diante dos limitantes e necessários cortes epistemológicos, exigidos pelo rigor científico. Porém, é certo que o produto da interação dessas questões acarreta uma última preocupação: qual perspectiva nos aguarda após tantas complexas indagações? Afinal, o que esperar do período pós-Lava Jato?

5 NOVAS PERSPECTIVAS PÓS-LAVA JATO: O QUE ESPERAR?

No cerne jurídico, novos ventos já podem ser sentidos e outras tantas novidades se afiguram, advindas da atualização de elementos clássicos – em parte, já obsoletos às atuais demandas. O combate à corrupção se elevou a novos patamares. A interação digital, a comunicação interinstitucional, a cooperação jurídica internacional e, talvez o principal fator, a ampla participação popular em destacados momentos da Lava Jato são fatos evidentes e não podem ser olvidados.

De outra banda, ainda que princípios e balizas morais, conceitos éticos e premissas jurídicas tenham sido bem delineados – a duras custas, como costuma ocorrer no Brasil e no cenário internacional, basta ver as significativas consequências da Operação Mãos Limpas, que buscou desarticular a maior organização criminosa mundial, a máfia italiana –, no mundo das coisas o preto no branco se torna muitas vezes um quadro cinzento, capaz de ‘dobrar’ tais conceitos, confundir o público com o privado, estimular impunidades e gerar outros diversos malefícios, sempre sob a roupagem da subjetividade da atuação interpretativa.

Nessa esteira, Sarmento e Souza Neto (p. 190 e 191) destinam a crítica ao cenário histórico nacional, sobrelevando que:

O republicanismo no Brasil tem sido associado a diversas causas importantes, como a defesa da moralidade na vida pública, o combate à confusão entre o público e o privado na atuação dos agentes estatais, a luta contra a impunidade dos poderosos e o incremento à participação dos cidadãos na tomada de decisões pelo Estado e no controle da atuação dos governantes. **Infelizmente, nossas relações sociais e políticas ainda mantêm características profundamente antirrepublicanas: o patrimonialismo, o clientelismo, o ‘jeitinho’ e a cultura de privilégios para governantes e elite.** Não é incomum que governantes tratem a ‘coisa pública’ como bem particular, e que ponham os seus interesses, ou os do seu grupo ou partido político, à frente do interesse da coletividade. **A desigualdade na submissão à lei persiste: é ainda raro que governantes e integrantes da elite sejam responsabilizados no Poder Judiciário pelos seus atos ilícitos.** O engajamento cívico da cidadania no combate a essas mazelas ainda não é a regra, mas a exceção. Nesse quadro, uma dose de republicanismo na teoria constitucional se faz necessária, como remédio para certas disfunções da vida pública do país. (grifos nossos)

Nesse doloroso ambiente, a Lava Jato não se apresenta como solução de todos os males, mas como um inicial, legal e organizado revide, um ‘fármaco’ contra uma patologia social conhecida a longo tempo pela sociedade brasileira: a corrupção. Saber se as dosagens desse ‘medicamento’ estão corretas, prescrever a quais traços da doença ele combate, definir quais são seus benefícios e seus custos, ou, ainda, especificar quais os efeitos colaterais advindos do seu mal uso são relevantes funções, inerentes à atividade doutrinária, uma vez que – ao menos em tese – livre de amarras políticas.

De fato, não se trata de um remédio universal para todos os males, tampouco deve ser utilizada como um discurso político, mas deve ensejar a razoável crítica e o exame das mudanças que se mostram, fase após fase, imprescindíveis à nova realidade apresentada.

Vladimir Netto, em obra específica sobre a operação, frisa

parte dessa preocupação a longo prazo, destacando a perspectiva otimista apresentada no pós-Lava Jato. O autor declara que, *in verbis*:

Não haverá o dia em que todo o roubo será evitado. Nenhuma operação acabará com a corrupção, mas a Lava Jato criou padrões que podem interromper a escalada de troca de favores, uso abusivo de recursos públicos, pagamento de propina transformado em sobrepreço nos contratos. Criou um novo consenso na sociedade brasileira: o de que é preciso sufocar a corrupção. Outros casos serão descobertos, mas o que se conseguiu foi diagnosticar um mal que estava levando o Estado brasileiro à metástase. E isso pode levar à refundação do sistema político. (...) O que o país fará com o resultado do trabalho do juiz Sérgio Moro, dos procuradores da República e dos policiais federais ainda não está definido. **A Lava Jato é uma oportunidade para se elevar a qualidade da nossa democracia. As mudanças podem acontecer ou não. A escolha está nas mãos dos brasileiros.** (2016, p. 379, grifos nossos)

Desse modo, recentes perspectivas se apresentam, uma nova realidade social, jurídica e política começa a despontar, de modo a exigir os livres olhares do estudo científico, desprovido – ao máximo possível – de idiosincrasias e ideologias políticas; e cujo foco deve ser, acima de tudo, a busca por entender o que já ocorreu, tentar compreender qual o cenário presente e procurar analisar o que nos aguarda após o fim da Lava Jato. Todos os atores públicos – sociedade civil organizada, Ministério Público, Poderes instituídos, Autoridades Policiais etc – possuem uma vital função para que se alcance o almejado objetivo.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que, apesar de tantas críticas e embates sobre os instrumentos utilizados na operação em voga, a Lava Jato representa, de fato, um marco no combate

à corrupção, no âmbito de uma nação que, historicamente, sempre presenciou um insuficiente regramento de investigação, processamento, julgamento e responsabilização dos agentes corruptos.

Sinal claro disso pôde ser observado ao longo da mesma, com a prisão, julgamento e condenação – inculpidos em diversos elementos probatórios – de empresários multimilionários e de agentes políticos da alta cúpula, como ex-presidentes da República.

É, por tal razão, que este trabalho buscou acentuar as implicações hermenêuticas relacionadas à operação, de modo a defender o afastamento, ao máximo, de ideológicos subjetivismos na análise da mesma. Não se trata, por exemplo, de negar a valoração racional e por livre convencimento motivado da produção probatória nos referidos processos, mas, pelo contrário, de dar alicerces objetivos às proferidas razões decisórias, diante das modernas teorias de provas, e sem afastar os direitos fundamentais destinados a cada pessoa, como a ampla defesa e o contraditório.

Do mesmo modo, restou claro o elo entre a Lava Jato e o combate à corrupção em terra pátria. Destacado por meio do projeto legislativo das 10 Medidas contra a Corrupção – que hoje persistem sob nova iniciativa e numeração –, o ideário ainda sofre forte resistência da classe política; mormente, por óbvio, daqueles que podem se visualizar atingidos futuramente pelas medidas ali descritas.

Nesse talante, faz-se imprescindível a atuação popular para que, como determina o art. 1º, parágrafo único da CRFB/88, prevaleça a fonte de todo o poder estatal, qual seja, a vontade soberana do povo; que hoje se apresenta mais conscientizado a respeito dos suplícios da corrupção e tendente a perquirir a responsabilização daqueles que desviam para seus bolsos o dinheiro público destinado a escolas, hospitais, praças, creches, parques, centros de acolhimento, dentre outros.

A presente obra igualmente esmiuçou a exegese interdisciplinar do tema, relacionando seus matizes com a sociedade de risco de Ulrich Beck, a desigualdade social de Michael Sandel e a modernidade líquida de Zygmunt Bauman.

Em conclusão, traçaram-se breves linhas sobre as questões mais polêmicas que circundam a matéria – a maioria destas ainda não pacificadas nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial –, bem como foram expostas quais perspectivas podem ser esperadas do futuro, em vista dos efeitos sociais que a Lava Jato nos deixa como legado e herança.

Em razão disso, e independentemente de qual seja o desfecho obtido, uma constatação se impõe: muitas regras, princípios e atos normativos possuem, na atualidade, uma abordagem hermenêutica constitucional distinta, haja vista sua rediscussão após o início da Operação.

Como consequência disso, um imprevisível panorama se sobreleva, com repercussões indefinidas, mas fundamentos hoje já examináveis pelo intérprete, pelo filósofo e pelo cientista jurídico. Que o Brasil somente tenha a ganhar com tais perspectivas, na busca concreta e incansável por uma sociedade mais justa, mais igualitária e protegida pelo pleno respeito aos direitos fundamentais constitucionais.

REFERÊNCIAS

- BADR, Eid; *et al.* *Hermenêutica constitucional – temas atuais*. Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da UEA: Mestrado em Direito Ambiental. Manaus: Valer, 2018.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999.
- DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.
- FISHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPODIVM, 2010.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- MATTA, Roberto da. *Relativizando: uma introdução à antropologia*

social. Petrópolis: Vozes, 1981.

NETTO, Vladimir. *Lava Jato: o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

UJI, Ivo. *Hermenêutica constitucional e neoconstitucionalismo*. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_26630422_HERMENEUTICA_CONSTITUCIONAL_ENEOCONSTITUCIONALISMO.aspx. Acesso em: 25 jun. 2019.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS: A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INTERFACE ENTRE DIREITO PENAL MÍNIMO E MÁXIMO

Larissa Guimarães Gonçalves Galati

Agente Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas – MP/AM.

Pós-Graduada em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera/LFG – UNIDERP.

Aluna especial do Curso de Mestrado em Segurança Pública, Direitos Humanos e do Cidadão na Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

Sumário: 1 Introdução. 2 A Teoria das Janelas Quebradas. 3 O Princípio da Insignificância. 4 A Aplicação do Princípio da Insignificância ao Reincidente. 5 Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a atuação do Judiciário e do Ministério Público no cotejo entre o princípio da intervenção mínima e a efetividade da norma penal, inserida num contexto utilitarista moderno, no qual a necessidade de eficiência da máquina judiciária busca equilibrar-se com o premente combate à violência. Destarte, embora o Princípio da Insignificância seja reconhecido doutrinária e jurisprudencialmente, a identificação dos requisitos objetivos e subjetivos aptos a ensejar sua aplicação guarda certo grau de discricionariedade, o que vem a configurar uma problemática ante a necessidade de uniformização interpretativa e conciliatória entre esse e outros *maxi* princípios do Direito Penal como o da Intervenção Mínima, Fragmentariedade, Lesividade, Adequação Social e Legalidade. Faz-se imperiosa a reflexão acerca de tal dicotomia, considerando-se a realidade brasileira, da qual emerge a questão da aplicação do princípio da insignificância, mormente ao acusado reincidente, bem como da ressignificação do papel do Estado na prevenção do delito, o qual, afastando-se cada vez mais do Leviatã, avista um novo modelo de pacto social em que há a legitimação da lei pelo seu próprio infrator, também

cidadão, na busca incansável pela tão almejada paz social.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Reincidente. Intervenção Mínima. Teoria das Janelas Quebradas. Criminalidade.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the performance of the Judiciary and the Public Prosecutor's Office, in the comparison between the principle of minimum intervention and the effectiveness of the criminal law, inserted in a modern utilitarian context, in which the need for efficiency of the judicial machinery seeks to balance with the urgent fight against violence. Although the Principle of Insignificance is recognized doctrinally and jurisprudentially, the identification of the objective and subjective requirements able to give rise to its application maintains a certain degree of discretion, which constitutes a problematic before the necessity of interpretative and conciliatory uniformity between this and others maxi principles of Criminal Law as the Minimum Intervention, Fragmentarity, Lesivity, Social Suitability and Legality. It is imperative to reflect on this dichotomy, considering the Brazilian reality, from which emerges the question of the application of the principle of insignificance, especially to the accused recidivist, as well as the re-signification of the role of the State in crime prevention, which , moving away from Leviathan, continues to relentlessly pursue the longed for social peace.

Keywords: Principle of Insignificance. Recidivist. Minimum Intervention. Broken Window Theory. Crime.

1 INTRODUÇÃO

É inegável que o direito brasileiro caminha a passos

largos para transformar-se em “*Common Law*”¹. Nesse diapasão, ressaltando-se, não nos encontramos mais na fase constitucionalista, mas sim na fase neoconstitucionalista ou pós-positivista, na qual os princípios não têm mais tão somente função interpretativa, passando a ter função regulatória propriamente dita.

Assim, apesar de a *Civil Law*² ainda ser a estrutura jurídica básica adotada no Brasil, país ainda estritamente legalista, é inegável a força crescente dos precedentes judiciais, das súmulas vinculantes e do ativismo judicial como um todo.

Destarte, a referida função regulatória dos princípios assume papel relevante, tendo o condão de afastar a aplicação da lei a determinados fatos concretos, com o escopo de garantir a aplicação do princípio da legalidade *lato sensu*. Esta função principiológica é corriqueira, contudo sua flexibilização ainda é objeto de calorosos debates entre os estudiosos do Direito, a exemplo daqueles atinentes ao Princípio da Insignificância.

2 A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

A Teoria das Janelas Quebradas ou “*Broken Windows Theory*” foi criada a partir de um experimento idealizado pelo Professor e Psicólogo Philip Zimbardo, em 1969, que consistiu em abandonar dois carros idênticos (mesma marca, cor e modelo): um deles em zona pobre e conflituosa da cidade de Nova York, no Bronx; e o outro em Palo Alto, área nobre da Califórnia.

O carro abandonado no Bronx foi depredado em poucas horas. O carro deixado em Palo Alto, contudo, permaneceu intacto.

¹ Trata-se de um sistema normativo cuja fonte imediata é a Lei, comando normativo dotado de generalidade e abstração, que visa a abranger a totalidade de casos futuros. Neste sistema a Lei coexiste com outras fontes de interpretação como os princípios, a doutrina e a jurisprudência, contudo a lei é a fonte principal, cabendo ao magistrado aplicá-la tão somente.

² Sistema normativo de influência anglo-americana, o qual baseia-se primordialmente nos precedentes jurisprudenciais, os quais são fontes imediatas do direito, gerando efeitos vinculantes. A norma de direito é extraída a partir de uma decisão concreta, sendo aplicada, por meio de um processo indutivo, aos casos idênticos no futuro.

Dando continuidade ao experimento, Zimbardo quebrou uma das janelas do veículo deixado na área nobre de Palo Alto. A partir de então, também em poucas horas, este veículo sofreu o mesmo destino daquele abandonado no Bronx.

Logo o experimento de Zimbardo, de natureza psicossocial, foi transportado para a criminologia, tendo sido incorporado pelo cientista político James Wilson e pelo psicólogo criminologista George Kelling, os quais vieram a publicar a pesquisa, com maior aprofundamento teórico, em um artigo da revista norte-americana *The Atlantic Monthly*, em 1985. A partir do experimento, chegou-se à conclusão de que o problema da criminalidade não está estritamente na pobreza.

James Wilson e George Kelling³, baseando-se no experimento do carro, criaram as seguintes situações hipotéticas:

Considere um edifício com algumas janelas quebradas. Se as janelas não forem reparadas, a tendência é que vândalos quebrem mais janelas. Após algum tempo, poderão entrar no edifício e, se ele estiver desocupado, torna-se uma “ocupação” ou até incendiam o edifício.
Considere uma calçada ou passeio no qual algum lixo está acumulado. Ao longo do tempo, mais lixo é acumulado. No final das contas, as pessoas começam a deixar lá seus sacos de lixo.

Em 1996, George Kelling e Catherine Coles (Especialista de Harvard em segurança pública), compilaram reflexões acerca da teoria no livro *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, apresentando estratégias para conter ou eliminar os crimes dos ambientes urbanos.

Segundo os autores, em síntese, a desordem gera a desordem e a ordem, por sua vez, instiga a sua própria manutenção. Em outras palavras, criar um ambiente propício ao crime é o mesmo que promovê-lo. Assim, Kelling e Catherine apresentaram a estratégia de atuação do Estado consistente em buscar resolver os problemas enquanto eles ainda são pequenos, do contrário, eles crescerão.

³ James Q. Wilson, George L. Kelling. BROKEN WINDOWS: The police and neighborhood safety. (PDF). Acesso em: 3 de set. 2018.

A Teoria das Janelas Quebradas inspirou o ex-prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, a implantar a famosa política de segurança norte-americana da Tolerância Zero, a qual teve início na repressão legal dos pequenos infratores que atuavam nos metrô da cidade, em decorrência do que os delitos menores caíram cerca de 44% e os homicídios, cerca de 61%.

Talvez a repercussão da teoria, em nível mundial, deva-se à viabilidade de sua aplicação a toda e qualquer área do conhecimento, sendo bastante utilizada, inclusive, no âmbito empresarial, bem como na discussão acerca do cumprimento dos códigos de ética, seara na qual, no âmbito do dever ser⁴, não se deveriam admitir concessões.

Apesar de reconhecida e amplamente aplicada, a Teoria das Janelas Quebradas sofreu e sofre severas críticas, principalmente por desconsiderar o fato de que a criminalidade não possui uma origem única, e sim provém de um complexo sistema, multifacetado, situado dentro de um contexto histórico, social, econômico, político e cultural não específico e não delimitado territorialmente. Sem dúvida, o crime é um produto da civilização e sofre influência de diversos fatores, nos quais também interfere, num círculo tão complexo como o é a própria *psique* humana.

De fato, a Teoria das Janelas Quebradas, inspiradora de uma política criminal típica do Direito Penal Máximo, assim como a Tolerância Zero norte-americana, se aplicada em países como o Brasil, onde o sistema prisional é extremamente deficiente, ocasionaria um verdadeiro colapso carcerário. Nestes países crescem os adeptos da escola agnóstica da pena. Segundo esta, consoante Zaffaroni (2003):

Não quer dizer que essa finalidade de ressocializar, reintegrar o condenado ao convívio social deva ser abandonada, mas deve ser revista e estruturada de uma maneira diferente. Para tanto, adverte-se que a reintegração social daquele que delinuiu não deve ser

⁴ Segundo Kelsen (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979), o dever ser insere-se no domínio das ciências sociais e se explica não com base nas premissas de verdadeiro/falso, mas de válido/inválido. Este domínio obedeceria ao princípio da imputação (quando A é, B deve ser).

perseguida através da pena e sim apesar dela, vez que para efeitos de ressocialização o melhor criminoso é o que não existe.

No esclarecedor livro 'Punir os Pobres', Loïc Wacquant (2003, p. 10-13) aduz que sua obra tem a pretensão de dismantelar os mecanismos da lenda internacional de um Eldorado americano da lei e ordem, demonstrando como as categorias, práticas e políticas penais dos Estados Unidos se originam e se inscrevem na revolução neoliberal da qual este país é o crisol histórico e o ponta de lança planetário.

Para tanto, o referido autor elenca diversos fatores, dentre os quais:

O crescimento explosivo das populações aprisionadas que aumentaram cinco vezes em 25 anos para ultrapassar os dois milhões de pessoas que se amontoam em condições de superpopulação que desafiam o entendimento; extensão continuada da colocação sob tutela judiciária, que hoje cobre cerca de sete milhões de estadunidenses, o que corresponde a um homem adulto em 20 e a um jovem negro em três, graças ao desenvolvimento de tecnologias de informática e genética, e à proliferação dos bancos de dados criminais aos quais pode-se ter livre acesso à Internet; decuplicação dos orçamentos de pessoal das administrações penitenciárias, promovidas ao patamar de terceiro maior empregador do país, enquanto as despesas sociais sofrem cortes profundos e o direito ao auxílio público transforma-se na obrigação de trabalhar em empregos desqualificados e sub-remunerados. Desenvolvimento frenético de uma indústria penitenciária privada, a menina dos olhos de Wall Street, que ganhou uma amplitude nacional e depois internacional, a fim de satisfazer à crescente demanda estatal por punição ampliada; direcionamento da vigilância policial e de repressão judiciária para os habitantes do gueto negro em declínio e para os delinquentes sexuais, agora definitivamente rejeitados para as margens infamantes da sociedade.

No prólogo da referida obra, ao tratar do tema “Os Estados Unidos, laboratório vivo do futuro neoliberal”, Wacquant (2003, p. 10-13) afirma:

Resultado: o manejo da Lei-e-ordem está para a criminalidade assim como a pornografia está para as relações amorosas, ou seja, um espelho que deforma a realidade até o grotesco, que extrai artificialmente os comportamentos delinquentes da trama das relações sociais nas quais estão enraizados e fazem sentido, que ignora deliberadamente sua causas e seus significados, e que reduz seu tratamento a uma sequência de iniciativas previsíveis, muitas vezes acrobáticas, às vezes até mesmo inverossímeis, resultante do culto do desempenho ideal, mais do que da atenção pragmática do real. No final, a nova gesta da lei-e-ordem transforma a luta contra o crime em um titilante teatro-burocrático-midiático que, simultaneamente, sacia e alimenta os fantasmas da ordem do eleitorado, reafirma a autoridade do Estado através de sua linguagem e de sua mímica viris, e erige a prisão como o último baluarte contra as desordens, que, irrompendo de seus porões, são vistas como capazes de ameaçar os próprios fundamentos da sociedade.

De fato, há que se tomar cuidado com a importação de teorias do crime, sem considerar as especificidades de cada Estado. Contudo, os exemplos devem servir, ao menos, para reflexões acerca do tema, uma vez que, doutra monta, ao se elastecer ao máximo o princípio da subsidiariedade do direito penal, fazendo-se vigorar com prevalência total o Direito Penal Mínimo, o colapso, desta vez, seria o social.

3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Originado no Direito Romano, partindo da máxima “*minimis non curat praetor*” (magistrado não cuida de questões mínimas), o Princípio da Insignificância ou Bagatela foi delimitado por Claus Roxin, na década de 60, a partir do

Princípio da Adequação Social, criado por Welzel.

O Princípio da Insignificância não tem previsão legal no direito brasileiro. Trata-se de uma criação da doutrina e da jurisprudência. Para a posição majoritária, o princípio da insignificância é uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material. Se o fato for penalmente insignificante, significa que não lesou nem causou perigo de lesão ao bem jurídico. Logo, aplica-se o princípio da insignificância e o réu é absolvido por atipicidade material, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

O princípio da insignificância atua, então, como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, o que, ressalte-se, vai de encontro ao que preconiza o art. 3º do referido diploma processual: “A lei processual penal admitirá interpretação **extensiva** e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”.

Destarte, embora reconhecida doutrinariamente, a aplicação do referido princípio carecia de requisitos objetivos e subjetivos aptos a auxiliar na sua interpretação e uniformização, no Brasil, bem como para conciliá-lo a outros *maxi* princípios do Direito Penal como o da Intervenção Mínima, Fragmentariedade, Lesividade, Adequação Social e da Legalidade.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Celso de Mello, no Habeas Corpus nº. 84.412-0/SP⁵, elencou os vetores necessários para sua aplicação. Veja-se o excerto do julgado:

O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos **vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público

⁵ HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19. nov. 2004.

em matéria penal. Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. (grifo nosso)

O Supremo Tribunal de Justiça, por sua vez, em julgado acerca do tema⁶, no que atine ao delito de furto, estabeleceu critério objetivo quanto ao valor pecuniário para a aplicação do princípio, qual seja, o valor correspondente a 10% do salário mínimo vigente, bem como declarou não ser passível seu reconhecimento, em regra, a reincidentes, consoante abaixo transcrito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR EXPRESSIVO DA *RES FURTIVA* E REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS E PACIENTE REINCIDENTE. SÚMULA 269/STJ. ADEQUAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da

⁶ STJ - HC: 425168 SC 2017/0297946-8, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 07 jun. 2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJE 15 jun. 2018.

intervenção mínima do Estado em matéria penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, observando-se a presença de “certos vetores, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (HC98.152/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 5/6/2009). **3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância quando o montante do valor da *res furtiva* superar o percentual de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos. Precedentes. 4. O princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando demonstrado ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas. Precedentes. 5. No caso, além de o paciente ser multirreincidente, inclusive em delitos patrimoniais, o valor das coisas subtraídas - R\$ 200,00 em espécie e uma carteira de cigarro - não pode ser considerado ínfimo, na medida em que representa mais de 20% do salário mínimo vigente ao tempo da subtração (R\$ 937,00). 6. Habeas corpus não conhecido.**

Desse modo, verifica-se que houve o estabelecimento de vetores objetivos e subjetivos para aplicação do princípio da insignificância, contudo a conceituação de tais vetores também ficou a cargo da doutrina, ensejando ampla margem interpretativa. Todavia, entende-se que: **a) Mínima ofensividade da conduta do agente:** relaciona-se ao princípio da ofensividade/lesividade e difere-se do vetor da inexpressividade da lesão jurídica provocada, uma vez que se refere à tutela do bem jurídico na sua modalidade abstrata, ou seja, o que a lei efetivamente, em uma perspectiva utilitarista⁷, buscou proteger; **b) Nenhuma periculosidade social da ação:** refere-se à verdadeira política

⁷ O utilitarismo é uma doutrina que se originou na Inglaterra, tendo como principais autores Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873). Trata-se de uma teoria ética consequencialista, na qual se definem anteriormente os bens a serem atingidos ou protegidos, sendo o Direito o meio para sua consecução.

criminal, a qual vem a definir, em determinado contexto social, o que é do interesse do Estado proteger, motivo pelo qual não se reconhece tal vetor ao delito de tráfico de entorpecentes, crimes praticados com violência, crimes de falsificação e crimes contra a Administração Pública; **c) Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento:** vetor de ordem objetivo-subjetiva, a ensejar análise de condições de caráter pessoal, dentre as quais a reincidência. A conduta de um policial que subtrai uma caixa de chocolate, por exemplo, possui grau de reprovabilidade muito maior do que a daquele que comete um furto famélico; **d) Inexpressividade da lesão jurídica provocada:** situa-se na esfera da análise do prejuízo efetivamente suportado pela vítima, considerando-se as condições desta no caso concreto.

Portanto, a análise para reconhecimento do Princípio da Insignificância é casuística, embora os quatro vetores devam estar presentes cumulativamente para seu reconhecimento.

4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO REINCIDENTE

Como a grande maioria dos casos ensejadores do princípio em comento refere-se ao crime de furto, considerando-se o salário mínimo vigente (2019), qual seja, R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), o STJ, consoante decisão transcrita, entende como valor máximo para seu reconhecimento o valor de R\$ 98,00 (noventa e oito reais).

Contudo, deve-se ressaltar que tal critério matemático (10%), puramente objetivo, não é considerado isoladamente, pois como dito outrora, os vetores da insignificância são requisitos cumulativos e o valor da *res furtiva* insere-se tão somente no vetor “inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

Quando se trata de reiteração de conduta delitativa, há que se verificar se o sujeito se dedica a atividades criminosas como *modus vivendi*, pois se assim o for, restará desconfigurado o vetor do reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta e a conduta será típica, ainda que considerada isoladamente. Ou

seja, mesmo que o sujeito tenha cometido o furto de um objeto de pequeno valor, o fato de ter reiterado a conduta criminosa configura um óbice ao reconhecimento da insignificância.

Isso porque, tratando-se de vetores cumulativos, há que se considerar que a reincidência reflete-se também no vetor nenhuma periculosidade social da ação, desconfigurando-o, uma vez que o indivíduo contumaz na prática delitiva, seja pela reincidência, seja pela multirreincidência, mormente quando em delitos específicos, revela desprezo pelo ordenamento jurídico representando, portanto, um maior risco social.

Em um caso de 2018 julgado pelo STJ⁸, o qual versa sobre a subtração de R\$ 4,80 (quatro reais e oitenta centavos), valor que pode ser considerado ínfimo, o Tribunal deixou de aplicar a insignificância, porque a autora do furto se valeu do seu filho, menor impúbere, para subtrair tal quantia de um cofre de uma instituição de amparo a pessoas em tratamento de câncer. Não se pode negar, neste caso, restar desconfigurado o vetor do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento.

Em um outro julgado⁹, o STJ também entendeu pela inadmissibilidade da insignificância, ante a não verificação da presença dos quatro vetores, uma vez que o apelante era reincidente, motivo pelo qual a corte entendeu não ser merecedor do benefício pleiteado, ressaltando ser este admitido pela jurisprudência apenas em casos excepcionais.

Cabe destacar que ao não reincidente nos furtos de pequena monta já existe a figura do furto privilegiado, previsto no art. 155, §2º, *in verbis*:

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

Ao não reincidente que tenha subtraído objeto de médio ou grande valor, por sua vez, aplicar-se-á o instituto da

⁸ RHC 93.472/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15 mar. 2018, DJe 27 mar. 2018.

⁹ STJ - HC: 395690 SP 2017/0081930-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 20 abr. 2017.

suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, uma vez que o furto, capitulado no art. 155 do Código Penal, possui pena mínima abstratamente prevista em um ano de reclusão.

Verifica-se, portanto, que, reconhecer o Princípio da Insignificância ao reincidente, seria privilegiá-lo ao arrepio da lei, deixando-o em situação mais favorável que a do réu primário que subtrai objeto de pequeno valor.

No que atine aos crimes tributários federais e ao crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem acolhido por maioria, não sendo ainda pacífico, o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), considerando o parâmetro fixado nas portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda, para a incidência do princípio da insignificância, o que veio a dobrar o patamar estabelecido anteriormente pela Lei 10.522/2002, no seu artigo 20.

A lógica consiste no fato de que se a Fazenda Pública não cobra e, conseqüentemente, a Procuradoria da Fazenda Nacional não executa, não caberia ao Direito Penal, que é subsidiário, criminalizar tal comportamento. Quanto à aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de descaminho, especificamente, a orientação das cortes superiores é no sentido do seu não reconhecimento, quando há habitualidade delitiva.

No ensejo, vejam-se três súmulas do Superior Tribunal de Justiça acerca da inaplicabilidade do Princípio da Insignificância:

Súmula 606¹⁰ – STJ. Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/1997.

Súmula 559¹¹ – STJ. O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra administração pública.

Súmula 589¹² – STJ. É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

¹⁰ Súmula 606, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11 abr. 2018, DJe 17 abr. 2018.

¹¹ Súmula 599, CORTE ESPECIAL, julgado em 20 nov. 2017, DJe 27 nov. 2017.

¹² Súmula 589, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13 set. 2017, DJe 18 set. 2017.

Outrossim, no que atine à posse de munição, mesmo desacompanhada de arma apta a deflagrá-la, permanece hígida a jurisprudência das cortes superiores, as quais entendem pela tipicidade da conduta. Contudo, passou-se a admitir a aplicação do Princípio da Insignificância quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, uma vez que ambas as circunstâncias conjugadas denotam a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ademais, os tribunais superiores não admitem a aplicação do Princípio da Insignificância na importação de simulacros de arma de fogo, a exemplo do julgado¹³ abaixo transcrito:

RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. IMPORTAÇÃO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. TIPICIDADE. ARTIGO 26 DA LEI N. 10.826/2003. BEM JURÍDICO TUTELADO. SEGURANÇA E INCOLUMIDADE PÚBLICAS. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. Nos termos do artigo 26 da Lei n. 10.826/2003, são vedadas a fabricação, a venda, a comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas se possam confundir. 2. A importação de arma de brinquedo capaz de ser confundida com verdadeira configura o delito de contrabando, diante da proibição contida no artigo 26 da Lei n. 10.826/2003, considerando os riscos à segurança e incolumidade públicas. 3. No crime de contrabando a tutela jurídica volta-se não apenas ao interesse estatal patrimonial, mas também à segurança e à incolumidade pública, de modo a afastar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes. 4. Recurso provido.

Observa-se, portanto, em todo o caso, que a possibilidade de incidência do Princípio da Insignificância não pode levar à situação de proteção deficiente ao bem jurídico tutelado. Portanto, não se deve abrir muito o espectro da sua incidência.

¹³ STJ - REsp: 1727222 PR 2018/0045379-3, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 02 ago. 2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: Dje 10 ago. 2018.

Como afirmou Cesare Beccaria (2017, p. 60):

A clemência, sendo virtude do que legista e não do que executa as leis, devendo estar no Código e não em julgamentos particulares, se se permitir que os homens vejam que o crime pode ser perdoado e que o castigo nem sempre constitui a sua necessária consequência, alimenta neles a esperança de ficarem impunes; faz que aceitem os tormentos não como atos de justiça, porém como atos de violência.

Quando o soberano concede graça a um celerado, não se deveria dizer que sacrifica a segurança do povo à de um particular e que por uma atitude de cega benevolência, pronuncia um decreto geral de impunidade?

Que as leis sejam, portanto, inexoráveis, que sejam inflexíveis os seus executores; mas que o legislador seja indulgente e humano. Arquiteto cheio de prudência, tenha como a base de seu edifício o amor que todo homem tem ao próprio bem-estar, e que consiga fazer resultar o bem geral do concurso de interesses particulares; desse modo, não se verá constrangido a recorrer a leis imperfeitas, a meios pouco refletidos que separam a cada momento os interesses da sociedade daqueles dos cidadãos; não se verá obrigado a erguer sobre o medo e a desconfiança, o simulacro da felicidade do povo.

5 CONCLUSÃO

Embora se deva reconhecer a perspectiva utilitarista do Estado Moderno, na qual se insere o princípio da insignificância, há que se considerar, caso a caso, se a aplicação de tal princípio coaduna-se com a finalidade do Direito Penal. Finalidade esta que, embora afinada com os direitos humanos, jamais deverá consistir em um sistema abolicionista configurador de uma carta magna de incentivo à delinquência.

Nesse sentido, no cotidiano forense, antes de se cogitar aplicar à casuística o Princípio da Insignificância, dever-se-ia consultar os antecedentes criminais do investigado, bem como analisar as circunstâncias do fato, juntamente às agravantes subjetivas do infrator, obrigação esta que não poderá ficar a cargo

exclusivamente do Ministério Público. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.

Assim, deve-se ter em mente que a crise do sistema carcerário não representa óbice à aplicação de penas alternativas e refletir, quando da aplicação do Princípio da Insignificância a determinado caso, se estar-se-ia quebrando mais uma janela de um edifício já abandonado.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marques di, 1738-1794. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014. P. 118. (Coleção a obra prima de cada autor, 48).
- BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.
- _____. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- _____. *Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 24 out. 1941.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: RT, 2009. p. 103-107. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 1).
- HOBBS, Thomas. *Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- LOÏC, Wacquant. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda Punitiva]*. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 476p.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro I*, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SAÚDE PÚBLICA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Raquel França Ribeiro Braga da Costa

Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas (MP/AM).
Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil, e Direito Público.

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito de proteção à Saúde: Constituição Federal de 1988 e legislação correlata. 2.1 Considerações acerca do Direito Social à Saúde. 3 Exigibilidade do Direito à Saúde e a problemática da justiciabilidade. 3.1 A reserva do possível. 3.2 A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. 3.3 Concretização do Direito à Saúde: Mínimo existencial e prestações mínimas em saúde. 4 Responsabilidade civil do Estado em face da omissão na prestação dos serviços de saúde. 4.1 O fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado: uma análise do papel do Poder Judiciário. 5 Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo maior abordar a omissão do Estado em prestar serviço público de saúde de qualidade na seara do fornecimento de medicamentos. Assim, pretende-se fazer um estudo aprofundado quanto ao direito de proteção à saúde, com enfoque na Constituição Federal de 1988 e legislação correlata, destacando-se a Lei nº 8080/90, conhecida como a Lei Orgânica da Saúde e a Lei nº 8142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS, e sobre as transferências de recursos financeiros na área da saúde. Postos os liames sobre tal direito fundamental, ao fim do presente trabalho passa-se a uma análise quanto à exigibilidade do direito à saúde e a problemática de sua justiciabilidade. Para isso, leva-se em consideração a discussão das objeções e dos parâmetros mínimos à eficácia jurídica e social do direito à saúde, especialmente no que concerne aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, as dimensões da reserva do possível, a garantia do conteúdo ou

núcleo essencial dos direitos fundamentais e o direito (subjeto) ao mínimo existencial.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Sistema Único de Saúde. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

Abstract

The main objective of the present study is to address the State's failure to provide quality public health services in the field of drug supply. Therefore, we intend to make a thorough study on the right to health protection, focusing on the Federal Constitution of 1988 and related legislation, especially the law n ° 8080/90, known as the Organic Health Law and the Law n ° 8142/90, which provides for community participation in the management of the Unified Health Care System and on transfers of financial resources in health. Put the arguments regarding these fundamental right, the end of this work passes to an analysis the enforceability of the right to health and the issue of their justiciability. To do this, it takes into account the objections and the discussion of minimum parameters to efficacy of the legal and social right to health, especially in relation to the principles of proportionality and reasonableness, the dimensions of reserve for the security of the content or essential core of fundamental rights and the right (subjective) to the existential minimum.

Keywords: Right to Health. Unified Health Care System. Minimum existential. Reserve as possible.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como finalidade principal abordar sobre a omissão do Estado na prestação de serviço público de saúde e sua repercussão frente à omissão de fornecimento de medicamentos.

A priori, é importante destacar o disposto no art. 196 da Constituição Federal de 1988, o qual prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas

sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, preceitua no art. 2º que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Cumprido ressaltar que o serviço público, objeto do presente projeto, é matéria de relevância pública, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com o art. 194 da Constituição Federal de 1988, é responsabilidade da sociedade e dos Poderes Públicos assegurarem a saúde da população.

Com isso, a Administração Pública tem como finalidade o bem comum da coletividade e todos os atos praticados por seus agentes devem perseguir o interesse público. Assim, qualquer ato que desvie dessa finalidade irá contra os interesses de toda a coletividade. A omissão do Estado em prestar serviço público de saúde de qualidade, ou seja, falta ou falha no serviço, enseja o debate quanto à responsabilidade civil do mesmo.

A omissão do Estado na prestação de serviço público de saúde de qualidade revela-se um ato ímprobo, cabendo as penalidades da Lei nº. 8.429, de 02/06/92, que regulamenta os atos de improbidade administrativa, dividindo-os entre aqueles que importam enriquecimento ilícito do agente, causam prejuízo ao erário e atentam contra os princípios da Administração Pública.

Desta feita, o presente artigo busca abordar sobre a omissão do Estado na prestação de serviço público de saúde e sua repercussão frente à omissão de fornecimento de medicamentos.

Em suma, a omissão do Estado em prestar um serviço público essencial de qualidade agride o interesse de todos os administrados de ter uma administração coerente com os princípios constitucionais, frustrando o legítimo anseio da sociedade em ter os impostos pagos revertidos ao proveito e bem-estar de todos.

2 DIREITO DE PROTEÇÃO À SAÚDE: CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E LEGISLAÇÃO CORRELATA

2.1 Considerações acerca do Direito Social à Saúde

A noção de que a saúde institui um direito humano e fundamental, passível de tutela pelo Estado, é fruto de uma longa evolução da concepção não apenas do direito, mas da própria ideia do que seja saúde, em si mesma analisada.

As crescentes necessidades da população em torno dos problemas inerentes à saúde e as pressões exercidas por certos agrupamentos sociais levaram os governos a direcionar o foco para a saúde. E desde o início, no Brasil, um dos graves problemas a serem enfrentados foi, e continua sendo, a alocação de recursos.

O Decreto-Legislativo nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923, conhecido como a Lei Eloi Chaves, assegurou o marco inicial na constituição do Sistema de Saúde, dentro do Sistema Previdenciário ali instituído.

A lei significou a primeira intervenção do Estado brasileiro para assegurar algum tipo de seguridade ou de seguro social ou de previdência social no Brasil.¹

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) impulsionaram a criação de órgãos especiais voltados à garantia de alguns direitos humanos essenciais. Dentre outras entidades, instituiu-se a Organização Mundial de Saúde (OMS).

O primeiro conceito teórico-formal de saúde surgiu, em 1946, com a Organização Mundial de Saúde (OMS) ao reconhecer a saúde como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, independentemente de sua condição social e de sua crença religiosa ou política.²

O preâmbulo da Constituição da OMS alude a saúde como o “completo bem-estar físico, mental e social” e não apenas como

¹ ELIAS, Paulo Eduardo. Uma Visão do SUS. SUS - o que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde, 2004, p. 13, *apud* SANTANA, José Lima. O princípio constitucional da eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS), 2010. p. 42-59.

² ABUJAMRA, Ana C. P.; BAHIA, Cláudio J. A. A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde. 2010. p.92.

a ausência de doenças ou outros agravos. Conseqüentemente, passou a ser uma incessante busca pelo equilíbrio entre influências ambientais, modos de vida e vários outros aspectos sociais.

A saúde não pode e não deve ser concebida como algo estático, pois faz parte de um sistema social no qual estamos inseridos e interagimos, devendo ser implementada mediante prestações positivas do Estado; está diretamente ligada ao conceito de qualidade de vida, e , para viver com dignidade em um legítimo Estado Democrático de Direito, todo cidadão necessita ter acesso a uma vida saudável.³

A Lei nº 8080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, em seu artigo 3º, refere-se a vários direitos afins com o direito à saúde e à qualidade de vida, preconizando que a saúde possui características correlacionadas com a educação, a moradia, o trabalho, o saneamento básico, a renda, o meio ambiente, o lazer e o acesso aos serviços essenciais.

A Constituição Federal de 1988, de caráter eminentemente social, reconhece em seu artigo 6º a saúde como um direito social fundamental, que exige do Estado prestações positivas no sentido de efetivá-las, sob pena de ineficácia de seu exercício, pois a saúde precisa de implementação por meios de políticas públicas sociais e econômicas.⁴

Desta forma, através da análise da moderna doutrina jurídica e para fins de aplicação do artigo 196 da Constituição Federal, pode-se conceituar a saúde como um processo sistêmico destinado a promover o bem-estar físico, psíquico e social, assim como melhorar a qualidade de vida de cada pessoa dentro da realidade social em que se encontra inserida.⁵

Com isso, é manifesto notar que o constituinte brasileiro adotou um conceito amplo de saúde em consenso à concepção preconizada pela Organização Mundial de Saúde, aproximando da noção de qualidade de vida e ultrapassa, com isso, a ideia de mera ausência de doenças.

Daí advém o grande desafio em encontrar mecanismos para a efetiva concretização dos valores constitucionais e

³ ABUJAMRA, op. cit., p. 92.

⁴ Id., Ana C. P.; BAHIA, Cláudio J. A. op. cit., p. 93.

⁵ Ibid., p.93.

garantia de condições dignas mínimas.

3 EXIGIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE E A PROBLEMÁTICA DA JUSTICIABILIDADE

A ideia de justiciabilidade do direito à saúde assinala diretamente para o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas em prol de quem titule tal direito, seja no sentido de exigir respeito e não interferência (pretensão defensiva), seja no que se refere às demandas por proteção e fornecimento de bens (prestações de caráter prestacional).⁶

Trata-se, desta forma, da verificação dos limites e das possibilidades dentro dos quais o direito à saúde é exigível, isto é, eficaz e assegurado, ainda que pelo recurso à via judicial.

Com isso, é imperioso destacar a discussão das objeções e dos parâmetros mínimos à eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais sociais de índole prestacional, entre os quais o direito à saúde.

Por conseguinte, tais objeções derivam de juízos de ponderação entre o direito fundamental discutido e outros direitos fundamentais e/ou bens, valores e princípios constitucionais, cuja essencialidade ao sistema jurídico tem origem na mesma fonte constitucional.

Robert Alexy, na obra *Direitos Fundamentais no estado constitucional democrático*, preceitua:

Tome-se somente o direito à saúde, regulado no artigo 196. Ele deve ser garantido por medidas de política social e econômica. Sem ponderação não pode ser verificado o conteúdo exato desse direito.⁷

Segundo a ordem instituída pelo constituinte, a tutela dos direitos fundamentais não pode fugir da ponderação e concordância prática, por meio de uma proporcional distribuição

⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. 2007, p. 103.

⁷ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no estado constitucional democrático*, 1999, p.64.

de ônus e benefícios.

Visa-se o estabelecimento de posições subjetivas mínimas relativamente aos direitos fundamentais, ou pelo menos minimamente exigíveis. Para isso, adquirem relevo as incidências dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a delimitação do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a definição das prestações incluídas no mínimo existencial.

Ocorre que a judicialização do direito à saúde auferiu relevante importância teórica e prática que abrange não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Se, por um lado, a atuação do Judiciário é basilar para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm constituído um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem obrigados a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política instituída pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Diante da omissão do Poder Público na efetivação de direitos sociais, como o direito à saúde, as pessoas passaram a pleitear a intervenção do Poder Judiciário para a concretização desses direitos, dando origem ao fenômeno da judicialização de direitos.

A ampliação do objeto dos direitos fundamentais na Carta Magna de 1988 interferiu nos limites das tarefas dos Poderes Públicos que, no entanto, foram incapazes de se adequar a essa nova conjuntura e a promover a distribuição de recursos de forma consentânea com as necessidades mais urgentes do povo.

Cabe ressaltar que a ascensão do Judiciário à condição de arena preferencial na realização das normas constitucionais não é imune a críticas, em razão das dificuldades sistêmicas e institucionais enfrentadas por seus membros que se defrontam com a necessidade urgente de buscar soluções de questões próprias à definição de programas inerentes às funções

legislativas.⁸

A sindicabilidade judicial das omissões inconstitucionais concernentes à aplicabilidade dos direitos sociais decorre, portanto, pela aferição dos limites fáticos e jurídicos à sua concretização, pela extensão da proteção constitucional que lhe foi conferida e pela pesquisa quanto ao conteúdo mínimo necessário à participação de todos os cidadãos no espaço democrático de modo livre e igual. Todavia, não se esqueça a pertinente advertência de Lise Casaux-Labrunée: “quando os juízes intervêm para a proteção ao direito à saúde, já é tarde demais”.⁹ Nesse contexto, é essencial a diferenciação entre os termos judicialização e ativismo judicial.

A judicialização refere-se ao ato de se transferir para o Judiciário decisões que a rigor deveriam ser tomadas pelo Legislativo e Executivo. Questões que envolvem o reconhecimento e concretização de um direito são analisadas pelo Judiciário.

Tais demandas envolvem questões de grande repercussão social e política, o que só faz aumentar a responsabilidade dos órgãos jurisdicionais quando da resolução desses casos.

A natureza desses direitos pressupõe uma prestação positiva do Estado, que é atendida/cumprida por meio de políticas públicas. Cabe frisar que a implementação de políticas públicas por determinação judicial não caracteriza invasão de poderes nem ofensa à Carta Magna, pois é realizada conforme as peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, isto é, na necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

É imperioso destacar que a atividade implementadora do Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes, em razão de o Estado ter o dever de prestar tutela jurisdicional, como decorrência do princípio do acesso à justiça, nos liames do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.¹⁰

O ativismo judicial revela uma verdadeira mudança de

⁸ OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção. 2007, p.54.

⁹ “Lorque les juges interviennent dans la mise en oeuvre du droit à la protection de la santé, il est déjà trop tard”. p. 791, *apud* OLIVEIRA. *ibid*, p. 54.

¹⁰ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 259.

postura do Judiciário, que passa a ter uma participação mais ativa na concretização dos valores consagrados na Carta Magna. Expressa uma opção proativa do juiz que, em face da inércia dos demais poderes, tende a decidir no sentido de efetivar direitos até então esquecidos.¹¹

Desta forma, é plenamente possível a concretização do direito à saúde através da intervenção do Judiciário e independentemente do juiz ter ou não uma visão ativista, poderá se dar em sede de ações individuais ou coletivas em que se almeja a obrigatoriedade estatal de prestar determinado serviço de saúde ou custear algum tratamento/medicamento.¹²

Se o magistrado entender ser o caso de deferimento de tutela, deverá impor ao Poder Público a obrigação de efetivar as prestações de saúde, podendo ainda ficar encarregado de promover em favor da população medidas preventivas e de recuperação que, garantidas por políticas públicas bem intencionadas, tenham como objetivo precípuo concretizar o que dispõe o art. 196 da Constituição Federal.¹³

É importante avaliar a eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais a prestações e, sobremaneira, do direito à saúde. Para tanto, serão examinados o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, as dimensões da reserva do possível, a garantia do conteúdo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais e o direito (subjetivo) ao mínimo existencial.

Os princípios, cuja função sistematizadora do ordenamento jurídico é evidente, têm primazia formal e material sobre as regras jurídicas, impondo padrões e limites à ordem jurídica vigente. Importante destacar ainda sua função normogênica na medida em que atuam na elaboração das regras jurídicas. Perante eventuais antagonismos existentes entre valores constitucionais, deve-se fazer o juízo de adequação de princípios e a ponderação de valores.

Desta forma, para a solução do conflito entre princípios,

¹¹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 259.

¹² Ibid., p. 260.

¹³ O oposto ao fenômeno do ativismo judicial é a autocontenção. O Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil.

por não preverem expressamente a consequência jurídica, apenas indicam a solução para o caso concreto, circunstância que permite, em hipótese de colisão, a preponderância de um princípio sobre o outro, sem que qualquer um seja considerado inválido.¹⁴

A adequação analisa a eficácia do meio restritivo escolhido, ou seja, trata-se do meio certo para concretizar o fim almejado, se a medida realmente é capaz de atingir tal objetivo.

A necessidade ou exigibilidade avalia a imprescindibilidade da medida restritiva para assegurar o objeto que tutele. Em outras palavras, analisa se a medida restritiva configura o instrumento mais eficaz e menos gravoso para o cidadão. Tem a missão de eleger a medida menos nociva aos interesses da pessoa.

A proporcionalidade em sentido estrito avalia a relação custo-benefício, sopesando as desvantagens do meio restritivo eleito e os benefícios do fim perquirido. Um direito fundamental só pode sofrer restrição na medida em que não seja afetado mais do que o necessário para a salvaguarda do outro.¹⁵

O princípio da razoabilidade, por pressupor uma ponderação concreta entre bens com objetivo de determinar a prevalência da tutela de um deles em detrimento do outro, muitas vezes assemelha-se ao princípio da proporcionalidade.

Em que pese tenha passado na análise da proporcionalidade, a medida constritiva pode ser avaliada como não razoável, se constituir, por si só, uma afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões essencialmente atinentes à subjetividade.¹⁶

Com isso, há vedação de extrapolada restrição do direito fundamental desde um prisma subjetivo, como meio de proteção à liberdade e à autonomia da pessoa. É relativo às questões pessoais de quem tenha de suportar a constrição ao direito fundamental.

O princípio da razoabilidade é basilar à complementação do juízo de proporcionalidade, ocasionando que se considerem

¹⁴ DWORKIN, Ronald. Los derechos em serio. 1999, p. 74-77, *apud* FIGUEIREDO, op. cit., p. 109.

¹⁵ Op. cit., p. 128.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, 2004, p. 187, *apud* op. cit., p. 130.

as circunstâncias dos sujeitos atingidos e respaldando a individualização das decisões judiciais sobre medidas restritivas.

Tal entendimento reflete em situações que podem parecer razoáveis e proporcionais em termos teóricos e abstratos, mas não podem ser diante dos elementos reais do caso, e o fundamento jurídico para uma tal conclusão, consolida-se na ausência de razoabilidade.¹⁷

3.1 A reserva do possível

A teoria da reserva do possível tem origem nos trabalhos de dois juristas alemães, elaborados no início dos anos de 1970 e depois abarcados pela jurisprudência constitucional do referido país.

Canotilho¹⁸ salienta que Häberle concebeu a “reserva de caixas financeiras” para exprimir a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais estariam sob reserva da capacidade financeira do Estado, se e na medida em que consistem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos.

É notório que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são diretrizes para a definição das prestações que devem constituir o direito fundamental social. Assim sendo, os direitos fundamentais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

Sarlet¹⁹ doutrina que a reserva do possível compreenderia pelo menos duas dimensões essenciais: uma dimensão fática, atrelada à noção de limitação dos recursos materiais, geralmente equiparados pela doutrina aos recursos financeiros que o Estado pode dispender; e uma dimensão jurídica, referente à capacidade jurídica ou ao poder de disposição de que deve titular o destinatário das obrigações impostas pelos direitos fundamentais sociais a prestações materiais no sentido de possuir competência suficiente para decidir sobre a alocação dos recursos existentes.

¹⁷ Op. cit., p131.

¹⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estudo sobre direitos fundamentais. 2004, p.108, *apud* op. cit., p. 131.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2005, p. 288-289.

Da análise da jurisprudência brasileira sobre o direito de proteção à saúde, observa-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, com destaque nos artigos 6º e 196 da Constituição da República de 1988, o direito de pacientes economicamente hipossuficientes obterem gratuitamente remédios e tratamento médico para doenças de grau elevado de complexidade, afastando teses referentes à inexistência de previsão orçamentária anterior e aos limites para efetividade de tais direitos pelo Judiciário.²⁰

As restrições referentes à reserva do possível vêm alcançando considerações em alguns julgados. O Tribunal Federal da 2ª Região, em apreciação de recurso para que fosse substituída sentença que determinara, em ação civil pública, o fornecimento de medicação específica para pacientes portadores do Mal de Gaucher, negou provimento ao apelo por ser a medicação essencial para a sobrevivência dos doentes, os quais não poderiam ficar sujeitos à eventual desídia da Administração Pública quanto à manutenção do suprimento necessário ao fornecimento gratuito, conforme se extrai da ementa do acordo prolatado:

Ação civil pública. Administrativo e constitucional. Direito à saúde. Portadores da doença de Gaucher. Medicamento importado. Tratamento de responsabilidade do Estado. Interrupção. Princípios da reserva do possível e da dignidade da pessoa humana. Conflito. Ponderação de interesses e razoabilidade. Poder Judiciário e controle de legitimidade dos atos administrativos. I - O Hemorio é o hospital de referência no Estado do Rio de Janeiro para os portadores do Mal de Gaucher, fornecendo, aos pacientes cadastrados, o tratamento da doença, cujo único medicamento eficaz - Cerezyne - de custo elevado, é produzido exclusivamente por um fabricante dos EUA e importado pela Secretaria de Estado de Saúde; (...) III - Os atos da Administração Pública que importem em gastos estão sujeitos à reserva do possível, consoante a previsão legal orçamentária. Por outro lado, a interrupção do

²⁰ Exemplo de decisões neste sentido: RE 242.859-RS, 1ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 17 set. 1999; RE 195.192-RS, 2ª T., rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 31 mar. 2000; AgRg no RE 271.286-RS, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 nov. 2000.; AgRg no RE 255.627-RS, 2ª T., rel. Min. Nelson Jobim, DJU, 23 fev. 2001.

tratamento de saúde aos portadores do Mal de Gaucher importa em violação da própria dignidade da pessoa humana. Princípios em conflito cuja solução é dada à luz da ponderação de interesses, permeada pelo princípio da razoabilidade, no sentido de determinar que a Administração Pública mantenha sempre em estoque quantidade do medicamento suficiente para garantir 2 meses de tratamento aos que dele necessitem; IV- Recurso e remessa oficial desprovidos.²¹

É imperioso ressaltar que a pungente discussão acerca da aplicabilidade do princípio da reserva do possível, atrela-se aos temas relacionados às reservas financeiras e orçamentárias e à problemática do acesso aos serviços de saúde e ao princípio da igualdade.

3.2 A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais

A garantia de proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais refere-se à concepção de um limite último de interpretação, que atue como parâmetro definidor da extensão do conteúdo dos direitos fundamentais, delimitando-se, internamente, o âmbito de garantia efetivo.

Tal entendimento remonta à interpretação conferida pela doutrina alemã ao artigo 19.2 da Lei Fundamental de Bonn, cujo texto preceitua: “em nenhum caso um direito fundamental pode ser afetado em seu conteúdo essencial”.²²

Em que pese a Constituição pátria não contenha dispositivo semelhante, a garantia da salvaguarda do conteúdo essencial é reiteradamente apontada pela doutrina estrangeira, como parâmetro mínimo de garantia dos direitos fundamentais, motivo pelo que, não obstante referida ausência de positivação, cumpre analisar e perquirir a possibilidade de inferir-se tal cláusula do direito constitucional vigente, ainda que de maneira implícita.

²¹ BRASIL. Tribunal Federal 3ª Região. ApCív 1998.51.01.028.960-5-RJ, 4ª T, rel. Des. Fed. Valmir Peçanha, DJU, 04 nov. 2003.

²² Op. cit., p.177.

A teoria subjetiva almeja que a proteção do núcleo ou conteúdo essencial dirija-se à salvaguarda da dimensão subjetiva individual do direito fundamental.

Tais teorias partem da premissa de que qualquer restrição a direitos fundamentais necessita de uma justificação. O conteúdo essencial não se encontra preestabelecido pela norma constitucional, contudo é resultado de um juízo concreto de ponderação entre os bens constitucionalmente protegidos e em situação de colisão, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

3.3 Concretização do Direito à Saúde: Mínimo existencial e prestações mínimas em saúde

Primordialmente, Ricardo Lobo Torres conceitua mínimo existencial como um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.²³ A noção de mínimo existencial revela nas pretensões à efetivação dos direitos sociais a prestações materiais como parâmetro que se contrapõe diante de eventuais objeções lançadas à eficácia jurídica e à efetividade social desses direitos. Representa o que efetivamente é exigível do Estado.

Desta forma, importa na máxima redução aceitável do conjunto de posições jurídico-subjetivas decorrentes de um direito fundamental, em razão dos demais princípios, bens e valores constitucionais, no sentido de salvaguarda das condições mínimas à vida com dignidade (liberdade, autonomia e igualdade).

Tal ideia representa a tentativa de superar as dificuldades teórica e técnico-jurídica relacionadas à realização dos direitos sociais.²⁴

Há entendimento no sentido da existência de um padrão mínimo de prestações materiais na área da saúde, decorrentes da consagração constitucional do direito fundamental e logo, passível de exigibilidade judicial.

²³ Op. cit., p. 189.

²⁴ Ibid., p. 190.

A vinculação a um padrão mínimo corresponde ao conjunto de condições materiais indispensáveis à existência humana com dignidade, formando um núcleo sindicável cuja entrega não pode ser obstaculizada sob o argumento da reserva do possível ou da escassez de recursos financeiros.

É notório salientar que o direito à vida não significa simplesmente uma existência animal, mas implica num direito à alimentação básica, água, ambiente decente, educação, assistência médica e abrigo.

No âmbito do direito brasileiro vigente, Dallari²⁵ enumera o que poderiam ser concebidas como atividades sanitárias mínimas, delineando um padrão essencial a nortear as políticas sanitárias e a gestão democrática dos serviços de saúde. As atividades mínimas seriam a educação sanitária, a assistência nutricional, o saneamento básico, a assistência materno-infantil, as imunizações e a assistência curativa para problemas comuns, em que incluído o fornecimento de medicamentos essenciais aos tratamentos médicos.

Tais atividades mínimas podem ser ligadas à ideia de Cuidados Primários de Saúde, tal como proposto pela Organização Mundial de Saúde (OMS), ainda em 1978.

É importante frisar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações materiais não deve restringir-se apenas às hipóteses de iminente risco da vida humana.

Diante do exposto, há de se ter em mente que o reconhecimento de prestações materiais originárias mínimas não abstém o Estado ou particular de direcionar esforços para a consolidação da máxima efetividade possível do direito à saúde. Tal entendimento importa no oferecimento de prestações que excedam o mínimo, sempre que for viável.

Há a presunção quanto à concretização preferencial de políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais, o que confere ao Estado o encargo de provar que a omissão inconstitucional apoia-se na necessidade de observância concorrente de deveres estatais, igualmente relevantes, a serem custeados pelos escassos recursos orçamentários disponíveis.

²⁵ Op. cit., p. 208.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DA OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

4.1 O fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado: uma análise do papel do Poder Judiciário

Com a precarização dos direitos sociais e econômicos, assume relevância a intervenção do Poder Judiciário acarretando um crescente aumento de demandas judiciais visando à efetivação de direitos sociais.

Contudo, os recursos da saúde são muito escassos, sendo necessária a adoção de algumas prioridades pelo gestor público. Em tal contexto deve ser efetivado o direito à saúde, o que inclui o fornecimento gratuito de medicamentos.

Segundo Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Sistema Único de Saúde visa à integralidade da assistência à saúde, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, alcançando medicamentos ao indivíduo que deles necessite²⁶.

Depreende-se que o dever político-constitucional consagrado no artigo 196 da CF, impõe ao Poder Público, independentemente de sua dimensão institucional, que este atue na efetivação do direito à saúde acerca do fornecimento de medicamentos. O Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no polo passivo de demanda cuja pretensão seja o fornecimento de medicamentos, podendo tal ação ser proposta em face de quaisquer dos entes.²⁷

A falta de critérios do Poder Judiciário, aliada a poucos investimentos na saúde pública e à constante negativa por parte do Poder Executivo em fornecer medicamentos, gera a proliferação de decisões extravagantes, inclusive emocionais, as quais condenam a Administração Pública ao custeio de tratamentos descabidos, ou mesmo ao fornecimento de medicamentos experimentais, de eficácia duvidosa, associados às terapias alternativas.

A intervenção, exatamente pela complexidade, não pode

²⁶ Superior Tribunal de Justiça - AgRg no Ag 1044354/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14 out. 2008, DJe, 03 nov. 2008.

²⁷ Ibid

ser desmedida sem a utilização de critérios por parte do Poder Judiciário. O fator econômico (escassez de recursos) não pode ser o único pesado pelo Judiciário, mas não pode ser esquecido. Ao desconsiderar o fator econômico, pressupõe-se que não há uma organização e planejamento do Poder Executivo em propor políticas públicas de saúde e, ademais, que não há uma lista de medicamentos elaborada conforme estudos regionalizados do Ministério da Saúde.²⁸

Para efetivar a prevalência do direito à vida, o Poder Judiciário poderá, inclusive, determinar o bloqueio de valores nas contas públicas e aplicação de multa em caso de descumprimento, visando assegurar o resultado prático da ordem judicial, conforme previsão do artigo 461, §5º, do CPC.

Tal medida possui o caráter coercitivo, compelindo o ente devedor ao cumprimento da obrigação, custeando o tratamento médico e/ou medicamentos indispensáveis à vida.

Em ação para fornecimento de medicamentos, o juiz pode determinar o bloqueio e sequestro de verbas públicas em caso de descumprimento da decisão.

Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar, até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

A multa cominatória, também conhecida como astreinte, é prevista no art. 537 do CPC/2015:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Assim, a multa coercitiva pode ser aplicada pelo magistrado como uma forma de pressionar o devedor a cumprir uma decisão interlocutória que concedeu tutela provisória ou uma sentença que julgou procedente o pedido do autor.

²⁸ LIMBERGER, Têmis; SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos: desafios ao poder Judiciário, 2010.

Em que pese a alegada impenhorabilidade dos bens públicos, o STJ vem admitindo o sequestro de bens dos entes políticos para que se efetivem tutelas relativas ao fornecimento de medicamento, notadamente em face de no caso concreto preponderar o direito à saúde, uma vez que não existem direitos absolutos.

Há imediata possibilidade de execução, logo após a fixação da multa e independentemente de outros requisitos (sequer a apreciação do efeito suspensivo ao agravo de instrumento que fixou a multa); porém o levantamento fica condicionado à confirmação ao trânsito em julgado da decisão final favorável ao beneficiário da multa (e não apenas da decisão que fixou a multa).²⁹

Em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público recalcitrante, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. O direito à saúde é um direito-meio que assegura o bem maior: a vida.

O art. 497 do CPC preconiza:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

O juiz, para que sua decisão tenha “força” e desperte no réu a ânsia de cumpri-la, deve determinar alguma medida coercitiva. O CPC prevê algumas medidas que poderão ser impostas. É certo que, além das ali listadas, o magistrado poderá impor outras que julgue mais eficazes. Segue o dispositivo:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias

²⁹ STJ, 1ª Seção. REsp 1.474.665-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 26 abr. 2017 (recurso repetitivo) (Info 606).

à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Vale ressaltar que o Poder Judiciário não deve compactuar com a desídia do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis à proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais da vida e da saúde.³⁰

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento acerca da licitude do bloqueio de verbas públicas:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SUS. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. MOLÉSTIA GRAVE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461 DO CPC. [...] II - É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos. III - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENOR SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL

³⁰ Nesse sentido: AgRg no REsp 1002335/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22 set. 2008.

DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA. [...] 10. O art. 461, §5.º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o sequestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição de medicamento objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável. 11. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento de medicamento necessário a menor portador de cardiopatia congênita, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou sequestro de verbas deste depositadas em conta corrente. [...].³¹

Em ação para fornecimento de medicamentos, o juiz pode determinar o bloqueio e sequestro de verbas públicas em caso de descumprimento da decisão. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar, até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada

³¹ Superior Tribunal de Justiça. REsp 869843/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18 set. 2007, DJ, 15 out. 2007, p. 243.

fundamentação.³²

O direito fundamental à saúde deverá prevalecer sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública, a significar que, no confronto entre ambos, prestigia-se o primeiro em prejuízo do segundo.

Assim, o regime constitucional de impenhorabilidade dos bens públicos e da submissão dos gastos públicos decorrentes de ordem judicial a prévia indicação orçamentária deve ser conciliado com os demais valores e princípios consagrados pela Constituição. Estabelecendo-se, entre eles, um conflito específico e insuperável, há de se fazer um juízo de ponderação para determinar qual dos valores conflitantes merece ser específica e concretamente prestigiado, sendo certo que o direito à saúde deverá ser o prestigiado.³³

Assim, se no caso concreto estiver demonstrada que a aquisição do medicamento é medida urgente e imposterável para a saúde do autor, deve-se concluir que prevalece o direito fundamental à saúde em detrimento da regra que diz que os recursos públicos são impenhoráveis. Isso porque haveria um grande risco à vida do cidadão caso ele fosse obrigado a aguardar o procedimento de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública.

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.³⁴

Entretanto, a matéria não pode ser tratada sem os cuidados pertinentes. Como foi apresentada, essa matéria envolve grande complexidade, a qual não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário ao exercer seu controle sobre as políticas públicas de fornecimento de medicamentos.

Outrossim, observa-se o aumento progressivo de

³² STJ. 1ª Seção. REsp 1069810-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23 out. 2013 (recurso repetitivo) (Info 532).

³³ Min. Teori Zavascki em voto proferido no STJ, REsp. 840.912/RS, DJ, de 23 abr. 2007.

³⁴ RE 1016398, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 14 dez. 2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-017, DIVULG 31 jan. 2017, PUBLIC 01 fev. 2017.

demandas judiciais para a realização de políticas públicas. Contudo, a intervenção do Poder Judiciário não pode ser uma intervenção sem precaução, pois é uma imposição do atual estágio do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, observou-se que as questões relativas à responsabilidade envolvem diversos aspectos, os quais têm que ser considerados. Além das considerações de ordem jurídica, há problemas de ordem social, política e econômica.

O Judiciário não vai dizer à Administração Pública o que deve ser feito. Isso a Constituição já fez. O papel do Judiciário está em exigir que sejam implementadas as políticas sociais já delineadas.

Contudo, a ingerência jurisdicional na seara das políticas públicas não pode ser ilimitada ou mesmo indefinida. É fundamental um parâmetro norteador. Esse vetor é a reserva do possível.

Para a efetividade do direito em tela, a Constituição de 1988 proporciona, além de instrumentos de controle individuais, outros mecanismos de proteção a direitos coletivos. Para as omissões inconstitucionais, adequadas são as ações coletivas, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental, dentre outros.

A intervenção do Judiciário em face da omissão inconstitucional das demais esferas do Poder, muitas vezes representa a última saída para amenizar o sofrimento das classes menos abastecidas, que ansiavam na atuação política de seus representantes a possibilidade de bem-estar e foram frustrados pela inércia de nossas autoridades.

O presente trabalho não defende a banalização do acesso ao Judiciário de modo individualista, em detrimento da coletividade. Pelo contrário, o presente estudo buscou demonstrar o caráter coletivo do direito à saúde e defender

meios jurídicos para concretizar tal direito, sempre como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.

É inegável que a adoção de políticas públicas não é de fácil implantação e não tem o condão de produzir todos os efeitos imediatamente. Contudo, tais políticas constituem em dever do Estado, na exata medida em que se resumem em valiosa e indispensável ferramenta de mitigação das desigualdades materiais enraizadas em nossa sociedade.

Surge a fundamental obrigação de prover o mínimo existencial do cidadão, não podendo para se eximir de tal dever, invocar a doutrina da reserva do possível, cabendo ao Judiciário corrigir referida distorção.

Diante do exposto no presente trabalho, não obstante seja a saúde direito de todos, qualquer cidadão poderá buscar a reparação dos danos a si causados em razão da inoperância dos serviços de saúde fornecidos pelo Estado.

A partir disso se entende a priorização da tutela coletiva de direitos, para o caso de um medicamento que esteja fora da lista ou de um tratamento novo ainda não presente nas listas do Poder Público. A discussão coletiva obrigará um exame no contexto geral das políticas públicas de saúde, e os legitimados terão melhores condições de trazer elementos aos autos.

Na litigação individual, o juiz perde de vista as necessidades relevantes e as imposições orçamentárias. Além disso, é claro, está a decisão, na ação coletiva, de produzir efeitos para todos. A tutela individual será eficiente para aqueles casos em que o Poder Executivo negar o fornecimento gratuito de medicamento presente na lista.

O Estado não pode eximir-se das suas obrigações relativas aos fornecimentos de medicamentos. Deve, pois, reorganizar a destinação das verbas públicas, priorizando sua aplicação em áreas que favoreçam o direito à vida.

REFERÊNCIAS

ABUJAMRA, Ana C. P.; BAHIA, Cláudio J. A. A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde: Concretização do princípio constitucional da

dignidade da pessoa humana. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil*. v. 4. São Paulo: RT, 2010. p. 69-120.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no estado constitucional democrático*. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 08 jul. 2019.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à Vida e à Saúde: Impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 20 set. 1990.

_____. Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça *Recurso Especial nº 719.716/SC*. Processual Civil e Administrativo. Artigo 535 do CPC. Arguição genérica. Súmula 284/STF. Antecipação de Tutela. Artigo 273 do CPC. Súmula 7/STJ. Suposta afronta a preceito legal. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Medicamento ou congêneres. Pessoa desprovida de recursos financeiros. Fornecimento gratuito. Responsabilidade solidária da União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. Recorrente: União. Recorrido: Lucrecia Guginski. Relator Ministro Castro Meira, 05 de setembro de 2006.

_____. *Recurso Especial nº 430.526/SP*. SUS. Fornecimento de medicamento. Paciente com hepatite C. Direito à vida e à saúde. Dever

do Estado. Recorrente: André Luiz Previato Kodjaglanian. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Min. Luiz Fux, 1 de outubro de 2002.

_____. *Recurso Especial 212.346/RJ*. Fornecimento gratuito de medicamentos- SUS. Lei n. 8.080/90. Relator Ministro Franciulli Netto, 04 de fevereiro de 2002.

_____. *Recurso Especial 814.076/RJ*. SUS. Fornecimento de medicamento. Paciente com doença pulmonar obstrutiva crônica. Direito à vida e à saúde. Dever do Estado. Relator Ministro Luiz Fux, 01 de agosto de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 226.835/RS*. Direito à Saúde. Artigo 196 da Constituição Federal. Acórdão recorrido que permitiu a internação hospitalar na modalidade “diferença de classe”, em razão das condições pessoais do doente, que necessitava de quarto privativo. Pagamento por ele da diferença de custo dos serviços. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rosemari Pereira Dias. Relator Ministro Ilmar Galvão, 10 de março de 2000. Disponível em: <http://investidura.com.br/stf/323666-stf-re-226835-6-rs>. Acesso em: 13 fev. 2019.

CAMPINO, Antonio Carlos C.; CYRILLO, Denise C. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à Vida e à Saúde: Impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 27-41.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por dano não patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p.21-42, 2000.

_____, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 15-31, jul. 2003.

DIAS, Eduardo Rocha. *Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Direito à Saúde*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde. Prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos*

orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010. p. 255-276.
GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *Código Civil: Análise doutrinária e jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 131-152.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMBERGER, Têmis; SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos: desafios ao poder Judiciário. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD). São Leopoldo, RS, v.2, n.1, p. 50-63, jan./jun. 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Ação de improbidade administrativa e de ressarcimento de danos materiais e morais causados ao Sistema Único de Saúde*. 2000. Disponível em: http://www.saude.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/dwnld/sd_corr_428.pdf. Acesso em: 08 jul. 2019.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown; CASTRO, Róbison Gonçalves de. O direito à saúde e o orçamento público, a busca de um equilíbrio estável. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 289-296.

SANTANA, José Lima. O princípio constitucional da eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS). In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: Impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 42-59.

SANTOS, Lenir. O poder regulamentador do estado sobre as ações e os serviços de saúde. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais: Responsabilidade Civil*. v. 5. São Paulo: RT, 2010. p. 121-172.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____; WEINGARTNER NETO, Jayme. Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de retrocesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 86 - 120, 2003.

TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa.

A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA NATURAL E SUA CONFORMAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Luciana Toledo Martinho

Promotora de Justiça, titular da 37ª Promotoria de Justiça de Família

Especialista em Direito Civil

Mestre em Direito Ambiental

Sumário: 1 Introdução. 2 A Capacidade Civil da Pessoa Natural no Direito Brasileiro. Análise Temporal. 2.1 A Capacidade Civil no Código Civil de 1916. 2.2 A Capacidade Civil no Código Civil de 2002. 3 O Estatuto da Pessoa com Deficiência. 3.1 O Estatuto da Pessoa com Deficiência e sua influência na Capacidade Civil da Pessoa Natural. 3.1.1 A Curatela sob a ótica do Estatuto da Pessoa com Deficiência. 3.1.2 O instituto da Tomada de Decisão Apoiada. 4 Conclusão. Referências.

Resumo

Analisar a capacidade civil da pessoa natural no contexto do Direito brasileiro é tarefa importante para pontuar os aspectos chave desse instituto ligado à projeção da personalidade e, em última análise, à dignidade da pessoa humana. Por essa análise é possível verificar a evolução do instituto e também da teoria das incapacidades, diretamente ligada a ele. A forma como os diplomas legais influenciam no exercício da capacidade pela pessoa natural e a forma como a dialética social influencia na legislação também são pontos abordados, de forma a construir uma análise teórico-pragmática do instituto da capacidade civil.

Palavras-chave: Capacidade. Pessoa com deficiência. Curatela.

CIVIL CAPACITY OF THE NATURAL PERSON AND ITS CONFORMATION IN BRAZILIAN LAW

Abstract

Analyzing the civil capacity of the natural person in the context of Brazilian law is an important task to point out the key aspects of this institute linked to the projection of personality, and ultimately to the dignity of the human person. Through this analysis it is possible to verify the evolution of the institute and also the theory of disabilities, directly linked to it. The way the legal diplomas influence the exercise of capacity by the natural person and the way the social dialectic influences the legislation are also discussed, in order to build a theoretical-pragmatic analysis of the institute of civil capacity.

Keywords: *Capacity. Person with disabilities. Curatorship.*

1 INTRODUÇÃO

O instituto da capacidade civil é instrumento primordial para o exercício dos direitos fundamentais, pois relacionado à projeção da personalidade civil da pessoa natural e calcado no valor da dignidade da pessoa humana.

Ao longo do tempo, a capacidade civil sofreu alterações em sua positivação na legislação brasileira, concernentes à idade com a qual se via atingida, e aos diferentes matizes de sua aceção relativa ou absoluta.

Como recente novidade a repercutir na capacidade civil, tem-se o Estatuto da Pessoa com Deficiência, datado de 2015, documento inovador, alinhado com a acertada política inclusiva.

Propõe-se, portanto, analisar a capacidade civil pelo prisma de suas transformações, em uma abordagem também crítica da conformação do instituto no Direito Brasileiro.

2 A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA NATURAL NO DIREITO BRASILEIRO. ANÁLISE TEMPORAL

Por meio da capacidade civil, a pessoa natural projeta a sua personalidade, posicionando-se nas mais variadas relações jurídicas. Assim é que, dotado de capacidade, toca ao indivíduo, a exemplificar, contratar, contrair obrigações, alienar e adquirir bens, constituir entidade familiar, receber herança.

A capacidade civil está alicerçada no valor maior da dignidade da pessoa humana, eixo da garantia de direitos fundamentais, positivado na Constituição brasileira como fundamento da República¹.

Isso porque a todo ser humano é dado praticar os atos da vida civil, e de tal forma externar os desígnios de sua personalidade, muito embora situações haja em que a manifestação precise operar-se por meio de figuras de suprimento da capacidade, tal é a representação.

É o que garante o Código Civil Brasileiro², ao determinar, em seu art. 2.º, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

A doutrina civilista distingue, no entanto, a capacidade civil de direito – ou de gozo, da capacidade civil de fato – ou de exercício, sendo a primeira a capacidade em si, a atribuição conferida a todas as pessoas para titularizar direitos e obrigações; e a segunda, a possibilidade de pessoalmente efetivar a atribuição, sem necessitar que outrem o faça.

Uma criança tem capacidade de ser titular de direitos sucessórios, sem embargo de sua condição infantil (capacidade de direito), porém não possui a capacidade de fato para praticar os atos relacionados à herança de per si, necessitando de um representante legal.

Concluem de Farias e Rosenvald que

¹ A Constituição Brasileira, em seu art. 1.º, diz: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

² Código Civil Brasileiro, art. 2.º.

enquanto a capacidade de direito (que se confunde com a própria personalidade) deflui do próprio nascimento com vida, a capacidade de fato resulta do preenchimento de condições biológicas e legais.³

Ao reunir a capacidade de direito e de fato, diz-se que a pessoa é detentora de capacidade plena, e quando não lhe garante a capacidade de fato, diz-se ser incapaz, em alguma das graduações advindas da teoria das incapacidades.

De lembrar que, por ser relacionada à dignidade da pessoa humana, a capacidade de direito não sofre restrições. Estas alcançam tão somente a capacidade de fato, para a própria salvaguarda dos interesses da pessoa dita incapaz, e constituem elenco taxativo, previsto em lei, e impassível de interpretações extensivas.

Assim ensina Diniz⁴:

A incapacidade é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser encarada restritamente, considerando-se o princípio de que “a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção” (RTJ 95 13-49)

A teoria das incapacidades vem sofrendo alterações ao longo do tempo, ganhando contornos diferenciados no ordenamento jurídico civil, em conformidade com a natural dialética social a ser acompanhada pelo Direito, e refletindo na forma como a pessoa natural afigura-se na vida civil.

2.1 A CAPACIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A Lei n. 3.071/16, que instituiu o primeiro Código Civil Brasileiro, baseado em projeto de Clóvis Bevilacqua, guardava uma concepção de extremo caráter individualista, acomodada à visão civilista da época de seu projeto – 1899, até sua promulgação – 1916, e vigência – a partir de 1917.

Valores de cunho conservador como individualismo,

³ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, v.1, p. 332.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, p. 11.

paternalismo, protecionismo e prevalência da opinião masculina nas decisões da entidade familiar, figuras como o cabeça de casal e o pátrio poder, permeavam o revogado diploma civil.

Há que se ter cuidado, nada obstante ser caminho fácil a severa crítica ao legislador do século passado, para com a análise legislativa descolada do contexto em que se inseria a Lei, uma vez que esta espelhava a realidade vivida à época.

Lembra DIAS que⁵

O Código Civil de 1916 era uma codificação do Século XIX, pois foi no ano de 1899 que Clovis Bevilacqua recebeu o encargo de elaborá-lo. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade masculina.

Ao tratar da personalidade civil, o Código Bevilacqua determinava que tinha início com o nascimento com vida, garantindo, todavia, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Estabelecido o início da personalidade civil, e, por conseguinte, o momento em que se via adquirida a capacidade de direito, passava o legislador pretérito a ocupar-se da teoria das incapacidades.

No dizer do legislador de 16, eram absolutamente incapazes, necessitando de representação para todos os atos da vida civil, os menores de dezesseis anos; os loucos de todo o gênero; os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade; os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Por seu turno, relativamente incapazes e carecedores de assistência para os atos da vida civil eram os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos; os pródigos; e os silvícolas.

Originalmente, a mulher casada era incluída no rol de relativamente incapazes, sendo sua capacidade plena devolvida apenas com a edição, em 1962, da Lei 4.121, qual seja, o Estatuto da Mulher Casada.

A capacidade civil plena, do ponto de vista cronológico, era alcançada aos vinte e um anos, excetuadas as hipóteses da

⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Mulher no Código Civil*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no%F3digo_civil.pdf. Acesso em: 10 ago.2019.

emancipação, ficção jurídica que atribui a capacidade plena a menores em situações específicas.

Havendo outra hipótese de incapacidade, que não a menoridade, o indivíduo sofria processo judicial de interdição, a fim de que se visse suprida a incapacidade pela representação exercida por um curador, desenho que, com algumas nuances diversas, repete-se ainda hoje.

2.2 A CAPACIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil promulgado em 2002 trouxe a necessária evolução de princípios e consolidou a esparsa legislação civil, reclamada durante o hiato que separa os dois diplomas.

Com trabalhos de elaboração iniciados em 1969, e supervisionados por Miguel Reale, o novel Código Civil atendeu aos ditames de atualização legislativa, e ao longo do vasto período até a sua promulgação, no curso do qual se inaugurou uma nova era constitucional no Brasil, com a Carta Cidadã de 1988, precisou adequar os princípios da legislação civil à normativa constitucional. Exemplo disso é a positivação da união estável como entidade familiar, e a isonomia entre homem e mulher nas relações privadas.

Segundo Reale⁶, três princípios fundamentais estruturaram o novo Código Civil Brasileiro: eticidade, superando-se o apego ao formalismo jurídico, e conferindo-se o patamar merecido pelos valores éticos no ordenamento jurídico; socialidade, dissociando-se do caráter individualista, reclamado pelo Brasil agrícola, onde se inseria a codificação de 16; e a operabilidade, com a apresentação de soluções normativas de fácil interpretação e aplicação pelo operador do Direito.

Na Exposição de Motivos do código de 2002⁷, datada de 1975, era pontuada a necessidade de

⁶ REALE, Miguel. História do Novo Código Civil. p. 37.

⁷ PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. v. 4. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242712/v4_Tramita%c3%a7%c3%a3o%20na%20C%c3%a2mara%20dos%20Deputados%20-%202%c2%ba%20Turno.pdf?sequence=2&isAllowed=ym. Acesso em: 10 ago. 2019.

Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-los de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresarias e nos demais setores da vida privada.

Especificamente no que tange à capacidade civil, eis o espírito que norteou a Comissão elaboradora do Anteprojeto de Lei que deu origem à atual Codificação Civil, expresso igualmente na Exposição de Motivos:

- a) Substantial foi a alteração operada no concernente ao tormentoso problema da capacidade da pessoa física ou natural, tão conhecidos são os contrastes da doutrina e da jurisprudência na busca de critérios distintivos válidos entre incapacidade absoluta e relativa. Após sucessivas revisões chegou-se, afinal, a uma posição fundada nos subsídios mais recentes da Psiquiatria e da Psicologia, distinguindo-se “enfermidade ou retardamento mental” e “fraqueza da mente”, determinando aquela a incapacidade absoluta, e esta a relativa.
- b) Ainda no concernente ao mesmo tema, reconhece-se a incapacidade absoluta dos que, ainda por causa transitória, não possam exprimir sua vontade ao mesmo tempo em que se declaram relativamente capazes não apenas os surdos-mudos, mas todos os “excepcionais sem desenvolvimento mental completo”.

Exsurge da Exposição de Motivos a evidente alteração trazida pelo legislador, seja no instituto da capacidade civil da pessoa natural, seja na teoria das incapacidades, a qual restou muito mais elaborada do que a teoria revogada.

Explicados os fundamentos a nortear a Comissão elaboradora do Diploma em voga, tem-se que o legislador de 2002 repetiu o princípio da aquisição da personalidade civil com o nascimento com vida, protegendo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os

atos da vida civil passaram a ser os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

E incapazes relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer, foram considerados os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os pródigos.

Importante lembrança, gizada por Azevedo⁸, é a de que ao menor relativamente incapaz foram dispensadas algumas figuras de capacidade específica, estas sendo a capacidade núbil, a capacidade testamentária, a capacidade de ser testemunha e mandatário, a capacidade de ser eleitor.

Sem mais utilizar a ultrapassada expressão silvícolas, a capacidade civil dos índios foi remetida à legislação especial.

Alteração substancial que alcançou ramos outros do Direito, para além do Direito Civil, como sói ser o caso do Direito Previdenciário, foi a idade com que se passou a atingir a maioridade civil, ora com dezoito e não mais vinte e um anos.

O Código Civil de 2002 preservou, ainda que com pontuais alterações, as sistemáticas de emancipação e de interdição e curatela dos interditos.

3 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A começar pela adequação da designação, superando nomenclaturas anteriores, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou profundamente o olhar legal sobre a condição de pessoas com deficiência, refletindo na configuração da capacidade civil.

O fundamento da nova política legal sobre pessoas com

⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Parte Geral. p. 19.

deficiência é o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova Iorque em 2006, da qual foi signatário o Brasil.

No seu preâmbulo⁹, a Convenção reconhece a necessidade de promover e proteger os direitos humanos das pessoas com deficiência, pontuando que a discriminação contra qualquer pessoa por motivo de deficiência “configura uma violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano”.

Em verdade, ao firmar a Convenção em voga, o Brasil pautou a vindoura legislação sobre a pessoa com deficiência, alinhando-se ao propósito universal nela contido, qual seja

promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito por sua inerente dignidade.

No conceito insculpido na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assim são consideradas as pessoas que têm impedimento de natureza física, intelectual ou sensorial, as quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Dentre seus princípios gerais, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe um que influenciou sobremaneira a visão acerca do exercício de direitos em condições que tais. Fala-se aqui do respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive à liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual.

Nacionalmente, ratificando a Convenção, conferiu-lhe arrimo o Decreto Legislativo nº. 186, de 9 de julho de 2008, de pontuar o *status* da nova legislação, qual seja o de emenda constitucional, a decorrer da observância, no trâmite legislativo, ao que dispõe o art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de

⁹ Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <http://www.acessibilidadebrasil.org.br/joomla/destaques-acessibilidade/124-convencao-da-onu-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 11 ago. 2019.

qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O próprio legislador estatutário, já no art. 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência cristaliza o seu objetivo:

art. 1.º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Com a moderna abordagem sobre a pessoa com deficiência, que passou a ser vista como pleno sujeito de direitos, e não mais apenas como merecedora de políticas e figuras jurídicas protecionistas, mais uma significativa alteração operou-se no mapa do exercício da capacidade civil.

3.1 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA INFLUÊNCIA NA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA NATURAL

A partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a capacidade civil no direito brasileiro sofreu outra forte alteração, esta rompendo com a sistemática histórica da teoria das incapacidades aqui adotada, e implicou na modificação do texto legal civil e processual civil.

A única causa de incapacidade absoluta restante passou a

ser a decorrente da idade, sendo incapazes em absoluto para os atos da vida civil apenas os menores de dezesseis anos de idade.

Cronológico, portanto, passou a ser o único fator de incapacidade civil absoluta, atribuindo-se às pessoas com deficiência a possibilidade de, em não havendo restrição, exprimir sua vontade.

Salientam Farias, Cunha & Pinto¹⁰ que “não há mais, efetivamente, uma relação implicacional entre a deficiência (física, mental ou intelectual) e a incapacidade para os atos da vida civil”.

A incapacidade relativa, por seu turno, é verificada nos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; nos ébrios eventuais e viciados em tóxico; naqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; nos pródigos.

Ademais, o Estatuto em comento adequou a nomenclatura anteriormente utilizada de índios para indígenas, atribuindo a tarefa de regular sua capacidade à legislação especial.

De recorrer-se, novamente, à lição de Farias, Cunha e Pinto¹¹ que, de modo marcante, ao pontuar que a incapacidade não mais decorre do por si só fato de tratar-se de pessoa com deficiência, afirmam, quanto à legislação estatutária, que “o fundamento humanista salta aos olhos”.

Há que ser reconhecida a mudança de paradigma legal experimentada pelo Direito brasileiro, ao recepcionar os conceitos da Carta de Nova Iorque, a partir da qual a capacidade passou a ser a regra.

Para exemplificar tal conformação legal, transcreve-se o art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, verdadeiro cânone moderno do princípio da inclusão da pessoa com deficiência:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado*. p. 313.

¹¹ *Ibid.*, p. 313

- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Posteriormente, espancando qualquer possibilidade de interpretação dissonante, deixa expresso o Estatuto, em seu art. 84: “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Sobre esse novo contexto da capacidade civil no Direito brasileiro, analisa Souza¹²:

A capacidade é a regra, sempre foi, e agora não há como defender posição diferente diante do exposto no art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, nem mesmo diante da presença de uma deficiência diagnosticada por uma equipe multidisciplinar.

Reflexos da legislação inclusiva foram sentidos no mundo fático, até mesmo documentados, a exemplo do relato constante do sítio virtual do Senado Federal, que narra a situação de um casal, portador de Síndrome de *Down*, que diante dos obstáculos pretéritos, tencionando casar-se, fizeram-no apenas no âmbito religioso, porém, como salienta matéria veiculada no *site*¹³:

Em janeiro entrou em vigor o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146), que enterrou os impedimentos legais.
Como qualquer casal, bastará que os noivos apresentem

¹² SOUZA, Iara Antunes de. Estatuto da Pessoa com Deficiência: Curatela e Saúde Mental. p. 279.

¹³ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/02/lei-facilita-casamento-de-pessoas-com-deficiencia-intelectual>. Acesso em; 11 ago. 2019

os documentos, levem as testemunhas e assinem um papel em que atestam que a união se dará por livre e espontânea vontade. Nada mais do que isso.

Relatos e situações como essa deixam infensa a dúvidas a afirmação de que a aceção da capacidade no contexto normativo brasileiro sofreu sua mais marcante alteração com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

3.1.1 A CURATELA SOB A ÓTICA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

No sistema normativo brasileiro, a curatela consubstancia-se na figura jurídica utilizada nas situações de incapacidade por causas diversas da idade, sendo o instituto pelo qual se formaliza a limitação ao exercício da capacidade, limitação esta que passa a ser suprida pela presença do curador, igualmente instituído no processo, que tem a dupla função de decretar e delimitar a incapacidade, e de nomear o curador ao incapaz.

Farias e Rosenvald assim exprimem a ideia de curatela¹⁴:

A curatela surge nesse panorama como o encargo imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior de idade que não pode se autodeterminar patrimonialmente por conta de uma incapacidade.

Por ser medida de extrema gravidade, a envolver limitação da capacidade do indivíduo, o processo em que se institui a curatela tem natureza complexa e demanda intervenção do órgão do Ministério Público.

Merece registro o novel tratamento concedido ao instituto da curatela com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

De pronto, o sistema inaugurado em 2015 rompeu com os termos “interdição” e “interdito”, não os utilizando em nenhum de seus dispositivos, muito embora haja consenso na doutrina especializada no sentido de que não houve revogação da legislação processual civil, na qual resta regulamentado o

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; Rosenvald, Nelson. Curso de Direito Civil. v. 6 Famílias. p. 876.

processo de interdição, utilizado para o fim de nomear curador ao incapaz.

Sobre o tema, elucidativa é a lição de Farias, Cunha e Pinto:¹⁵

Malgrado seja possível uma interpretação no sentido de que uma norma teria revogado a outra (utilizando o critério da anterioridade ou da especialidade), a melhor compreensão é no sentido da *harmonização* entre os dois Diplomas Legais, procurando estabelecer uma interpretação sistêmica. Assim sendo, deve se retirar de cada lei aquilo que melhor se mostrar para a pessoa com deficiência. (...)

Com isso deve se maximizar a proteção da pessoa com deficiência.

Sendo admitida a confluência das normas estatutária e adjetiva civil, contemporâneas em sua edição e vigência, a figura da curatela ganhou novos contornos, advindos das duas fontes positivas.

Importante lacuna foi preenchida pelo legislador processual civil, ao instituir a possibilidade de que o representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando promova a interdição¹⁶.

Vale gizar, todavia, que, sem embargo de tal possibilidade, não se está diante de um caso de curatela institucional, inexistente em nosso sistema jurídico. Mesmo sendo promovida pelo representante da entidade, a curatela permanece sendo um *múnus* atribuído a um indivíduo, ou seja, conserva sua natureza pessoal.

Por seu turno, o Estatuto da Pessoa com Deficiência inovou¹⁷, contemplando as possibilidades de autocuratela, promovida pelo próprio curatelado, e de curatela compartilhada, atribuindo-se a mais de uma pessoa o dever de zelar pelo curatelado.

O diálogo entre as normas adjetiva civil e estatutária leva,

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, op.cit., p. 329.

¹⁶ Código de Processo Civil. Art. 747, III.

¹⁷ Lei n.º 13.146/2015, art. 114.

ainda, à reflexão de que, quanto à legitimidade do Ministério Público para promover o processo que define os termos da curatela, válida é a ampla legitimidade do *Parquet*, prevista no Estatuto, em contraponto à visão restritiva pregada pelo Código de Processo Civil, ao garantir o Ministério Público apenas com a legitimidade para promover o processo de curatela no caso de doença mental grave.

Entende-se ser essa a melhor interpretação, máxime ao considerar a defesa dos interesses individuais indisponíveis, atribuída constitucionalmente ao Ministério Público¹⁸.

Elucidativo é o posicionamento do Ministério Público do Estado do Paraná, documentado no Informativo nº . 76¹⁹:

É essencial visualizar, dentro dessa ampla perspectiva, que, independentemente da fonte originária do comprometimento cognitivo e do grau deste prejuízo – as quais tornam imperiosa a adoção de medidas protetivas, como a curatela em sua perspectiva hodierna –, **a capacidade para a prática de atos civis está inserida no campo dos direitos individuais indisponíveis, uma vez que ela é “a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade”⁴ e, portanto, na seara de atribuição constitucional obrigatória do MP (cf. art. 127, caput, da Constituição Federal).**

Portanto, cogitar-se a possibilidade de que apenas os sujeitos com doença mental grave possam se valer do apoio do *Parquet* para a propositura de ação voltada à proteção dos seus interesses e garantia das suas necessidades, significaria afirmar que as pessoas que, em decorrência de outra causa, também não possuam discernimento para reger os atos da vida civil, serão obstadas de usufruir da máxima tutela ministerial, por suposta ausência de legitimidade do MP.

Havendo hipótese de incapacidade relativa, a demandar

¹⁸ Cf. Art. 127, Constituição Federal.

¹⁹Disponível em: <http://www.comunicacao.mppr.mp.br/2016/05/17529/Informa-tivo-no-76-A-legitimidade-do-Ministerio-Publico-para-a-propositura-das-aco-es-rel-ativas-a-curatela-e-a-tomada-de-decisao-apoiada.html>. Acesso em: 12 ago. 2019.

o estabelecimento da curatela, suas delimitações serão estabelecidas em processo judicial próprio, promovido pelos legitimados legais, no qual intervirá o Ministério Público, ainda que não seja seu autor, com previsão de realização de entrevista pessoal com o possível incapaz pelo juiz, e realização de perícia por equipe multidisciplinar, que mediante elaboração de laudo respectivo, municiará o juiz dos elementos necessários para fixar a curatela e seus limites.

A perícia necessária para a curatela envolve *experts* médicos e também assistentes sociais e psicólogos, sendo algumas vezes necessária não somente para fixar e delimitar a curatela, mas também para nomear curador, em caso de conflito sobre tal peculiaridade.

Nesse aspecto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência valorou a opinião do incapaz, com o mandamento segundo o qual, para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando.

Lembram Farias, Cunha e Pinto²⁰ que “o magistrado pode aferir essa situação na entrevista com o curatelado, descobrindo as suas vontades, preferências e afinidades”.

Ao reconhecer a necessidade de estabelecer a curatela, e constituí-la, o juiz haverá de fixar os seus limites, pautando-se pela nova ordem de ideias a regular a incapacidade, trazida pelo novo Código de Processo Civil e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

É esse o norte apontado pela codificação processual civil em vigor:

art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:
I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;
II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

Sobre esse novo contorno da curatela, ensina Souza:²¹

²⁰ FARIAS; CUNHA; PINTO, op. cit., p. 334.

²¹ SOUZA, op. cit., p. 326.

O juiz deve fundamentar a decisão, relacionando as provas processuais, em especial o laudo da equipe multidisciplinar e suas impressões pessoais na entrevista com o curatelando, com a real necessidade da medida de cuidado. Por isso, deve considerar as peculiaridades da pessoa, preservar sua autonomia na maior medida do possível e justificar a razão da medida de cuidado e em qual limite ela será aplicada.

Nesse olhar individualizado, não genérico e não padronizado do curatelando, necessária se faz a cautela para com a acepção unicamente patrimonial e negocial da curatela, pois cristalino é o comando contido no Estatuto da Pessoa com Deficiência nesse sentido, uma vez que preservada a autonomia pessoal do curatelando.

Há situações, entretanto, em que a instrução processual (entrevista, perícia, circunstâncias que envolvem o caso concreto), demonstra ser o curatelando desprovido de qualquer discernimento.

Importante guardar em mente que as características pessoais do curatelando, suas potencialidades e habilidades é que determinarão os parâmetros da curatela, verificados em cada caso, havendo, portanto, a possibilidade de que a sentença alargue os limites da medida, ampliando os deveres do curador, caso seja esta a providência que o quadro real reclama.

Uma vez mais pertinente a lição de Souza²²:

Entretanto, entende-se, a nova dicção legal não subtrai a interpretação já aventada, qual seja, se a equipe multidisciplinar não reconhecer qualquer discernimento na pessoa ser curatelada é possível que o juiz, na sentença, fixe a função total do curador.

3.1.2 O INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Novidade no sistema normativo brasileiro, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada foi inserido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, fazendo valer dispositivo da Carta

²² SOUZA, op. cit., p. 327.

de Nova Iorque²³ que reconhece à pessoa com deficiência o reconhecimento igual perante a lei, e determina a adoção de medidas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

Com a nova redação conferida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil Brasileiro assim passou a vigor, conceituando a Tomada de Decisão Apoiada, e conferindo o seu desenho de legitimidade e forma.

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Da leitura dos dispositivos que conceituam e regem a Tomada de Decisão Apoiada, extrai-se ser esta dependente de processo judicial, iniciado pelo interessado, com intervenção do Ministério Público e realização de perícia multidisciplinar, e oitiva do requerente e apoiadores.

Ademais, quanto aos limites do apoio prestado, exsurge do texto legal que serão apresentados por termo pela pessoa com deficiência que requer a tomada de decisão apoiada.

Do ponto de vista do direito comparado, o instituto da tomada de decisão apoiada guarda semelhança para com a italiana *amministrazione de sostegno*, e também com experiências no mesmo sentido de apoio ao exercício da capacidade, encontradas no direito espanhol e argentino²⁴.

A despeito da novidade e da acertada inspiração a justificar o instituto, calcado que é na autodeterminação e, em última análise, na dignidade da pessoa humana, este ainda é visto de forma nebulosa no campo prático-jurídico, sendo alvo de críticas e mesmo de opiniões controversas sobre a sua pertinência e utilidade.

Sobre a utilidade do instituto da Tomada de Decisão

²³ Cf. art. 12 Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

²⁴ Cf. SOUZA, op. cit., p. 319-320.

Apoiada, pondera Schreiber, em tom de crítica²⁵:

Já em nosso Estatuto da Pessoa com Deficiência, a tomada de decisão apoiada surge como uma espécie de instrumento auxiliar, em benefício do deficiente que já conta, como reconhece o próprio Estatuto, com a possibilidade de uma curatela “proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso” (art. 84, § 3º) – a qual, para alguns autores nacionais, poderia ser concedida preservando-se, inclusive, a plena capacidade da pessoa com deficiência, nos termos do caput do art. 84. Nesse desenho, a tomada de decisão apoiada somente oferecia alguma utilidade se representasse uma via mais simples e informal para o beneficiário, mas não é o que ocorre no Estatuto: trata-se de processo necessariamente judicial, que se promete longo e burocrático.

Por seu lado, a doutrina entusiasta da Tomada de Decisão Apoiada realça seu caráter de proteção diferenciada, de individualização, e o fato de ser um modelo de proteção adequado a quem possui uma gradação de dificuldade no exercício da capacidade, não demandando, todavia, um processo de curatela pelo qual se veria declarada incapaz. Em lugar disso, a lei confere o apoio necessário para o exercício da capacidade na acepção da maior dimensão possível.

Rosensvald *apud* Souza explica²⁶:

Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano.

Definitiva é a lição de Farias, Cunha e Pinto, ao traçar a “trilogia na intervenção estatal jurídica na autonomia provada, com vistas a assegurar a dignidade humana”:²⁷

²⁵ SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual a sua utilidade? Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>. Acesso em: 11 ago. 2019.

²⁶ SOUZA, Iara Antunes de, op. cit., p. 321.

²⁷ FARIAS; CUNHA; PINTO, op. cit., p. 341-342.

i) pessoas sem deficiência, reputadas, por conseguinte, plenamente capazes; ii) Pessoas com deficiência – física, mental ou intelectual – que podem exprimir a sua vontade e se autodeterminar. Estas, podem, eventualmente, se beneficiar da tomada de decisão apoiada, a fim de que exerçam a sua capacidade de exercício em condição de igualdade com os demais, com absoluta proteção de seus interesses existenciais e patrimoniais; iii) Pessoas com deficiência – física, mental ou intelectual – qualificada pela curatela em razão da impossibilidade de autogoverno e de exprimir a sua vontade, enquadradas na incapacidade relativa.

Certo é que o instituto da Tomada de Decisão apoiada passou a integrar o sistema de proteção à pessoa com deficiência, tornando-o mais complexo e atento às especificidades, ainda que mereça maiores digressões sobre sua feição e utilidade, ou mesmo, quiçá, uma lapidação, passível de ocorrer com o tempo e diuturna utilização.

4 Conclusão

A partir da análise do instituto da capacidade civil ao longo do tempo, é possível verificar as modificações sofridas, as quais implicaram sobremaneira no exercício desse atributo da personalidade civil, sobretudo no que concerne à teoria das incapacidades.

De um quadro de contornos restritivos e segregadores, com uma vasta casuística de incapacidades, que chegava a incluir até mesmo a mulher casada, para outro em que a capacidade é a regra, e a única hipótese de incapacidade absoluta advém da idade, muito se percorreu no Direito brasileiro.

Essa nova conformação da capacidade, fulcrada na dignidade da pessoa humana, valor consitucional, tem base na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que no Brasil foi ratificada com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A novel legislação estatutária rompeu com a antiga ideia

de interdição e curatela padronizadas, assegurando à pessoa com deficiência o exercício de sua autonomia na maior medida possível.

Quando necessária a curatela, esta leva em consideração os aspectos pessoais do curatelado, inclusive suas preferências e vontades no que pertinente à nomeação do curador.

Inovações jurídicas como a autocuratela, a curatela compartilhada e a Tomada de Decisão Apoiada tornaram mais elaborado o sistema de garantias à pessoa com deficiência, no particular aspecto da expressão de sua capacidade, efetivando os princípios da Carta de Nova Iorque, da qual foi signatário o Brasil, bem assim o elenco de direitos fundamentais integrante de nossa Constituição Cidadã.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Teoria Geral do Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988.

_____. *Lei 3.071/1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Diário Oficial da União, Seção 1, p. 133, 05 jan. 1916.

_____. *Lei 4.121/1962*. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília: Diário Oficial da União, Seção 1, p. 9.125, 03 set. 1962.

_____. *Lei 10.406/2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, Seção 1, p. 1, 10 jan. 2002. PL 634/1975.

_____. *Lei 13.105/2015*. Código do Processo Civil. Brasília: Diário Oficial da União, Seção 1, p. 9.125, 17 mar. 2015. PL 8046/2010.

_____. *Lei 13.146/2015*. Estatuto da pessoa com deficiência. Brasília: Diário Oficial da União, Seção 1, p. 2, 06 jul. 2015. PL 7699/2006.

_____. *Decreto Legislativo 186/2008*. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-86-2008.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

CONVENÇÃO da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.acessibilidadebrasil.org.br/joomla/destaques-acessibilidade/124-convencao-da-onu-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 11 ago. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *A Mulher no Código Civil*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18-amulhernof3digo_civil.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 1. 15. ed. rev. amp. atual. Salvador: Jus Podium, 2017.

_____. *Curso de Direito Civil. Famílias*. v.6. 7. ed. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado*. 2. ed. rev. amp. atual. Salvador: Juspodium, 2016.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. v. 4. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242712/v4_Tramita%20na%20C%20mar%20dos%20Deputados%20%202%20ba%20Turno.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 10 ago. 2019.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual a sua utilidade? Disponível em: <http://www.Cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>. Acesso em: 11 ago. 2019.

SOUZA, Iara Antunes de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Curatela e Saúde Mental*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ESCOLHA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA: O DERRADEIRO ENLACE A SER SUPERADO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PODER EXECUTIVO

Caio Lúcio Fenelon Assis Barros

Promotor de Justiça Substituto do Estado do Amazonas, titular da 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itamarati/AM.

Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Ministério Público na CF88. 3 O Novo *status* do Ministério Público. 4 O Papel do poder constituinte reformador. 5 Conclusão. Referências.

Resumo

O presente trabalho visa realizar um estudo acerca da evolução histórica do papel do Ministério Público dentro do modelo constitucional brasileiro, culminando com o formato atual adotado a partir da Constituição Federal de 1988, bem como sua importância na encampação de demandas sociais, contrastando com a atual forma de escolha dos Procuradores-Gerais de Justiça ainda com vinculações ao Poder Executivo e a necessidade de adoção de um novo modelo como forma de emancipação do Ministério Público Brasileiro junto aos 3 (três) poderes da república, além de analisar aspectos trazidos pela PEC nº 189-A/2007 que visam corrigir essas distorções e o histórico de sua tramitação.

Palavras-chave: Constituição. Ministério Público. Lista Tríplice. Procurador-Geral de Justiça. Tripartição de Poderes.

Abstract

This paper aims to conduct a study about the historical evolution of the role of the Public Prosecution Service within the Brazilian constitutional model, culminating with the current adopted by the Federal Constitution of 1988, as well as its importance in the expropriation of social demands, contrasting with the current form of choice of the Attorneys General still with ties to the

Executive Power and the need to adopt a new model as a form of emancipation of the Brazilian Public Prosecution Service with the three (3) powers of the republic, besides analyzing aspects brought by PEC No. 189 -A / 2007 aimed at correcting these distortions and the history of their processing.

Keywords: *Scientific article. Constitution. Public Prosecutor's Office. Triple List. General- Attorneys. Tripartite division of powers.*

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, é inegável, mudou completamente o perfil do Ministério Público dentro da organização do Estado Brasileiro, de órgão eminentemente acusatório com perfil voltado a matéria penal, para um verdadeiro fiscal da ordem jurídica e defensor dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de toda a sociedade.

Ocorre que, apesar da citada evolução do papel do Ministério Público junto a sociedade, o atual modelo adotado pela Constituição ainda preserva resquícios de um MP que era vinculado e subserviente ao Poder Executivo, criando um contexto político na indicação de sua chefia que já não é mais cabível nos dias atuais.

O próprio parlamento brasileiro, por meio da Câmara dos Deputados, chegou a enfrentar parcialmente a questão quando da propositura da PEC 189/2007, de autoria do deputado Francisco Praciano (PT-AM), que alterava a CF88 a fim de tornar obrigatória a nomeação, por parte do Chefe do Poder Executivo (Governador), do candidato eleito pelos integrantes de carreira, acabando, portanto, com a lista tríplice, tendo recebido, inclusive, parecer favorável pela CCJ¹ em 03/05/2012, cuja relatoria coube ao Deputado Eduardo Cunha (PMDBRJ).

Não obstante eventuais discussões jurídicas acerca da validade ou conveniência da nova previsão, fato é que esta nada

¹ Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29MAI2012.pdf#page=150>. Acesso em: 03 mar. 2019.

mais é do que o reflexo de um anseio da população, um novo Ministério Público brasileiro, a cada dia mais independente e defensor da ordem jurídica, sem qualquer vinculação, seja política ou administrativa, a qualquer dos 3 poderes estabelecidos.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CF88

Como dito, em que pese a CF88 ter garantido um extenso *roll* de novas atribuições ao Ministério Público Brasileiro², incumbindo-lhe da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, inclusive com uma série de princípios e garantias próprias aos seus membros, ainda assim manteve a escolha de seu representante máximo atrelada, de certa forma, à escolha do Chefe do Executivo, e de forma inda muito mais grave em se tratando do Ministério Público da União.

Quando a Constituição Federal, em seu artigo 128, estabelece a competência do Chefe do Poder Executivo Estadual para nomear o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público dentre os integrantes de lista tríplice encaminhada pela própria Instituição, o que se pretende é evitar que o Governador escolha livremente qualquer um para ser o Chefe do Ministério Público, sem a participação deste na escolha, levando em consideração apenas (ou principalmente) questões meramente políticas/ideológicas, o que poderia ferir de morte a independência deste (considerado por muitos como um “quarto poder”) no exercício de suas funções, como acontecia em tempo não muito longínquo.

Sob a égide da antiga Constituição (1969) a doutrina já criticava ferrenhamente o método utilizado à época para a escolha do Procurador-Geral de República (utilizada como parâmetro para a escolha do PGJ nos estados), por ser um obstáculo à independência e à liberdade do Ministério Público.

Sem dúvida, para fazê-lo, necessita de integral independência. Firmando este ponto, verifica-se o quanto é absurdo atribuir-se à Procuradoria da República

² Basta ver que de 17 referências à palavra “Ministério Público” na Constituição de 1969, passou-se a 82 referências na CF88.

as funções de Ministério Público na órbita federal, produzindo uma duplicidade de encargos incompatíveis dentro da mesma intimidade orgânica. Igualmente, absurda, portanto, a livre nomeação, pelo Presidente da República, do Procurador-Geral; isto é, do Chefe do Ministério Público. Para que o Ministério Público pudesse exercer devidamente as atribuições que a lei lhe assinala, seus membros teriam que ter as mesmas garantias e os mesmos impedimentos dos magistrados. A instituição necessita gozar de verdadeira independência e cumpriria, na órbita federal, dissociar a função de advogado da União da função de fiscal e guardião dos interesses da sociedade. Cumpriria que o Colégio de Procuradores livremente escolhesse seu Chefe, sem interferência do Executivo.³

Para entender a atual sistemática de escolha sob uma perspectiva histórica, é preciso compreender que, com o advento da nova Carta Fundamental, vários segmentos da sociedade foram “convocados” a se manifestar sobre anseios e sugestões para a formação do novo Estado Brasileiro, inclusive com a reconstrução de muitas Instituições e direitos suprimidos pelo regime ditatorial. Dentre esses segmentos sociais, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, se propôs a minutar o capítulo correspondente ao Ministério Público no novo ordenamento jurídico.

Feita pesquisa com os membros do *parquet* pelo Brasil, a CONAMP enviou ao Constituinte novas propostas que, de forma revolucionária e moderna, adequariam a Instituição aos novos anseios sociais, fortalecendo-o e garantindo o pleno exercício de suas funções pelos seus integrantes. Nas palavras do renomado doutrinador Hugo Nigro Mazzilli⁴:

Foram estes os principais resultados majoritários da pesquisa empreendida pela CONAMP: a) o Ministério Público deveria figurar em título à parte da Constituição;

³ Mello, Celso Antônio Bandeira de. - V. artigo em RDP, 68:146, n. 21, p. 142 e especialmente 153. Anote-se, porém, que o articulista se referia ao Ministério Público de antes da Constituição de 1988, a qual, em parte, atendeu às aspirações do doutrinador.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista*. 5. ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 116.

b) o procurador-geral de Justiça deveria ser escolhido apenas entre os procuradores de Justiça, por eleição direta de toda a classe, independentemente da aprovação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo; c) seriam garantias reputadas necessárias à instituição: autonomia administrativa e financeira; dotação orçamentária própria e global; mandato do procurador-geral por dois anos, com uma recondução; iniciativa de lei de criação ou extinção de cargos e fixação dos vencimentos; capacidade de auto-organização; ingresso sob concurso público de títulos e provas; vedação de promotor *ad hoc*; d) seriam garantias tidas como necessárias a seus membros: nomeação para cargos iniciais de acordo com a ordem de classificação no concurso de ingresso; promoção voluntária, com as mesmas regras da Magistratura; foro por prerrogativa de função; vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos; aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade e voluntária aos trinta anos de serviço, sempre com remuneração integral; paridade remuneratória entre os da ativa e os aposentados, mantida igualmente em relação à Magistratura; e) seria necessário instituir um sistema de vedações aos membros do Ministério Público, no texto constitucional; f) as principais funções institucionais deveriam constar da própria Constituição (entre elas, a promoção da ação penal e civil públicas); g) deveria ser mantida a participação de advogados e do Ministério Público junto aos tribunais – o chamado *quinto constitucional* – desde que as indicações passassem a ser feitas pela OAB e pelo Ministério Público.

Assim, feitas as deliberações dentro do razoável e possível naquele momento, o texto final enviado ao Congresso Nacional pelos representantes do Ministério Público continha o seguinte:

Art. 15. Cada Ministério Público elegerá seu Promotor-Geral, na forma da lei local, dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida sua recondução.
Parágrafo único. O Promotor-Geral somente poderá ser destituído em caso de abuso de poder ou omissão grave no cumprimento dos deveres do cargo, por deliberação do Colégio Superior, pelo voto mínimo de dois terços.⁵

⁵ MAZZILLI, op. cit., p. 126.

Vale lembrar que, até um passado não muito distante, o Ministério Público exercia também a função de representação judicial da União e dos Estados-membros. Assim sendo, era imprescindível que o chefe de tal instituição fosse alguém da mais alta confiança do Poder Executivo, podendo este livremente nomeá-lo. Tanto assim o é que, após a criação da Advocacia-Geral da União e Procuradorias estaduais pela atual Carta Magna da República (justamente para retirar das atribuições do Ministério Público o *mister* de representar as pessoas jurídicas de direito público), permaneceu sendo de livre nomeação do Chefe do Poder Executivo da União o AGU, e dos Estados, os PGEs.

Quando houve o desmembramento das funções institucionais do Ministério Público na Constituinte de 1988, ocorreu um grande embate entre promotores e procuradores de justiça dos diversos ramos do *parquet* que queriam a eleição do chefe da Instituição somente pelo voto de seus pares, e os políticos governistas, ainda atrelados a um histórico da Instituição atrelado ao Poder Executivo, temerosos pelas consequências que poderiam advir de um Ministério Público forte e independente.

Estabelecida tal celeuma, e estando inflexíveis os dois lados, a solução encontrada foi dar praticamente toda a autonomia e independência pleiteadas pelo CONAMP, igualando o Ministério Público, em termos práticos, a um “novo poder”, contudo, para “contrabalançar” tal prerrogativa, ficaria a cargo do Chefe do Poder Executivo a nomeação do nome que mais lhe conviesse, dentro de uma lista tríplice, para a chefia da Instituição.

Nessa nova formação do Ministério Público, temos que:

A opção do constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir um elevado *status* constitucional ao Ministério Público brasileiro, quase erigindo-o a um *quarto Poder*: desvinculou a instituição dos Capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário; fê-lo instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e a do próprio regime democrático; cometeu à instituição zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública

aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; erigiu à condição de crime de responsabilidade do presidente da República seus atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, colocando-o assim lado a lado com os Poderes de Estado; impediu a delegação legislativa em matéria relativa à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros; conferiu a seus agentes total desvinculação do funcionalismo comum, não só nas garantias para escolha, investidura e destituição de seu procurador-geral, como para a independência de atuação; concedeu à instituição autonomia funcional e administrativa, com possibilidade de prover diretamente seus cargos; conferiu-lhe iniciativa do processo legislativo para criação de cargos e também para organização da própria instituição, bem como iniciativa da proposta orçamentária; em matéria atinente ao recebimento dos recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias, assegurou o Ministério Público igual forma de tratamento que a conferida aos Poderes Legislativo e Judiciário; assegurou a seus membros as mesmas garantias dos magistrados, impondo-lhes iguais requisitos de ingresso na carreira e idêntica forma de promoção e de aposentadoria, bem como semelhantes vedações; conferiu-lhe privatividade na promoção da ação penal pública, ou seja, atribui-lhe com isso parcela direta de soberania do Estado; assegurou ao procurador-geral da República, par a par com os chefes de Poder, julgamento nos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal.⁶

O método instituído pela Constituição Federal foi o considerado ideal na época da promulgação da Constituição (1988), de acordo com a realidade e o cenário então existentes, como forma de garantir a independência do Ministério Público, que surgia com um novo papel na ordem democrática.

Todavia, passados 31 anos desde a Constituição Cidadã, resta reavaliar se a forma instituída pelo Constituinte ainda é a melhor ou a mais adequada frente a uma nova realidade que não poderia ter sido antevista pelo constituinte originário.

⁶ MAZZILLI, op. cit., p. 136.

3 O NOVO STATUS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como destacado, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, passaram-se 31 anos, tempo suficiente para a sociedade brasileira ter mudado de forma drástica e para o Ministério Público, tanto estadual quanto da União, ter se consolidado institucionalmente, assumindo papel de destaque e importância impensáveis naquele tempo. Vale lembrar que, antes do novo papel do *Parquet* inserido pela Carta Magna, a função deste era extremamente atrelada à seara penal, pouco podendo atuar em outros segmentos da sociedade, sobretudo em razão do autoritarismo dos seguidos regimes ditatoriais vividos pelo Brasil em boa parte do século XX.

Hodiernamente, o Ministério Público não é mais visto como um simples órgão pertencente à administração direta e, menos ainda, como atrelado ao Executivo, mas sim como uma espécie de “quarto poder” da República por boa parte da doutrina constitucionalista pátria, *in verbis*:

Se Montesquieu tivesse escrito hoje o Espírito das Leis, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a divisão de poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro acrescentaria ele: o que defende a sociedade e a lei - perante a Justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado.⁷

Tem-se assim que, em uma análise teleológica da Constituição Federal, associada à evolução da sociedade como um todo, é possível perceber que certas normas constitucionais vão mudando sua interpretação com o tempo, com vistas a melhor refletir os objetivos do Constituinte com a nova realidade social. A esse fenômeno dá-se o nome de mutação constitucional, conforme veremos mais adiante.

O ordenamento jurídico constitucional, além de ser dotado dessa estabilidade, apresenta, simultaneamente, caráter dinâmico, ou seja, as constituições não se mantêm estáticas frente à realidade social cambiante que lhes é subjacente, a esta

⁷ VALLADÃO, Alfredo. Op. cit., In: MARQUES, J. B. de Azevedo. *Direito e Democracia: o papel do Ministério Público*. São Paulo: Cortez, 1984. p.10-11.

podendo (e devendo!) se adaptar.

Nesse sentido, forçoso é compreender as constituições como organismos vivos, intimamente relacionados ao meio circundante, às forças sociais, políticas, econômicas, religiosas e morais atuantes na sociedade – os chamados fatores reais do poder (*Lassalle*) –, que ditam os novos anseios populares.

Destarte, para que as constituições possam efetividade, devem coadunar-se aos fatores reais do poder, estando sujeitas, portanto, às modificações por eles determinadas, adaptando-se às exigências sociais.

O próprio dinamismo do ordenamento jurídico constitucional propicia a readequação desta realidade normativa, sendo que o texto constitucional assume novos significados com o passar do tempo, sem a necessidade de se recorrer às revisões ou emendas que alterem sua literalidade e conteúdo expressos.

O referido fenômeno de adaptação e evolução na interpretação das disposições constitucionais, conforme já mencionado, é denominado de mutação constitucional, e sobre ele escreve a balizada doutrina⁸:

Fala-se, assim, em interpretação evolutiva, ou adaptadora e adequadora quando se procura, por intermédio da interpretação judicial, adaptar o conteúdo, alcance ou significado da disposição constitucional (a) à mudança de sentido da linguagem nela inserida, (b) a novas situações, (c) à evolução dos valores positivados na Constituição, (d) à mudança da intenção dos intérpretes (válida porque dentro dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos), (e) a resolver obscuridades do texto constitucional. Menciona-se, ainda, a construção jurisprudencial quando se cogita de aplicar a norma constitucional a situações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que dele decorrem ou emanam por imperativos lógicos ou do próprio sistema constitucional. Fala-se em interpretação criativa e analógica quando a atividade jurisprudencial preenche lacunas ou corrige omissões do texto constitucional, previstas ou não pelo constituinte.

Por todo esse contexto, a melhor interpretação integrativa

⁸ FERRAZ, op. cit., p. 128-130.

da Constituição Federal, ou mesmo estadual, é aquela que confere ao Ministério Público *status* de Poder da República, em igualdade de direitos, obrigações e responsabilidades que o Executivo, Legislativo e Judiciário. Tanto é assim que, apenas para citar os exemplos existentes na Carta Magna, diversos dispositivos dão aos membros do Ministério Público tratamento paritário com os membros dos outros Poderes da República, como art. 62, §1º, I, “c”, art. 68, §1º, I, art. 85, II e art. 129, §4º, justamente visando garantir a sua independência.

Ora, se o Ministério Público, para fins práticos, é considerado Poder, deve então ter tratamento isonômico por completo, e não apenas parcial, como vem ocorrendo, haja vista ser essa a melhor interpretação constitucional buscando-se o interesse público primário. Assim, para simplificar, se não há interferência do Chefe do Poder Executivo Estadual (o mesmo entendimento aplica-se ao âmbito federal) na escolha do Presidente do Tribunal de Justiça e do Presidente da Assembleia Legislativa, igualmente não há razão lógica para haver sua ingerência na escolha do Procurador-Geral de Justiça, sendo o atual modelo apenas um resquício de períodos totalitários.

Igual é o entendimento da doutrina sobre o tema:

Há, sim, uma estreita ligação entre democracia e um Ministério Público forte e independente. Já um Ministério Público forte mas submisso só poderia convir a governos totalitários.

Embora a história traga exemplos de Ministério Público forte (mas não independente) em regimes autoritários, na verdade, um Ministério Público realmente votado à defesa dos interesses da coletividade (e não do governo ou dos governantes) somente poderá vicejar e produzir frutos para esta sob regime democrático, sob pena de prestar-se a servir à exceção e ao arbítrio, não à coletividade.⁹

Ocorre que, por vezes, a literalidade/taxatividade do texto é tão forte que acaba inviabilizando o dinamismo da interpretação textual, e, conseqüentemente, a aplicação do

⁹ MAZZILLI, op. cit., p. 148.

fenômeno da mutação constitucional. Nesses casos, não há para onde fugir, entra em cena obrigatoriamente o papel do Poder Constituinte Derivado em sua função reformadora.

4 O PAPEL DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

Quando uma nova Constituição é promulgada, ela reflete o contexto político, social e econômico de sua época, sendo normal, e até mesmo esperado, que, com o passar do tempo, correções, adaptações ou evoluções sejam acrescidas ao seu texto a fim de sempre refletir os fatores reais de poder de cada geração e não se tornar ineficaz em decorrência do descolamento com a realidade.

Já se antevendo ao mencionado fenômeno, o próprio legislador originário já regulamentou o papel e os limites do chamado Poder Constituinte Derivado Reformador no art. 60 e seus incisos e parágrafos.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

- I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- II - do Presidente da República;
- III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
 - II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 - III - a separação dos Poderes;
 - IV - os direitos e garantias individuais.
- § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Sobre esse chamado Poder Constituinte de Reforma, a doutrina assim o explica:

Embora as constituições sejam concebidas para durar no tempo, a evolução dos fatos sociais pode reclamar ajustes na vontade expressa no documento do poder constituinte originário. Para prevenir os efeitos nefastos de um engessamento de todo o texto constitucional, o próprio poder constituinte originário prevê a possibilidade de um poder, por ele instituído, vir a alterar a Lei Maior. Evita-se, desse modo, que o poder constituinte originário tenha de se manifestar, às vezes, para mudanças meramente pontuais. Reduzem-se os efeitos nefastos das contínuas rupturas da ordem constitucional. Aceita-se, então, que a Constituição seja alterada, justamente com a finalidade de regenerá-la, conservá-la na sua essência, eliminando as normas que não mais se justificam política, social e juridicamente, aditando outras que revitalizem o texto, para que possa cumprir mais adequadamente a função de conformação da sociedade. As mudanças são previstas e reguladas na própria Constituição que será alterada. O poder de reforma – expressão que inclui tanto o poder de emenda como o poder de revisão do texto (art. 3º do ADCT) – é, portanto, criado pelo poder constituinte originário, que lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem observadas. O poder constituinte de reforma, assim, não é inicial, nem incondicionado nem ilimitado. É um poder que não se confunde com o poder originário, estando subordinado a ele. Justamente a distinção entre os poderes constituinte originário e derivado justifica, conforme o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, o estabelecimento de restrições a este.¹⁰

¹⁰ Mendes, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 82

Foi justamente utilizando-se das prerrogativas desse poder de reforma que, visando harmonizar o ordenamento jurídico com a realidade atual, corrigir distorções e garantir a paz social, verificou-se a necessidade de alterar o atual texto constitucional para garantir a independência e completa emancipação do MP, e foram propostas algumas mudanças legislativas no âmbito do Congresso Nacional.

Dentre essas mudanças, destaca-se a já mencionada PEC 189-A/2007, que chegou inclusive a ser aprovada na Comissão de Constituição e Justiça – CCJ da Câmara dos Deputados, com o objetivo de modificar a Lei Fundamental e garantir aos Ministérios Públicos estaduais plena liberdade para escolher seu Procurador-Geral.¹¹

O texto apresentado na Proposta de Emenda à Constituição era o seguinte:

“Art. 128

§ 3º. Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios têm por chefes os Procuradores-Gerais de Justiça, eleitos pelos integrantes da carreira dentre um de seus integrantes, assegurado, além do disposto na lei respectiva, o seguinte:

I – a nomeação do eleito pelo Chefe do Poder Executivo, depois de aprovada a escolha de seu nome pela maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva;

II- mandato por um período de dois anos, permitida uma recondução e vedada qualquer prorrogação;

III- ocorrendo vacância antes de decorrido um ano e seis meses de mandato, convocar-se-á, em trinta dias, nova eleição para o preenchimento do cargo, ficando o Ministério Público chefiado, enquanto não for nomeado novo Procurador-Geral de Justiça, por um integrante da carreira escolhido na forma da lei complementar respectiva;

.... (NR)

(...)

¹¹ Disponível em :<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=376952>. Acesso em: 03 mar. 2019.

§ 5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão, observadas as disposições expressas no § 3º deste artigo, concernentes à escolha dos Procuradores-Gerais de Justiça, a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, estabelecendo, relativamente a seus membros:

... (NR)

(...)

Todavia, por razões desconhecidas, apesar de suspeitáveis, a referida proposta acabou tramitando por tanto tempo sem sequer ter sido submetida a uma comissão especial (apesar dos apelos do Deputado que a propôs, conforme se observa em dois requerimentos constantes do espelho de tramitação da proposta), que acabou sendo automaticamente arquivada nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

A proposta, se aprovada, inovaria na ordem jurídica nacional, atuando de forma primeva ao reduzir drasticamente qualquer ingerência do Poder Executivo na escolha do Chefe do *Parquet* estadual, dando-lhe apenas um papel simbólico.

Textos como o da PEC 189-A/2007 nada mais fazem do que seguir uma tendência legislativa que já vem ganhando força em âmbito nacional e por grande parte dos doutrinadores que lecionam Direito Constitucional. Pode-se dizer, inclusive, que a *novatio* Emenda Constitucional não é incompatível com a Constituição Federal, mas sim uma verdadeira modernização constitucional, ou melhor, adequação da Constituição aos fins por ela almejados, quais sejam, independência dos poderes, estado democrático de direito, eficiência do poder público, paz social, com o fim precípuo de proteção à dignidade da pessoa humana.

A título derradeiro, cumpre mencionar que no âmbito estadual já houve, no ano de 2012, iniciativa da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia que, por meio da EC nº 80/2012, alterou o art. 99 da Constituição estadual, tirando completamente a ingerência do Poder Executivo na escolha do PGJ.

Art. 99 - O Ministério Público do Estado tem por chefe o Procurador-Geral de Justiça, empossado pelo Colégio de Procuradores, dentre os membros vitalícios em exercício, eleitos em um único turno pelos integrantes de carreira que gozem de vitaliciedade, na forma prevista em lei complementar para o mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução. (NR dada pela EC nº 80, de 22/08/2012 – DO-e-ALE/RO nº 050, de 23/08/2012)

Todavia, em que pese a louvável iniciativa da casa de leis rondoniense, e mesmo não havendo nenhum tipo de ação questionando a constitucionalidade da previsão, ainda assim, por razão de cautela, nas 4 últimas eleições para Procurador-Geral de Justiça daquele Estado, ignorou-se o texto da EC 80/2012 e seguiu-se o rito previsto no art. 128 §3º da Constituição Federal.

5 CONCLUSÃO

Sendo assim, *Data Máxima Vênia* aos entendimentos em contrário, deve-se entender pela necessidade de imediato desarquivamento da PEC 189-A/2007 a fim de que seja retomada sua tramitação para posterior aprovação. Tal medida se faz imprescindível a fim de concretizar uma longa luta da própria Instituição Ministério Público junto ao Executivo, Legislativo e à opinião pública por mais autonomia e valorização. Afinal de contas questiona-se: A quem interessa um Ministério Público com amarras políticas?

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Lucio. *História do Ministério Público do Estado de Rondônia*. Porto Velho: EDUFRO, 2005.
- BRASIL. PEC 189/2007 - Proposta de Emenda à Constituição Altera, na Constituição Federal, dispositivos que tratam da nomeação dos Procuradores-Gerais de Justiça. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=376952>.

Acesso em: 10 jan. 2020.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista*. 5. ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 82

VALLADÃO, Alfredo. In: MARQUES, J. B. de Azevedo. *Direito e democracia: o papel do Ministério Público*. São Paulo: Cortez, 1984.

RESPONSABILIDADE EM ACIDENTES ENVOLVENDO VEÍCULOS AUTÔNOMOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Steven Castro Conte

Pós-graduado do Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA).

Especialista em Direito Público, Administrativo e Constitucional pelo CIESA.

Agente Administrativo no Ministério Público do Estado do Amazonas.

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos Carros Autônomos e dos Efeitos da sua Criação e Utilização no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2.1 Da Responsabilidade Penal. 2.1.1 Da Teoria do Crime. 2.1.2 Da Antijuridicidade ou Ilicitude. 2.1.3 Da Culpabilidade. 2.1.4 Da Dosimetria e Execução da Pena. 2.2 Das Disposições da Legislação de Trânsito Brasileira. 2.3 Das Responsabilidades em outras esferas do Direito. 2.3.1 Da Responsabilidade no Direito Civil. 2.3.2 Da Responsabilidade no Direito Constitucional. 3 Resultados. 3.1 Da Análise da Responsabilidade em Acidentes Causados por Veículos Autônomos sob a Ótica do Direito Penal. 3.2 Da Construção dos Conceitos e Definições dos Tipos Penais: Efeitos da Responsabilização em Acidentes Causados por Veículos Autônomos em Outras Áreas. 4 Conclusão. Referências.

Resumo

O presente trabalho visa abordar e analisar a possibilidade de responsabilização penal no caso de acidentes de trânsito provocados por carros autônomos, conduzidos por uma central computacional através de lógica de programação associada a sensores, dentro e fora do veículo, mapas e sistemas de posicionamento global por satélite, e bancos de dados com informações sobre as vias, bem como a eventual aplicação da legislação vigente aos casos de forma direta, uma vez que na seara penal é vedada aplicação da analogia. Ao iniciar a pesquisa, traçou-se um panorama geral contemporâneo da criação e desenvolvimento de carros autônomos pela indústria automobilística e as possibilidades que já estão ou em breve deverão estar disponíveis no mercado para o usuário comum,

tanto no exterior quanto no Brasil. A partir deste ponto, estabeleceu-se um sucinto estudo da Teoria do Crime, abordando os seus principais elementos conceituais, assim como as disposições do Código de Trânsito Brasileiro, que consolidou as instruções que regem o tráfego e o transporte terrestres no país desde 1998 e demais legislações extravagantes que auxiliem no processo de busca por soluções ao fato motivador do presente trabalho. Por fim, foram tratadas algumas questões de responsabilidade constitucional, ambiental e civil de empresas, para fins de complementação do estudo, dado o seu ineditismo. Os resultados das pesquisas realizadas em diversas publicações demonstram haver a necessidade de criação de uma legislação específica, ou edição da já existente, para tratar dos aspectos jurídicos da responsabilização nos casos decorrentes do uso dessas novas tecnologias, adequando a legislação nacional às peculiaridades trazidas pelo inevitável andamento do progresso.

Palavras-chave: Veículos Autônomos. Acidentes. Responsabilidade Penal.

Abstract

This paper aims to address and analyze the possibility of criminal liability in the case of traffic accidents caused by autonomous cars, driven by a computer center through programming logic associated with sensors, inside and outside the vehicle, maps and global positioning systems by satellite, and road information databases, as well as the possible application of existing legislation directly to cases, since the application of the analogy is prohibited in criminal matters. At the beginning of the research, a contemporary overview of the creation and development of autonomous cars by the automobile industry was drawn and the possibilities that are already or soon to be available in the market for the common user, both abroad and in Brazil. From this point, a brief study of Crime Theory was established, addressing its main conceptual elements, as well as the provisions of the Brazilian Traffic Code (Código de Trânsito Brasileiro), which consolidated the instructions governing ground traffic and transport in the country since 1998 and other extravagant legislations that help in

the process of searching for solutions to the motivating fact of the present work. Finally, some issues of constitutional, environmental and civil liability of companies were addressed to complement the study, given its unprecedented nature. The results of research carried out in various publications demonstrate the need to create specific legislation, or edit existing legislation, to address the legal aspects of liability in cases arising from the use of these new technologies, adapting national legislation to the peculiarities brought about by the inevitable progress.

Keywords: *Autonomous Vehicles. Accidents. Criminal Responsibility.*

1 INTRODUÇÃO

Há mais de um século o carro está presente no dia a dia das mais diversas sociedades. Essa engenhosa máquina que agiliza a locomoção e o transporte de pessoas e bens, e carregou consigo grande parte do progresso atingido pela humanidade desde a sua invenção, povoa também o imaginário do ser humano, dadas as possibilidades que ela proporciona ou ainda pode vir a ter no futuro. É possível encontrar na literatura e na mídia representações de carros voadores, como o icônico DeLorean da trilogia De Volta Para O Futuro¹, e também carros com alguma autonomia ou até mesmo vida própria como o simpático Fusca “Herbie”², o sinistro Plymouth Fury “Christine”³ e o futurista e tecnológico Audi RSQ pilotado por Will Smith em Eu, Robô⁴. Essas situações que antes pareciam possíveis apenas na ficção começaram a se tornar realidade na última década, com diversas montadoras tradicionais de carros e também novas empresas de tecnologia estudando, desenvolvendo e até mesmo comercializando veículos com capacidades reais de direção autônoma.

Considerando o desenvolvimento e comercialização de

¹ BACK TO THE FUTURE. Universal, 1985.

² LOVE BUG, THE. Walt Disney Pictures, 1969.

³ CHRISTINE. Columbia Pictures, 1983.

⁴ I, ROBOT. 20th Century Fox, 2004.

carros autônomos, e a possível popularização desta tecnologia com o passar do tempo, em especial no Brasil, até que se torne presente e corriqueira no cotidiano, a cogitação do tema do presente artigo científico legitima-se pela problemática da carência de conhecimento técnico e debate a respeito da responsabilização penal em caso de acidentes provocados por estes veículos, fazendo-se necessária uma visão crítica a respeito, posto que tais mudanças ainda não causaram transformações substanciais necessárias na seara do Direito.

Objetiva-se analisar de forma geral as consequências do desenvolvimento, comercialização e adoção dos veículos autônomos e a questão da responsabilização em caso de eventualidades causadas em razão de falha da lógica de programação que oriente o funcionamento do veículo como um todo, provocando discussões doutrinárias e a adequação do Direito Penal, bem como outros ramos do Direito.

Como objetivos específicos, é possível identificar a urgência de se debater e estabelecer atualizações necessárias tanto na seara criminal quanto nos demais ramos jurídicos, no que diz respeito à responsabilização em casos de acidentes com veículos autônomos, especialmente na esfera penal, pavimentando um campo carente de avanços na pesquisa e na reflexão de suas questões inerentes, para que assim se fixem conceitos importantes para a Ciência Jurídica, para o ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, para a sociedade, que se beneficia direta e indiretamente, tanto com os avanços da tecnologia quanto da segurança jurídica trazida pela consolidação da legislação que norteie a resolução desses conflitos.

Relata-se que a motivação para o estudo se iniciou devido à percepção da falta de discussões e de doutrinas e materiais pertinentes ao assunto do estudo, e a necessidade de observar qual será sua aplicabilidade nos institutos do Direito Penal e demais áreas.

De acordo com algumas doutrinas, alguns ramos do Direito necessitariam ser revisitados para corresponder às necessidades dessa nova situação, dentre os quais se faz oportuno destacar: o Direito Penal, o Direito Constitucional, o Direito Civil, o Direito

do Consumidor, o Direito Ambiental, dentre outros.

Acredita-se que esta pesquisa seja interessante para a sociedade como um todo por tratar de um assunto relativo a um problema novo, a responsabilização em caso de acidentes provocados por carros autônomos, mas que em breve se fará presente em sociedades urbanas de todo o mundo, importando frisar, no aspecto metodológico, que foi utilizada uma abordagem dedutiva, ou seja, o conjunto de procedimentos e técnicas utilizados para a investigação do objeto e para se chegar ao resultado seguiu o caminho das consequências, partindo do raciocínio geral para o particular, chegando a uma conclusão particular.

A pesquisa bibliográfico-documental e as fontes primárias eventuais consolidam o material de referência utilizado na confecção do trabalho, que apresenta utilidade para o avanço dos estudos no campo do Direito Penal e da Legislação de Trânsito.

Para o pesquisador se considera um estudo gratificante por permitir aprofundar os conhecimentos nesta área, bem como produzir material que possa auxiliar futuras pesquisas a análises sobre o tema. Nesse sentido, o estudo se encontra dividido na apresentação de um panorama da criação, desenvolvimento e princípio da comercialização de carros autônomos no mundo; aspectos do Direito Penal referentes à Responsabilidade Penal e a Teoria do Crime; a seguir as disposições do Código de Trânsito Brasileiro; e então a questão da Responsabilidade em outras áreas do Direito; por fim temos os resultados da pesquisa em sua conclusão.

2 DOS CARROS AUTÔNOMOS E DOS EFEITOS DA SUA CRIAÇÃO E UTILIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O projeto *Google Driverless Car*, ou Carro Sem Motorista, é o resultado de pesquisas patrocinadas pela Google buscando o desenvolvimento de carros com piloto automático. O projeto, liderado por Sebastian Thrun, diretor da *Stanford Artificial Intelligence Laboratory* e co-inventor da *Google Street View* (um serviço gratuito de visualização de ruas da perspectiva de um

pedestre e com cobertura mundial), é composto por uma equipe de 15 pessoas e realiza diversos testes nos estados da Califórnia⁵ e Nevada⁶, ambos com legislação que já regulamenta o tráfego de veículos autoguiados desde 2012.

A tradicional montadora de carros alemã BMW já vem planejando veículos semiautônomos e totalmente autônomos, investindo na engenharia do *hardware* e da lógica necessários e buscando aliar a dinâmica de integração de produção vertical da empresa com as tecnologias de inteligência artificial e automação para construir um projeto dessa categoria. O último modelo da Série 7 comercializada pela empresa já conta com algumas funções de piloto automático e sistemas de autoestacionamento⁷.

Conhecida por diversas revoluções no campo da tecnologia, desde computadores pessoais, tocadores de música, *smartphones*, *tablets* e relógios inteligentes, a Apple também tem indicado interesse na área de desenvolvimento de carros elétricos autônomos, contratando diversos especialistas de áreas relacionadas à pesquisa e desenvolvimento de tecnologias de inteligência artificial e direção autônoma para trabalhar no projeto de codinome “Titan”, além do desenvolvimento e aperfeiçoamento, em paralelo, de um serviço de mapeamento de ruas.

Porém a Tesla Motors, Inc. se destaca das demais pelo avançado estágio em que se encontra a sua tecnologia de automação, já disponível aos consumidores. A Tesla Motors é uma empresa norte-americana construtora de automóveis elétricos de alto desempenho, fundada em 2003, no estado da Califórnia, pelos engenheiros Martin Eberhard e Marc Tarpenning, e posteriormente comprada pelo investidor e empresário sul-africano Elon Musk. A empresa ganhou notoriedade após realizar a conversão de um modelo de carro esportivo, movido a gasolina, em elétrico, e comercializá-lo em escala - o Tesla Roadster. Posteriormente a empresa lançou projetos próprios: o Modelo S - um sedã de luxo -, o Modelo X - um SUV -, e o

⁵ LAVRINC, Damon. Autonomous Vehicles Now Legal in California. 2012.

⁶ HARDAWAR, Devindra. Good news for Google: Nevada approves self-driving car regulations. 2012.

⁷ BOERIU, Horatiu. BMW says it's capable to build the most intelligent car. 2016.

Modelo 3 - um automóvel mais acessível (para os padrões norte-americanos), todos estes completamente elétricos⁸.

Dentre as funções do piloto automático dos veículos da Tesla estão a habilidade de conduzir o carro sem as mãos no volante em vias bem sinalizadas, até mesmo em altas velocidades, restando para as sem sinalização o limite de aproximadamente 8 quilômetros por hora. O piloto automático também é capaz de mudar o carro de faixa sozinho ao se acionar o sinal de pisca-alerta; avaliar, indicar e estacionar sozinho o carro em fila indiana e perpendicular; ajustar e controlar a velocidade do veículo de acordo com os limites de cada via e da análise das condições gerais de tráfego, além de auxiliar na feitura de curvas com mais segurança; e os donos desses veículos podem dar um comando para que este entre ou saia da garagem sem um condutor dentro, com a restrição de que a manobra seja em propriedade privada e por uma distância total de aproximadamente 10 metros. Por fim, a empresa informa que futuramente os proprietários eventualmente poderão ordenar que o veículo percorra grandes distâncias sem um motorista, sendo capaz, inclusive, de carregar-se sozinho em estações de recarga, nos países que contarem com essa infraestrutura⁹.

Todos esses avanços ocorrem, claro, motivados por interesses mercadológicos, mas que conseqüentemente contribuem para tornar melhor e mais eficiente o transporte das pessoas, principal, mas não exclusivamente, nas grandes cidades, como também em rodovias e estradas. Ocorre, no entanto, que até aqui se observa apenas as vantagens trazidas por esses meios - automação, conforto, segurança -, sem se considerar eventualidades que podem acontecer, como em caso de falha no julgamento executado pela lógica de programação do veículo ocasionando acidente com perdas materiais ou até mesmo fatalidades com a incapacitação ou a morte de alguém, o que exige, indubitavelmente, o amparo da norma legal. Assim, passaremos a seguir a tratar da responsabilidade penal, primeiramente realizando um breve resumo geral da Teoria do Crime, e após serão tratadas as responsabilidades em outras

⁸ WIKIPEDIA. Tesla Motors. 2016.

⁹ THOMPSON, Cadie. 7 incredible things Tesla's cars can now do on Autopilot. 2016.

áreas do Direito.

2.1 Da Responsabilidade Penal

A responsabilidade penal é o dever jurídico de responder por ação delituosa que recai sobre o agente imputável, que, ao cometer um delito, passa a ser considerado responsável e deverá ser submetido a uma pena¹⁰. Quanto à responsabilidade penal objetiva, é caracterizada pela sujeição de alguém à imposição de pena sem que tenha agido com dolo ou culpa ou sem que tenha ficado demonstrada sua culpabilidade, com fundamento no simples nexo de causalidade material¹¹. A seguir, apresentaremos um apanhado geral da teoria do crime, seus aspectos e elementos constitutivos.

2.1.1 Da Teoria do Crime

O Crime é algo (ação ou omissão) que ofende um bem jurídico protegido. Ele é, por definição, composto por um fato típico, ilícito e culpável. A culpabilidade embasa, assim como também limita, a sanção penal. E não há crime sem uma lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

A conduta é um comportamento [humano], voluntário, consciente, e que busca uma finalidade. O comportamento pressupõe a exteriorização, uma vez que a lei penal não pune um mero pensamento ou plano de conduta criminosa. Quanto ao aspecto voluntário, em caso de situação de coação física irresistível, esta exclui a conduta. No que diz respeito à consciência, o agente precisa estar consciente dos seus atos. E no que tange à busca de uma finalidade, toda ação tem uma finalidade e vai caracterizar a conduta quando contrariar deveres objetivos de cuidado. Não se deve, no entanto, confundir a conduta com o ato, que é uma parte integrante daquela. Um conjunto de atos forma, portanto, uma conduta.

Resultado típico é uma consequência descrita na norma¹². A tipificação protege o indivíduo de lhe ser imputado fato

¹⁰ WIKIPEDIA. Responsabilidade Penal, 2016.

¹¹ JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. 1999, p. 397.

¹² WIKIPEDIA. Resultado Típico, 2012.

criminoso sem que antes haja uma previsão do tipo penal, conforme os dizeres da Constituição Federal que estabelece a garantia de que não haverá crime sem lei anterior que o defina.

Quanto à relação de causalidade ou nexos causal, para a teoria da equivalência dos antecedentes causais, é *conditio sine qua non* que todos aqueles que de alguma forma deram causa ao crime, seja com dolo ou culpa, respondam pelo crime.

A causa pode ser absolutamente independente, não gerando nexos causal, nem tendo relação nenhuma entre a primeira causa e o resultado ou ser relativamente independente, quando gera nexos causal, havendo alguma relação entre a primeira e a segunda causa. Pode ocorrer, ainda, a superveniência causal, gerando responsabilidade aos agentes que deram causa a outra causa, e esta gera o resultado criminoso.

Nas considerações de Luiz Flávio Gomes, quanto à tipicidade e ao risco proibido¹³, percebemos que a criação ou o incremento de riscos proibidos e o estudo da imputação objetiva da conduta conduz o jurista a verificar, em cada caso concreto, se ela criou ou incrementou um risco proibido relevante. E ainda, se a conduta, apesar de típica formalmente, era permitida, afastando a possibilidade de criação de risco proibido. Como exemplos de conduta permitida temos a intervenção cirúrgica autorizada e bem-sucedida, ou as lesões em jogos esportivos, quando não se gera um risco proibido. Portanto, é atípica, posto que típica, agora, só pode ser a conduta que, além de ser adequada à letra da lei, cria ou incrementa um risco proibido.

O dolo é prática de um comportamento visando uma finalidade, configurando-se quando o resultado obtido da conduta era o desejado. No que tange à culpa, o tipo penal culposos só existe com expressa previsão legal e ocorre quando o agente age com negligência (deixar de agir, omissão), imprudência (comportamento positivo, ação sem adotar as cautelas devidas, quebra do dever objetivo de cuidado) ou imperícia (quando o agente não tem domínio necessário para o tipo de ação que pretende realizar, como tentar conduzir um veículo sem saber dirigir), conseqüentemente quebrando o dever objetivo de cuidado. Um dos casos mais recorrentes de quebra de dever

¹³ GOMES, Luiz Flávio. Tipicidade material e criação de riscos proibidos. 2006.

de cuidado objetivo é a condução de veículos automotores em excesso de velocidade. A conduta, de tão comum, motivou o Estado a impor normas limitando a velocidade¹⁴.

Um crime pode ser praticado tanto por ação quanto por omissão, sendo que esta última ocorre quando o agente tem uma obrigação de agir e não age, devendo a obrigação estar explicitamente tipificada em lei, resultando em sua consequente responsabilização. A omissão poderá ser própria, quando a lei narra a omissão do agente, como na omissão de socorro (Art. 135, CP) ou na omissão de notificação de doença (Art. 269, CP):

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

A omissão poderá ser também imprópria, que ocorre quando o agente, que tem dever jurídico de agir e não age, pratica um crime que seria de ação, mas por omissão, respondendo juridicamente, conforme disposto no art. 13 do Código Penal.

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

¹⁴ MIRABETE. Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 2013, p.132.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Na tipicidade formal, a ofensa enquadra a conduta do agente ao que está na norma. Já no que tange à tipicidade material, nesta ocorre a efetiva violação ao bem jurídico protegido.

2.1.2 Da Antijuridicidade ou Ilicitude

Fato ilícito ou antijurídico é, por definição, um fato contrário ao Direito. Podem ocorrer, no entanto, as causas excludentes de ilicitude elencadas no art. 23 de Código Penal, tais como o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito. Além destas, a doutrina e a jurisprudência convencionaram ainda uma causa suprallegal, na qual haveria o consentimento do ofendido, ou seja, quando este permite que o fato aconteça.

Pode excluir a antijuridicidade ou até mesmo a tipicidade, se o consentimento estiver intrinsecamente dentro do conceito do referido crime. Para que se possa falar em consentimento é necessário que a vítima externe esse consentimento livremente e o bem deve ser disponível, ou seja, bens patrimoniais, ou até mesmo lesões corporais leves conforme os preceitos da Lei 9.099/95. Vida é bem indisponível. A vítima deve ter total conhecimento das consequências da disponibilidade do bem, e para tanto, deve ter capacidade.

2.1.3 Da Culpabilidade

A culpabilidade é, por definição, a reprovabilidade pessoal ou reprovabilidade do comportamento do agente, constituída ao se realizar conduta típica e ilícita. Não há, portanto, culpabilidade

sem que haja tipicidade nem ilicitude, ainda que existam ações típicas, ilícitas e não culpáveis¹⁵. Estes devem ser considerados, juntos dos demais elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita cometida, assim como suas circunstâncias e aspectos inerentemente relativos à questão da autoria.

A imputabilidade é a capacidade de receber pena, por entender e querer o caráter ilícito do seu comportamento, por querer e poder se autodeterminar conforme a própria conduta. A lei penal moderna trata da imputabilidade de forma negativa, não explicitando o que é imputabilidade, mas, sim, os casos de inimputabilidade.

Assim, infere-se a imputabilidade ou inimputabilidade através de sistemas, tais como o Sistema Biológico, que estabelece a inimputabilidade a quem sofrer de doença mental ou desenvolvimento mental retardado, definindo também o menor de 18 anos como plenamente imputável, devendo no seu caso ser aplicado o Estatuto da Criança e do Adolescente em vez do Código Penal. “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”, conforme o Art. 27 do Código Penal.

Segundo o Sistema Psicológico, não existiria presunção legal, devendo-se analisar exclusivamente os aspectos anímicos do agente no momento da infração, se ele tinha (comprovadamente através de perícia) capacidade de entender e querer o resultado. Esse sistema, que pregava a culpabilidade exclusivamente normativa, baseada no juízo do magistrado diante da possibilidade de antevisão do resultado, não foi aceito pela legislação brasileira.

O artigo 26 do Código Penal auxilia na compreensão, determinando que é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Outro ponto elencado no Código Penal, no §1º do artigo 28, é a embriaguez completa involuntária, porém não haveria exclusão completa da imputabilidade, a depender do caso,

¹⁵ PRESOTTO, Lourenso. Uma brevíssima análise da culpabilidade e suas teorias. 2013.

devendo ser feita perícia para comprovar se havia capacidade de autodeterminação do agente no momento do fato.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Mais um elemento a ser considerado na determinação da imputabilidade é a potencial consciência de ilicitude, ou seja, ainda que o agente não conheça a clara letra da lei, e tenha discernimento ou potencial conhecimento da ilicitude de um fato para concluir que este seja proibido, esta percepção será fruto da análise do juiz. Essa consciência é dividida em vencível, quando o agente poderia não ter incorrido no fato crime com um pouco mais de atenção, condição que atenua a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), porém se o erro for inevitável, ou seja, qualquer pessoa agiria da mesma forma, ele é, portanto, invencível.

Há ainda a questão da exigibilidade de conduta diversa, como quando se exigem alguns requisitos para se excluir a exigibilidade da conduta do agente, por exemplo, em situação de obediência hierárquica a ordem de serviço ou ordem funcional (exclusivamente no serviço público) não manifestamente ilegal. Se o agente agir dentro do limite da ordem do superior hierárquico, e esta ordem não for manifestamente ilegal, ele não responde pelo crime. Se a ordem for manifestamente ilegal, ele também responderá pelo crime, em companhia do seu superior. Este dispositivo se encontra no artigo 22, do Código Penal,

conforme se lê que se “o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Faltando algum desses elementos, o sujeito será considerado imputável, isento de pena, ou semi-imputável, podendo ter sua pena reduzida. A pena é imprescindível para o Direito Penal, da mesma forma que a culpabilidade é em relação à pena. Em razão disso, é possível encontrar, em certas doutrinas mais antigas, que a culpabilidade é pressuposto da pena, não fazendo parte do conceito analítico do crime. Porém esse entendimento foi superado no Direito Penal moderno, para o qual a culpabilidade é a base da pena, a base do direito de repressão do Estado, sendo como um sinônimo de justiça penal.

2.1.4 Da Dosimetria e Execução da Pena

Havendo fato típico, ilícito e culpável, deve-se então aplicar a pena cominada. Dentro das espécies de pena, existe a pena privativa de liberdade (que pode ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, em razão de reincidência ou quantidade de pena, ou ainda, ser nela convertida), pena restritiva de direitos (penas alternativas, como por exemplo, uma prestação de serviços à comunidade) e pena de multa (para o fundo penitenciário nacional).

No caso da pena privativa de liberdade, o ingresso em regime fechado, no qual se cumpre pelo menos um sexto da pena (em regra, em caso de crime comum), para que se possa progredir ao regime semiaberto e aberto, posteriormente.

A dosimetria da pena, de acordo com o artigo 68 do Código Penal, se dá de forma trifásica e o magistrado, quando está procedendo com a dosimetria, fazendo uso de mecanismos objetivamente empregados para chegar, na sentença, à pena em concreto (que será efetivamente imputada ao condenado), deve passar por três etapas, quais sejam, a fixação da pena-base, atendendo-se ao critério do artigo 59, CP; em seguida deve considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes; e por fim, as causas de diminuição e de aumento.

Importante salientar que, no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua, nos termos do parágrafo único do artigo 68, CP. O juiz deve estabelecer como pena-base, em regra, o mínimo previsto em lei para o crime. Porém se no caso concreto houver motivação, o juiz poderá, fundamentadamente, aumentar a pena até o limite máximo cominado em lei ao delito, complementando-se que a gravidade do delito *in abstractu*, não é motivação idônea para o juiz estabelecer uma pena-base acima do mínimo cominado em lei. Essas circunstâncias especiais de aumento e de diminuição estão elencadas nos artigos 61, 65 e 66 do Código Penal. Assim, encerrando a explanação sobre a dosimetria e execução da pena no Direito Penal, passaremos à legislação de trânsito brasileira.

2.2 Das Disposições da Legislação de Trânsito Brasileira

O Código de Trânsito Brasileiro - Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 -, que entrou em vigor 180 dias depois, em 1998, veio consolidar a legislação de trânsito e transporte no país, com uma forte intenção de consolidar e aumentar a fiscalização e a segurança nas estradas, intensificando também a rigidez das penalidades. Do momento da sua aprovação, o CTB contava com 96 infrações administrativas e 11 crimes de trânsito elencados em seu texto. Os artigos 291 a 312, CTB, dão as disposições gerais sobre os crimes de trânsito, e os especificam, a partir do artigo 302, os quais veremos resumidamente a seguir. Cabe ressaltar que

aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos [no CTB], aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se [essa legislação especial] não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber (art. 291, CTB).

Ao tratar do Homicídio Culposo, o CTB, em seu art 302,

atribui ao ato de “praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor”, a pena de “detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”, podendo ser aumentada de 1/3 (um terço) à metade se o agente não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação, praticá-lo em faixa de pedestres ou calçada, deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente ou no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. Complementa ainda que, se o agente conduzir o veículo automotor sob influência de álcool ou substância psicoativa que cause dependência ou participa, em via, de disputa automobilística ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada, a pena será de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir.

Quanto à Lesão Corporal Culposa (art. 303, CTB), praticada na direção de veículo automotor, atribui-se a pena de detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir, aumentando-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do § 1º do art. 302 (se o agente não possuir permissão ou habilitação).

Na Omissão de Socorro (art. 304, CTB), caracterizada pela omissão do condutor do veículo, na ocasião do acidente, em prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública, é cominada a pena de detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave. E incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves. Se o condutor do veículo se afastar do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída (art. 305, CTB), a pena é de detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Dirigir sob a influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, com capacidade

psicomotora alterada (art. 306, CTB), leva à pena de detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Os parágrafos do artigo 306, CTB tratam da metodologia do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo, para averiguar tecnicamente os índices alcoólicos ou toxicológicos ensejadores da configuração do tipo penal.

A violação da suspensão ou da proibição de se obter a permissão do direito de dirigir veículo automotor configura crime de trânsito (art. 307, CTB), tendo como pena a detenção, de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição, incorrendo nas mesmas penas o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, CTB, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

Quando participa, na direção de veículo automotor, em via pública, de disputa automobilística não autorizada pela autoridade competente, situação conhecida popularmente como racha ou pega, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada (art. 308, CTB), o condutor deve receber a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Posto isto, se da prática deste crime resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo. Porém, se da prática resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo de outras penas previstas no artigo 308, CTB.

Se o condutor dirigir sem habilitação, em via pública ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano (art. 309, CTB), receberá pena de detenção, de seis meses a um ano, ou multa. Já se entregar a direção de veículo automotor a

pessoa não habilitada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança (art. 310, CTB), sofrerá pena de detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Ao dirigir com velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande concentração de pessoas, gerando perigo de dano (art. 311, CTB), o condutor poderá sofrer a detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

E se inovar artificialmente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz (art. 312, CTB), sofrerá detenção, de seis meses a um ano, ou multa, podendo ser aplicado ao disposto neste artigo, ainda que não iniciados, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere, nos termos do parágrafo único do art. 312, CTB.

Após a visita às disposições do Código de Trânsito Brasileiro no que tange aos crimes de trânsito, de forma complementar às previsões do Código Penal, passaremos a tratar da responsabilidade em outras esferas do Direito.

2.3 Das Responsabilidades em Outras Esferas do Direito

Ao atravessar os aspectos da teoria do crime e da responsabilidade no Direito Penal, além das disposições de legislação especial de trânsito, nós perpassamos, brevemente, pela teoria do garantismo penal, ou teoria do Direito Penal mínimo, a *ultima ratio* (“última razão” ou “último recurso”).

O garantismo penal diz respeito a um conjunto de teorias de Luigi Ferrajoli, quanto à proteção naquilo que se encontra positivado no ordenamento jurídico, tratando-se de direitos, privilégios e isenções que a Constituição confere aos cidadãos¹⁶. Não devendo ser confundido com o legalismo, pois não está

¹⁶ CASTELO BRANCO, Sérgio Zoghbi. Garantismo Penal. 2014.

fundado apenas na Lei mas na totalidade do axioma que constitui um Estado Democrático de Direito.

Pode-se concluir que o garantismo é um direito penal mínimo, que busca o máximo de bem-estar para o não delinquente (liberdade total) e o mínimo de mal-estar para o delinquente (na medida em que deve ser retirada parte de sua liberdade)¹⁷. Ele exclui ainda a tipicidade das condutas que se encaixam no tipo penal, mas que não violam o ordenamento jurídico por tratar com irrelevância a conduta praticada junto ao bem jurídico tutelado¹⁸.

Assim, apresentadas as previsões de responsabilidade no Direito Penal, tanto no Código Penal quanto na legislação especial de trânsito, além do garantismo penal, todos pontos relevantes e relacionados ao problema apresentado, passa-se à exposição da responsabilidade nos Direitos Civil e Constitucional, e seus desdobramentos.

2.3.1 Da Responsabilidade no Direito Civil

Adentrando na seara cível, é possível se configurar a responsabilidade do proprietário do veículo autônomo em caso de eventualidades provocadas por este. É possível fazer uma analogia com as ações de um cachorro, que ainda que treinado, possa ter um rompante violento num momento de susto, por exemplo. Um carro autônomo e um cachorro não tem vontade, pois não são seres capazes, e sim, coisas (do ponto de vista jurídico). E os danos causados por coisas são de responsabilidade de seus proprietários. Por isso, quando se empresta um carro, responde também, solidariamente, o proprietário pelos danos causados pelo condutor.

A montadora não poderia garantir a impossibilidade de acidentes, o dono arcaria com uma parcela do risco ao adquirir em razão dessa circunstância. Faz mais sentido que se dividisse a responsabilidade por meio de repartição de risco que a montadora responder 100% de todos, que resultaria numa responsabilidade inexecutável, abordada pela teoria do Inferno

¹⁷ CASTELO BRANCO, op.cit.

¹⁸ Ibid.

de Severidade e servindo de fundamento para o art. 944, do Código Civil, *in verbis*, “a indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” Sanseverino, em sua obra, esclarece sobre o Inferno da Severidade:

A aplicação irrestrita do princípio da reparação plena do dano pode representar, em algumas situações, para o causador do evento danoso, conforme a aguda crítica de Geneviève Viney, um autêntico inferno de severidade (*enfer de severité*). Se, na perspectiva da vítima, as vantagens da consagração irrestrita do princípio são evidentes, na do agente causador do dano, a sua adoção plena e absoluta pode constituir um exagero, conduzindo à sua ruína econômica em função de um ato descuidado praticado em um momento infeliz de sua vida.”¹⁹

Na prática, talvez possa ser mais fácil trabalhar uma forma de generalização de situações de caso fortuito ou força maior na qual, em um caso concreto, a vítima entraria com pedido de indenização contra o dono do bem, alegando responsabilidade objetiva²⁰ e com chances substanciais de obter êxito. Caberia, portanto, ao proprietário o direito de processar a montadora pelo prejuízo que sofreu no processo e no acidente. Se observaria, nesse caso, a chamada culpa *in eligendo*, ou seja, a culpa pela escolha de seus prepostos.

Estendendo o raciocínio, o proprietário do bem ofendido, ou seu sucessor, poderia chamar à lide tanto o proprietário quanto a empresa fabricante, esta como responsável pelo defeito de fabricação ou funcionamento, e pedir a condenação de ambos solidariamente.

2.3.2 Da Responsabilidade no Direito Constitucional

No estudo do problema apresentado, em certos momentos

¹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84.

²⁰ WIKIPÉDIA. Responsabilidade Objetiva. 2016.

é possível haver confusão entre o meio - o veículo - e o agente - que geralmente seria um condutor, mas no caso do veículo autônomo, passa a ser a sua lógica de programação e quem a criou. Não se deve confundir o papel do meio com o papel do agente na obtenção do resultado crime.

Enquanto no homicídio em decorrência de disparo de arma de fogo, esta deferiu um projétil contra a vítima a partir da ação de uma pessoa, no homicídio decorrente de acidente de trânsito provocado por carro autônomo, o agente é o próprio veículo, que apesar de orientado por sua lógica de programação realizou uma série de ações que restaram por ocasionar o resultado morte.

No Direito Penal é vedada a analogia *in malam partem*, ou seja, a aplicação da analogia com o objetivo de prejudicar quaisquer das partes, portanto não caberia, *a priori*, a mera aplicação da analogia nos presentes casos. Destarte, necessita-se que a legislação, primariamente a Constituição, receba emenda que acrescente esta previsão e oriente os ditames da legislação infraconstitucional neste processo.

Então cumpre apresentar brevemente a figura do ente despersonalizado, sujeito de direitos dotado de aptidão para contrair direitos, deveres e obrigações, limitada pela legislação e por sua própria natureza, em contraponto à pessoa que é o sujeito de direitos com aptidão genérica para contrair direitos, deveres e obrigações. A aptidão, em ambos os casos, é abstrata, mas em havendo um centro de imputação jurídica (que não pressupõe a imputação concreta), estará presente o sujeito de direitos²¹. Um caso concreto em que se pode observar, em certos aspectos, a responsabilização de um ente despersonalizado, ocorre em caso de dano ambiental, que tem sua previsão estabelecida na própria Constituição, em seu artigo 225.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

²¹ SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados. 2005.

[...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Observada esta previsão, e refletindo sobre a questão, é possível se afirmar que a diferença que se pode perceber no ente despersonalizado é o de que enquanto as pessoas naturais têm aptidão genérica para direitos, deveres e obrigações, os entes possuem tal aptidão de forma limitada tanto pela legislação quanto por sua própria natureza abstrata, podendo estes apenas titularizar direitos ou participar de relações jurídicas que o ordenamento expressamente lhes autorize ou que se refiram diretamente à sua natureza e suas finalidades²².

Há, por fim, outras previsões da legislação brasileira quanto a crimes contra relações de consumo (previstos no Código de Defesa do Consumidor) e contra a economia (previstos na legislação especial administrativa), mas estes podem ensejar futuros trabalhos que possuam abordagem mais específica.

3 RESULTADOS

A complexidade da questão sobre a responsabilidade em caso de acidentes com carros autônomos se dá a partir do momento em que a legislação atual trata de responsabilizar o dono do carro, que geralmente é o motorista, pelos acidentes que este venha a provocar. Num segundo momento, ao intentar o proprietário do carro responsabilizar a empresa que o fabricou, deverá ir a juízo provar de alguma forma a negligência da empresa e até o momento, porém, não há legislação contemplando a possibilidade de carros sem motoristas²³.

Observa-se a questão da iminente inserção de um elemento novo na sociedade, qual seja, o veículo autônomo, a

²² SILVA, op. cit.

²³ MELO, João Ozório de. Advogados discutem de quem será a culpa em acidentes de carros sem motorista. 2016.

praticidade que este pode proporcionar à vida das pessoas, bem como os eventuais riscos que este pode vir a causar, trazendo à tona importante debate sobre as questões de responsabilização, majoritariamente na seara do Direito Penal, mas também em outras áreas que possam ser afetadas.

Ao passo que também se deve ponderar a aceitação da presença de carros autônomos pela sociedade, confiando na lógica de programação desenvolvida pelas empresas de automóveis e de tecnologia, e a eventual responsabilidade que possa recair sobre elas. Este era um questionamento praticamente inexistente no Brasil até o começo de 2016, quando juristas deram início a discussões sobre a culpa em acidentes causados por carros sem motorista²⁴, uma vez que essa é uma realidade que já se faz presente em países como os Estados Unidos e movimento semelhante não tardará a ter início no Brasil.

3.1 Da Análise da Responsabilidade em Acidentes Causados por Veículos Autônomos sob a Ótica do Direito Penal

É discutido se haveria a necessidade de se criar tipos penais e outras sanções legais em áreas diversas, específicos, para tratar das circunstâncias derivadas de acidentes com veículos autônomos. É iminente a demanda pelo debate visando o estabelecimento de atualizações necessárias, tanto na seara criminal quanto nos demais ramos jurídicos, no que diz respeito à responsabilização, pavimentando a pesquisa e a reflexão de suas questões inerentes, para que o ordenamento jurídico brasileiro e a sociedade tenham os benefícios da tecnologia, ao mesmo tempo que resguardados pela segurança jurídica trazida pela consolidação da legislação que norteie a resolução desses conflitos²⁵.

Tal proposta merece ser considerada, haja vista a impossibilidade de aplicação da analogia *in malam partem*, ou seja, para prejudicar a parte, no espectro do Direito Penal, ainda que diante de circunstâncias de tipos que possuam

²⁴ MELO, op.cit.

²⁵ Ibid.

alguma correlação com os resultados ocorridos, tornando-se necessário fazer determinados ajustes para comportar eventuais peculiaridades que a realidade dos veículos autônomos trazem, e resguardando o indivíduo que, apesar de ser possuidor do veículo, não poderia ser responsabilizado de forma semelhante a quem age com o dolo de praticar uma infração de trânsito ou um crime de fato.

E a dificuldade reside, dentre outras coisas, na definição dos aspectos de dolo ou culpa, em como se obter a finalidade do comportamento causado pela lógica de um carro autônomo, ou se houve negligência (deixar de agir, omissão), imprudência (comportamento positivo, ação sem adotar as cautelas devidas, quebra do dever objetivo de cuidado) ou imperícia (quando o agente não tem domínio necessário para o tipo de ação que pretende realizar, como tentar conduzir um veículo sem saber dirigir) na definição das variáveis de instruções lógicas do veículo, do momento de seu desenvolvimento, quebrando o dever objetivo de cuidado²⁶, elemento motivador de atuação legal do Estado.

3.2 Da Construção dos Conceitos e Definições dos Tipos Penais: Efeitos da Responsabilização em Acidentes Causados por Veículos Autônomos em Outras Áreas

Observa-se que, apesar de não haver diferença entre o resultado finalístico de um acidente provocado pela falha de um ser humano ou pela lógica de programação de uma inteligência artificial na condução de um veículo, os desdobramentos de uma eventualidade como essa inevitavelmente possuem variações. Como vimos antes sobre a figura do ente despersonalizado, que pode ser sujeito de direitos, deveres e obrigações, devendo a legislação o definir e limitar de acordo com sua natureza, e em contraponto à pessoa natural, sujeito de direitos com aptidão genérica para contrair direitos, deveres e obrigações²⁷.

Além disso, seria importante buscar a consolidação dos tipos penais e demais dispositivos constitucionais e

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 2013, p.132.

²⁷ SILVA, op. cit.

infraconstitucionais de forma a abranger e contemplar as múltiplas necessidades dos casos relacionados, uma vez que, nos moldes da legislação atual, a forma mais fácil de a vítima buscar a reparação de um dano e, de certa forma, sua responsabilização seria o pedido de indenização contra o dono do bem, alegando responsabilidade objetiva²⁸, com chances de lograr êxito. Importante salientar que a finalidade das penas não é atormentar e afligir um ser sensível. O seu fim é apenas impedir que um réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo²⁹.

A tecnologia de automação deve ser vista como uma aliada, instando salientar que sua aplicação vem passando por grandes avanços e trazendo benefícios, como na eficiência do consumo de energia, tanto derivada de combustíveis fósseis quanto elétrica, bem como em aspectos gerais de segurança e de melhorias de sistemas de mobilidade urbana, aumentando a eficiência e reduzindo o impacto ambiental do transporte em centros urbanos, o que nos faz acreditar no sucesso dos sistemas de automação de transporte, em especial, de veículos de transporte pessoal.

4 CONCLUSÃO

Novidades e desafios surgiram das possibilidades que as tecnologias de automação veicular trouxeram, conseqüentemente exigindo normas que abordem suas peculiaridades, desde a regulamentação dos critérios técnicos de segurança para sua circulação de veículos autônomos na malha viária já presente nas cidades até a definição sobre a responsabilização em caso de eventualidades que possam decorrer das decisões da lógica de programação contidas nestes veículos, nas esferas cíveis, mas, principalmente, penais.

A aplicação da legislação atual não contempla todas as situações de forma satisfatória, posto que não existe previsão de penalização de Pessoas Jurídicas no ordenamento jurídico

²⁸ WIKIPEDIA. Responsabilidade Objetiva. 2016.

²⁹ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 2008.

brasileiro, nem se pode aplicar a analogia *in malam partem*, ou seja, para o prejuízo da parte, na seara do Direito Penal. Também se faz necessário regulamentar aspectos dos padrões de segurança exigidos para a circulação desses veículos em território nacional.

Não caberia o entendimento da responsabilidade objetiva na seara do Direito Penal, ou seja, a responsabilidade advinda da prática de um ilícito ou de uma violação ao direito de outrem que, para ser provada e questionada em juízo, independente da aferição de culpa, ou de gradação de envolvimento do agente causador do dano, já que existem situações em que apesar de se ter tomado todos os cuidados devidos o resultado é produzido, desfazendo essa possibilidade, no que tange à aplicação desta aos questionamentos ensejadores do presente trabalho, em razão da não previsão dos devidos tipos penais na legislação criminal compatíveis com a realidade que se apresenta.

A responsabilidade recairia, em tese, sobre o programador ou a equipe e a direção da empresa construtora ou desenvolvedora do veículo autônomo, caso se possa aferir que estes não tenham deliberadamente previsto e incutido, na lógica, situações plausíveis, porém não ocorreria excetuando-se em caso de responsabilidade em vista de acidente provocado por terceiro. O programador deve desenvolver a lógica do veículo para chegar ao destino e também trabalhar a maior quantidade de variáveis possíveis que possam surgir no percurso.

Se ele não trabalhou com uma variável que poderia surgir no percurso, ainda que haja responsabilidade de outro, no Direito Penal não existem culpas concorrentes, quem provocou o acidente responderia, e se a aquela situação devesse ser motivo de previsão da programação e por alguma circunstância, tal como negligência, não foi trabalhada a contento, ele também responderia.

Faz-se viável, no momento, apenas a aplicação da responsabilidade civil do proprietário do veículo solidariamente à da empresa, no que se refere aos danos materiais e morais decorrentes de um acidente provocado por um veículo autônomo; enquanto a responsabilidade penal da empresa e, subsidiariamente, do programador ou equipe de programadores

responsáveis pelo desenvolvimento da lógica responsável pela condução do veículo é uma questão que urge ser discutida, a fim de que se vejam materializados os seus resultados, para que o progresso e o direito constitucional de ir e vir não sejam de nenhuma forma limitados.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. 229p.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015. 956p.
- BOERIU, Horatiu. *BMW says it's capable to build the most intelligent car*. BMWBlog, 2016. Disponível em: <http://www.bmwblog.com/2016/03/06/bmw-says-capable-build-intelligent-car/>. Acesso em: 06 mar. 2016.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Institui o Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 03 mar. 2016.
- _____. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. *Institui o Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm. Acesso em: 03 mar. 2016.
- _____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 03 mar. 2016.
- CASTELO BRANCO, Sérgio Zoghbi. *Garantismo Penal*. JusBrasil, 2014. Disponível em: <http://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>. Acesso em: 03 mai. 2016.
- GOMES, Luiz Flávio. *Tipicidade material e criação de riscos proibidos*. JusNavigandi, 2006. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/8471/tipicidade-material-e-criacao-de-riscos-proibidos/>. Acesso em: 03 mar. 2016.
- GOOGLE. *Self-Driving Car Project*. Disponível em: <https://www.google.com/selfdrivingcar>. Acesso em: 09 mai. 2016.
- HARDAWAR, Devindra. *Good news for Google: Nevada approves self-driving car regulations*. Venture Beat, 2012. Disponível em: <http://venturebeat.com/2012/02/16/good-news-for-google-nevada-approves-self-driving-car-regulations/>. Acesso em 12 abr. 2016.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- LAVRINC, Damon. *Autonomous Vehicles Now Legal in California*. Wired, 2012. Disponível em: <http://www.wired.com/2012/09/sb1298-signed-governor/>. Acesso em: 12 abr. 2016.
- LUCA, Caio de. *Conceito de Crime*. São Paulo: JusBrasil, 2015. Disponível em: <http://caiodeluca.jusbrasil.com.br/artigos/147591440/conceito-de-crime>. Acesso em: 25 abr. 2016.
- MELO, João Ozório de. *Advogados discutem de quem será a culpa em acidentes de carros sem motorista*. São Paulo: Consultório Jurídico, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/advogados-discutem-culpa-acidentes-carros-motorista>. Acesso em: 03 jan. 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 315p.
- PRESOTTO, Lourenso. *Uma brevíssima análise da culpabilidade e suas teorias*. JusNavigandi, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25248/uma-brevissima-analise-da-culpabilidade-e-suas-teorias/>. Acesso em: 12 mai. 2016.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. 352p.
- SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. *Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados*. JusNavigandi, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7312/apontamentos-para-uma-teoria-dos-entes-despersonalizados/2>. Acesso em: 09 abr. 2016.
- SZNICK, Valdir. *Crimes e Delitos no Novo Código de Trânsito*. São Paulo: Ícone, 1998. 151p.
- TECNOCAST 33: *Programados para Matar*. São Paulo: Tecnoblog, 2015. Mídia digital (100 min.), estéreo. Disponível em: <https://tecnoblog.net/188340/tecnocast-033-programados-para-matar/>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- THOMPSON, Cadie. *7 incredible things Tesla's cars can now do on Autopilot*. Disponível em: <http://www.techinsider.io/7-incredible-tesla-autopilot-features-2016-1>. Acesso em: 09 mai. 2016.
- TUBENCHLAK, James. *Teoria do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 242p.
- VELLOSO, Andrei Pitten. *Princípio da tipicidade fechada (determinação conceitual)*. São Paulo: Jornal Carta Forense, 2014. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteúdo/colunas/principio-da-tipicidade-fechada-determinação-conceitual/14171>. Acesso em: 03 mar. 2016.
- WIKIPEDIA. *Apple electric car project*. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Apple_electric_car_project. Acesso em: 09 mai. 2016.

_____. *Google Driverless Car*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Google_Driverless_Car. Acesso em: 09 mai. 2016.

_____. *Responsabilidade Objetiva*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Responsabilidade_objetiva. Acesso em: 09 mai. 2016.

_____. *Responsabilidade Penal*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Responsabilidade_penal. Acesso em: 09 mai. 2016.

_____. *Resultado Típico*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Resultado_t%C3%ADpico. Acesso em: 09 mai. 2016.

_____. *Tesla Motors*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Tesla_Motors. Acesso em: 09 mai. 2016.

SÚMULA 618 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: CRÍTICAS À LUZ DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Vinícius Ribeiro de Souza

Promotor de Justiça Substituto.

Pós-Graduado em Direito Público pela UEA/OAB.

Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas.

Sumário: 1 Introdução. 2 Construção da súmula com precedentes anteriores ao Novo Código de Processo Civil. 2.1 Considerações gerais a respeito da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. 3 A Súmula 618 do STJ revela uma regra geral ou uso de acordo com o caso concreto? 4 Momento para a inversão do ônus da prova. 5 Prova diabólica. 6 Conclusão. Referências.

Resumo

Estabelecer o nexo de causalidade entre determinada conduta e o dano ambiental, por vezes, demonstra-se ser uma árdua tarefa não apenas aos operadores do direito, como também a outros ramos da ciência, haja vista os elementos temporais, geográficos e a própria limitação científica contemporânea. Conseqüentemente, o Direito busca se adaptar à nova realidade, surgindo instrumentos que buscam facilitar a construção probatórias demandas ambientais, a exemplo do microsistema processual coletivo com a inversão do ônus probatório com base no Código de Defesa do Consumidor e a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova contida no Novo CPC. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, criou a súmula 618, a qual previu a aplicação do ônus da prova em demandas cujo objeto seja a degradação ambiental. Nessa medida, o objetivo desta pesquisa foi analisar a respectiva súmula e verificar possíveis omissões em seu texto em face da Teoria da Dinamização do Ônus da Prova contida no art. 373, parágrafo primeiro do NCP. Conclui-se que o STJ foi tímido no que concerne à redação da respectiva, não disciplinando a sua obrigatoriedade, o momento da inversão do ônus da prova, do mesmo modo como os casos de prova diabólica bilateral. A metodologia empregada na presente oportunidade foi bibliográfica, utilizando-se, da mesma forma,

do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Prova. Dinamização. Ônus. Dano. Súmula.

Abstract

Establishing the causal link between a particular conduct and environmental damage sometimes proves to be an arduous task not only for legal operators, but also for other branches of science, given the temporal, geographical and the elements themselves. contemporary scientific limitation. Consequently, the Law seeks to adapt to the new reality, emerging instruments that seek to facilitate the probative construction of environmental demands, such as the collective procedural microsystem with the inversion of the probative burden based on the Consumer Protection Code and the Dynamic Distribution Theory. Burden of Proof contained in the New CPC. The Superior Court of Justice, in turn, created the 618 precedent, which provided for the application of the burden of proof in demands whose object is environmental degradation. Thus, the objective of this research was to analyze the respective summary and verify possible omissions in its text in face of the Proof Burden Theory contained in art. 373, first paragraph of the NCPC. It is concluded that the STJ was timid regarding the wording of the respective, not disciplining its obligation, the moment of reversal of the burden of proof, as well as the cases of bilateral diabolical proof. The methodology used in this opportunity was bibliographic, using the hypothetical-deductive method.

Keywords: Proof. Promotion. Onus. Damage. Precedent.

1 Introdução

O dano ambiental possui características ímpares que o tornam de difícil comprovação em qualquer ramo da ciência. A possibilidade de degradação do meio ambiente com alcance geográfico indeterminado, o fato das consequências oriundas de poluição surgirem apenas após vasto lapso temporal, bem como a limitação científica são causas que dificultam a categorização

do poluidor. E o Direito não está a par dessa problemática.

Em resposta, o Direito Ambiental evoluiu, disciplinando diversos instrumentos que possibilitam a comprovação do nexos causal entre a degradação ao meio ambiente e a conduta do poluidor. Não se olvide, por exemplo, do microsistema processual coletivo, em que as Ações Cíveis Públicas podem se valer da inversão do ônus da prova contida no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Processo Civil de 2015, atento não apenas às demandas ambientais, mas também aos empecilhos de cunho probatório que se manifestam em qualquer demanda cível, positivou a Teoria da Dinamização do Ônus da Prova em seu art. 373, parágrafo primeiro, demarcando um importante campo instrumental no que tange à responsabilização probatória de quem possui as melhores condições materiais de provar nos autos que sua conduta não ocasionou determinado dano.

O Superior Tribunal de Justiça, a par dessa situação, publicou, no dia 30 de outubro de 2018, a súmula nº 618, com o seguinte teor: “A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”. No entanto, apesar de sua tenra idade no mundo jurídico, foi alvo de críticas doutrinárias a respeito de sua tímida disciplina.

Nessa medida, a problemática desta pesquisa é: quais as omissões contidas na súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça frente às questões da inversão do ônus da prova?

Para a resolução de tal mister, o presente trabalho tem por objetivo analisar o texto da súmula 618 do STJ e verificar se houve ausência de regulamentação quanto aos seguintes pontos: a obrigatoriedade da inversão do ônus da prova, momento processual de aplicação e incidência em casos de prova diabólica bilateral.

Outrossim, a presente pesquisa se justifica à medida que traz a lume, além das críticas à novel súmula 618 do STJ, entendimentos doutrinários que podem servir aos operadores do direito no momento da aplicação da inversão do ônus da prova em demanda ambiental.

Ressalte-se que o presente trabalho usará o método de abordagem hipotético-dedutivo, vez que traçará um problema

e buscará solucioná-lo por meio de conjecturas, hipóteses e teorias. Igualmente, utiliza-se do método de procedimento bibliográfico e descritivo, tendo em vista o uso das referências bibliográficas e de julgados referentes ao tema.

2 Construção da súmula com precedentes anteriores ao Novo Código de Processo Civil

A edificação do presente trabalho científico se desenvolve a partir da consideração de que a súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça foi pautada por precedentes jurisprudenciais anteriores ao recente Código de Processo Civil, em especial ao seu art. 373, parágrafo primeiro, o qual alberga a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

Como se verá nas linhas futuras, o sinóptico texto sumular, sem égide no Novo CPC, apresenta lacunas que tornam a sua aplicação insegura, vez que não trata da obrigatoriedade da própria inversão do ônus da prova, bem como do momento processual da sua aplicação e de sua incidência em caso de impossibilidade de produção das provas por ambas as partes.

2.1 Considerações gerais a respeito da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

O art. 373, parágrafo primeiro, do Novo Código de Processo Civil, de forma diversa em relação ao CPC de 1973, positivou a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, sendo curial o destaque do texto normativo, senão vejamos:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que

deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Didier Jr, Braga e Oliveira reputam o tema como distribuição do ônus da prova feita pelo juiz, em que a legislação brasileira autoriza este, desde que observados alguns pressupostos, a redistribuir o ônus probatório diante o caso concreto (2017).

A respeito da teoria ora em baila, Lourenço produz um paralelo entre as características do processo a fundamentar o termo “dinâmico” àquela. Para o autor, “o processo, como o próprio nome está a sugerir, é movimento, tem um caráter dinâmico, portanto todos os fenômenos processuais devem ser examinados sob um ponto de vista dinâmico [...]” (2015, p. 88).

No que tange ao estudado dispositivo legal, Nery Junior e Andrade Nery, afirmam que o referido texto, de forma retráida, prescreve que a inversão do ônus da prova por meio da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova é exceção à regra, conforme trecho literário abaixo epigrafado:

O texto normativo indicou, timidamente, tendência em adotar a inversão do ônus da prova pela técnica da *dinâmica da prova*: terá o ônus de provar aquele que estiver, no processo, em melhor condição de fazê-lo, conforme inversão determinada por decisão judicial fundamentada. Como se trata de exceção à regra, não comporta interpretação ampliativa e deve ser aplicada com redobrada cautela (2016, p.1084, grifo nosso).

Em uma leitura detida da previsão legal, podem ser verificados alguns aspectos específicos contidos na mesma que são omitidos na súmula 618 do STJ. O primeiro se refere aos casos de incidência da inversão do ônus da prova, no qual somente com previsão legal ou de acordo com as peculiaridades do caso em concreto podem legitimar a transferência da responsabilidade probatória a uma das partes que, inicialmente, não estaria como o encargo probatório. Conforme será debatido mais à frente, a disciplina realizada pelo Superior Tribunal de Justiça é imprecisa quanto a esse mister.

Outra configuração prevista expressamente no atual

Código de Processo Civil é o momento em que deve ocorrer a inversão do ônus da prova. Conforme o art. 357, III, NCPC, o magistrado, em decisão de saneamento, definirá a quem incumbe o ônus de provas, de acordo com o que se verbera a seguir:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; (grifo nosso)

A súmula 618 do STJ, entretanto, nada traz a respeito do momento processual em que deve ocorrer a inversão do ônus da prova, o que será objeto de análise e de sugestões, conforme a doutrina e o entendimento jurisprudencial quanto à matéria em questão.

3 A Súmula 618 do STJ revela uma regra geral ou uso de acordo com o caso concreto?

O texto legal outrora estudado nas linhas gerais a respeito da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova não deixa campo nebuloso para dúvidas a respeito das ocasiões em que o magistrado poderá inverter o ônus da prova: a) previsão legal; b) de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Contudo, a súmula 618 do STJ apenas adverte que “aplicase” a inversão do ônus da prova nas demandas em que se discute a degradação ambiental, restando vago se se trata de obrigatoriedade em qualquer demanda ambiental, ou apenas uma possibilidade em que o julgador irá ponderar de acordo com o caso concreto.

Porém, antes de aprofundar a análise crítica, são necessárias breves notas a respeito da estrutura sumular, qual seja, os precedentes. Assim, conforme consta no *site* do Superior

Tribunal de Justiça, este indicou os seguintes julgados: AgRg no AREsp 183202 SP; AgRg no AREsp 206748 SP; AgRg no AREsp 533786 RJ; AgInt no AREsp 779250 SP; AgInt no AREsp 846996 RO; AgInt no AREsp 1090084 MG; REsp 883656 RS; REsp 1049822 RS; REsp 1060753 SP; REsp 1237893 SP; (REsp 1330027 SP); REsp 1517403 AL.

Em resumo, os precedentes tratam de Ações Cíveis Públicas, ações de danos com fulcro em prejuízo aos pescadores de áreas afetadas por construções em rios de origem nas atividades das prestadoras de serviço público, bem como demanda de aplicação de multa no âmbito administrativo. De acordo com o que será visto, a natureza dos julgados servirá de fundamento a respeito da conclusão a que o presente trabalho se propõe.

Niebuhr e Linhares abordam de forma crítica o uso do termo “aplica-se”. Para estes, se o Superior Tribunal de Justiça pretendeu afirmar que o magistrado realizaria o controle da inversão de acordo com o caso concreto, não foi além do que já se encontra previsto nos institutos de direito coletivos que embasaram a construção da própria súmula (2018).

Aliás, como bem observam os autores, o texto normativo também não define se a ausência de algum requisito contido no Código de Defesa do Consumidor, a exemplo da hipossuficiência, resultaria na impossibilidade de se dinamizar o ônus da prova (2018).

Para Niebuhr e Linhares, de outra banda, se o objetivo do STJ era o de tornar a inversão do ônus da prova como regra geral, tal atitude iria de encontro aos próprios precedentes que embasaram a súmula, sendo importante destacar trecho das críticas formuladas (2018):

Noutro turno, se o Superior Tribunal de Justiça pretendia atribuir à expressão “aplica-se” um comando cogente, no sentido de que a inversão do ônus da prova passa a ser regra em demandas ambientais, o enunciado incorre em dois problemas. De plano, falou menos do que deveria, porque não deixou isso claro. Além do mais, com essa conotação o enunciado seria contrário a diversos precedentes, dentre os quais, alguns daqueles indicados pelo próprio Superior Tribunal de Justiça

como ilustrativos da jurisprudência dominante que seria uniformizada por meio da Súmula. Nesses precedentes (por exemplo, no AgRg no AREsp 533.786/RJ, no AgInt no AREsp 846.996/RO, no AgRg no AREsp 183.202/SP, no REsp 883.656/RS e no REsp 1049822/RS) a inversão foi tratada como uma possibilidade; ela não se operou de forma automática, mas foi inclusive precedida da demonstração da já aludida hipossuficiência da parte autora (ainda que, equivocadamente, na nossa percepção, em uma acepção mais alargada), prevista como requisito para a decretação da medida no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (2018, p.01).

Nesse diapasão, é curial destacar que as demandas coletivas, as quais apoiam em parte a súmula, possuem um microsistema jurídico próprio calcado, principalmente, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública. Quanto ao tema, considerável é o trecho das palavras do, à época, Ministro do STJ, Luiz Fux, no Recurso Especial nº 510.150 – MA, a saber:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e dos Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

Nessa medida, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII, é clarividente ao prever que a inversão do ônus da prova ocorre “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Milaré afirma que a Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), a qual rege a tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, não aponta a quem cabe o ônus de provar, restando tal mister, de forma subsidiária, ao Código de Processo Civil, que possui a previsão do art. 373, *caput*, bem com a flutuação do ônus probatório no parágrafo primeiro do mencionado artigo

(2018).

Ainda em relação ao NCPC, segue Milaré noticiando no tocante ao tema que

Isso não significa dizer, entretanto, que a nova ordem processual tenha dado uma carta branca ao juiz, possibilitando-lhe inverter automaticamente o *onus probandi* quando se tratar de matéria ambiental, como acabou entendendo o STJ. (2018, p.01) (destaque no original).

Continua o autor:

A bem ver, a indigitada súmula passou ao largo da mudança legislativa operada pelo § 1º do art. 373 do atual CPC - que, em boa hora, introduziu a distribuição dinâmica do ônus da prova nos processos em geral, a denotar postura nitidamente ativista do Judiciário. Sim, porque, em nome da “mais ampla proteção do ambiente”, desconsiderou-se os limites da legalidade vigente, mesmo que isso possa representar uma interpretação ampliativa para restringir direitos individuais (MILARÈ, 2018, p.1).

Desta feita, nota-se que Milaré possui o entendimento de que o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula 618, sedimentou a tese de que a inversão do ônus da prova é regra no ordenamento jurídico pátrio, o que não atentaria ao princípio da isonomia, conforme suas palavras:

Realmente, nos litígios ambientais não se vislumbra necessariamente um desequilíbrio entre os litigantes a ser restabelecido – em que pese a relevância do bem jurídico em jogo. Tampouco, a dificuldade probatória de uma das partes corresponde à facilidade da outra. Há casos em que a prova é de difícil produção para ambas as partes. Nesta hipótese, impor ao réu, sempre e sempre, o ônus da prova, sem que haja previsão expressa de lei, e sem que a relação de direito material assim o requeira, é atentatório do princípio da isonomia

(afinal, se não há desigualdade a reequilibrar, a inversão do ônus da prova é que causará um desequilíbrio e, por conseguinte, uma desigualdade) (MILARÈ, 2018, p. 1).

Retornando ao ponto que fora iniciado nos primeiros parágrafos, qual seja, o exame dos precedentes que serviram de pilares para a súmula 618, observam-se que eles são anteriores ao Novo Código de Processo Civil, não contemplando a Teoria da Dinamização do Ônus da Prova em seu bojo, de forma explícita.

Todavia, cumpre destacar que no voto do Ministro Herman Benjamin, Resp 883656/RS, há uma exceção. Nesta, um dos precedentes menciona a Teoria da Dinamização do Ônus da Prova, apesar de se referir aos institutos do direito coletivo. Aliás, válido salientar que se trata de um julgado de 2012, sendo importante o excerto:

No campo do Direito Ambiental, aplicáveis com maior razão os fundamentos teórico-dogmáticos do ônus dinâmico, acima aludidos. Mas não é só. A própria natureza indisponível do bem jurídico protegido (o meio ambiente), de projeção intergeracional, certamente favorece uma atuação mais incisiva e proativa do juiz, que seja para salvaguardar os interesses dos incontáveis sujeitos-ausentes, por vezes toda a humanidade e as gerações futuras. Ademais, o cunho processual do art. 6º, VIII, do CDC liberta essa regra da vinculação exclusiva ou confinamento à relação jurídica de consumo. Por derradeiro, a incidência do princípio da precaução, ele próprio transmissor por excelência de inversão probatória, base do princípio in dubio pro natura, induz igual resultado na dinâmica da prova, aliás como expressamente reconhecido pelo STJ, conforme precedentes adiante transcritos.

O voto se trata de exceção. Os julgados do Superior Tribunal de Justiça fazem alusão aos instrumentos típicos das ações coletivas, a exemplo do art. 6, VIII do Código de Defesa do Consumidor e o art. 21 da Lei de Ação Civil Pública. Nesse sentido, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no AgRg no AREsp 183202 SP, fundamenta a inversão do ônus da prova:

Ademais, a inversão do ônus da prova ainda recebe reforço na interpretação interligada das leis aplicáveis ao caso, conforme se extrai dos dispositivos com relação direta com a questão:

Código de Defesa do Consumidor

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Lei nº 7.347/1985

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

[...]

Portanto, considerando os pressupostos que ensejaram a produção da súmula 618 do STJ, não se pode falar em regra geral a respeito da sua aplicação, devendo o magistrado, diante do caso concreto, ponderar se haverá ou não a flutuação do ônus probatório.

Uma reflexão é válida. Para que a inversão do ônus da prova seja considerada regra geral em demandas ambientais, há necessidade de lei específica para tal desiderato, em que pese todos os princípios protetivos do meio ambiente, sob pena da não observância da segurança jurídica.

Igualmente é a crítica de Milaré, na qual afirma:

Destarte, especificamente no que atine à tutela ambiental, é passada a hora de um comando normativo próprio a regular o assunto, em ordem a se evitar qualquer postura ativista, como referido (2018, p.01).

Entende-se, portanto, que a súmula, no que concerne à esfera da obrigatoriedade de sua aplicação, foi omissa, não

esclarecendo se sua incidência é regra geral aplicável sem a necessidade de juízo de valor por parte do magistrado, ou se ocorre apenas perante as peculiaridades do caso.

Todavia, em uma análise dos precedentes que justificaram a súmula, bem como da legislação vigente que compõe o microsistema processual coletivo, em especial o Código de Defesa do Consumidor, nota-se que a inversão do ônus da prova ocorre de acordo com determinados elementos, a critério do juiz.

Desconsiderando a jurisprudência consumerista a respeito do tema, em que se debate ser um direito subjetivo ou não do demandante a inversão do ônus da prova se preenchido os requisitos legais, o que se conclui é que não se trata de regra geral.

Outrossim, atentando-se à atual legislação pertinente ao processo civil, NCPC 2015, a inversão probatória também não ocorre como regra geral, condizente ao que amplamente foi exposto nas linhas anteriores. Assim, a súmula, apesar de ser omissa, não pode ir além do que se encontra positivado em nosso Estado.

4 Momento para a inversão do ônus da prova

De outro banda, a súmula 618 do STJ, tendo em vista a sua escassez textual, não contempla o momento processual em que a inversão do ônus da prova deve ocorrer, restando ao alviro da discussão doutrinária. Da mesma forma, Niebuhr e Linhares notam que a

Súmula nº 618 também perdeu uma excelente oportunidade para definir, com clareza e a bem da segurança jurídica, o momento em que deve operar a inversão do ônus da prova (2018).

A presente discussão também se desenvolve por meio de dois aspectos interessantes. O primeiro é a existência de entendimentos diversos quanto ao momento processual em que

deve ocorrer a flutuação probatória. O segundo recai sobre o fato, reprise-se, que o texto sumular é construído ainda sob o auspício do Código de Processo Civil de 1973, o que acarretará insegurança, senão vejamos.

O Código de Processo Civil de 2015, segundo destrinchado nas páginas iniciais, positivou a Teoria da Dinamização do Ônus da Prova, indicando as hipóteses no art. 373, parágrafo primeiro do caderno legislativo. Porém, o legislador foi além, uma vez que previu o momento processual exato em que a inversão probatória deve ocorrer, conforme se extrai do art. 357, III, NCPC:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

Conquanto a expressa previsão legal a respeito da temática, a doutrina não é uníssona quanto ao momento processual. Há determinada corrente, ainda que minoritária, a defender a inversão do ônus da prova apenas no momento da sentença, considerando-a regra de julgamento. É o exemplo de Nery Jr. e Andrade Nery, a saber:

O juiz é o destinatário mediato da prova, de sorte que a regra sobre o ônus da prova a ele é dirigida, por ser regra de julgamento. Nada obstante, essa regra é fator indicativo para as partes, de que deverão se desincumbir dos ônus sob pena de ficarem em desvantagem processual – a menos que a inversão seja impossível ou excessivamente difícil o que impede que essa mesma inversão. **O juiz, ao receber os autos para proferir sentença, verificando que seria o caso de inverter o ônus da prova não poderá baixar os autos em diligência e determinar que a parte prejudicada pela inversão faça a prova, pois o momento processual para a produção dessa**

prova já terá sido ultrapassado. Caberá ao prejudicado agir, durante a fase instrutória, no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito da parte contrária, bem como a existência de circunstâncias extintivas, impeditivas ou modificativas do direito do consumidor, caso pretenda vencer a demanda (2016, p. 1084-1085, grifo nosso).

Todavia, os mesmos doutrinadores retromencionados maleabilizam o próprio entendimento ao aduzirem que o magistrado pode alertar a parte sobre a qual recairá o ônus probatório no sentido de se desincumbir de tal mister, o que na realidade não foge à regra contida no Novo CPC, de acordo com trecho da obra daqueles:

Nada impede que o juiz, na oportunidade de preparação para a fase instrutória (saneamento do processo), verificando a possibilidade de inversão do ônus da prova, alvitre a possibilidade de assim agir, de sorte a alertar a parte prejudicada com essa decisão de que deve desincumbir-se do referido ônus, sob pena de ficar em situação de desvantagem processual quando do julgamento da causa [...] (2016, p. 1085).

Nesse passo, insta notabilizar a existência de corrente doutrinária defensiva da inversão do ônus da prova no despacho citatório. Aliás, tal entendimento é recorrente em demandas de juizados especiais, principalmente quando se trata de matéria consumerista.

Contudo, não aparenta ser a melhor solução no que concerne à inversão do ônus probatório, vez que não está claro, naquele momento processual – despacho de citação -, qual a dificuldade na produção de provas, bem como os pontos controvertidos da demanda, mesmo que seja causa ambiental. É o que asseveram Macêdo e Peixoto:

A dinamização do *onus probandi* em decisão citatória não é adequada. Nesse momento não se sabe efetivamente das dificuldades da prova, na verdade, a situação instrutória do réu por ser ainda mais complicada, além de sequer ser

possível o conhecimento dos pontos controvertidos, que dependem da resposta do réu. O contraditório deve ser observado para além da audiência bilateral das partes, sendo esse seu caráter meramente formal, devendo haver a concessão ao réu a oportunidade de elucidar a situação litigiosa e de influenciar no juízo do magistrado (2016, p. 191, destaque no original).

Noutro giro, determinada corrente admite a inversão do ônus da prova a qualquer momento processual, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa. É o que ditam Didier Jr, Braga e Oliveira, mas ressaltam que seria mais oportuno a redistribuição probatória na decisão de saneamento, nos moldes determinados pela legislação atual (2017).

Da mesma forma, sugere Cambi quando adverte que a dinamização do ônus da prova deve ocorrer antes da sentença, indicando que a questão probatória deve manifestar-se, preferencialmente,

Antes do início da fase instrutória do processo de conhecimento, quando da realização da audiência preliminar (CPC/1973, art. 331) ou da decisão saneadora, pelo novo Código de Processo Civil (art. 357, III) (2015, p. 06).

Mesmo considerando toda a construção doutrinária que defende as hipóteses não contidas no Novo CPC, este deve ser observado também quanto ao momento de inversão do ônus da prova, ou seja, no despacho saneador. Porém, para se trilhar tal conclusão, é necessária uma reflexão.

Se a demanda apresentar natureza individual, oriunda de dano ambiental de mesmo caráter, estará fadada a ser disciplinada pelo atual Código de Processo Civil. Nessa medida, o art. 357, III, incidirá necessariamente seus efeitos, tendo o magistrado, no despacho de saneamento, a possibilidade de flutuar o ônus da prova em desfavor da parte que possuir as melhores condições probatórias.

Entretanto, se a demanda for coletiva, o microsistema processual que entrelaça a Lei de Ação Civil Pública, Código de

Defesa do Consumidor, dentre outros, disciplinará a matéria. Contudo, tais legislações não demarcam o momento exato em que deve ocorrer a inversão do ônus da prova. Assim, o Código de Processo Civil será utilizado de forma subsidiária, o que resultará, da mesma forma, na observância do despacho saneador.

5 Prova diabólica

A brevidade textual da súmula 618, bem como o fato de não possuir precedentes jurisprudenciais sob o ditame do Novo CPC, também evidencia uma outra problemática: a prova diabólica.

Conforme Didier Jr, Braga e Oliveira, prova diabólica “é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil”, tendo ofertado como exemplo o autor de ação de usucapião especial, o qual teria que comprovar não ser proprietário de nenhum outro imóvel para fazer direito à aquisição do bem (2017, p. 131), o que se revela uma atividade praticamente impossível, ou inimaginável.

Para os autores, a prova diabólica possui duas vertentes: unilateral ou bilateral. A primeira ocorre no momento em que se torna impossível para uma das partes, porém possível de construção nos autos pela outra. Contudo, a segunda surge quando a prova é impossível para ambas as partes, o que chamam de “situação de inesclarecibilidade” (2017).

É neste íterim que Niebuhr e Linhares destacam que outro ponto sensível da súmula foi justamente a ausência e zelo da mesma no que tange à impossibilidade de produção probatória no decorrer na demanda ambiental (2018).

Julgando as reflexões tomadas anteriormente a respeito da aplicabilidade do Novo Código de Processo Civil nas demandas ambientais, individuais ou coletivas, vale por em relevo a previsão legal a respeito da impossibilidade da inversão do ônus da prova quando o magistrado se deparar com a mencionada prova diabólica:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (grifo nosso).

Parcela da doutrina não constrói barreiras quanto ao texto expresso. Nessa senda, Macêdo e Peixoto: “a dinamização pode, também, ocasionar uma prova diabólica para ambas as partes, sendo vedada a sua aplicação nessa hipótese” (2016, p. 173).

Didier, Braga e Oliveira aprofundam a questão quando dissertam a respeito de quem assumiu o risco da prova se tornar diabólica bilateralmente, sendo relevante o destaque de trecho da obra dos autores:

Assim, se o fato insusceptível de prova for constitutivo do direito do autor: a) e o autor assumiu o risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”), o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal (373, CPC) do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência; b) mas se foi o réu que assumiu o dito risco, o juiz deve, depois da instrução e antes da sentença, inverter o ônus da prova e intimá-lo (o réu) para que se manifeste, para, só então, dar pela procedência (2017, p. 132-133, destaques no original).

Todavia, Cambi defende uma hipótese em que a inversão do ônus da prova possa ocorrer na própria sentença, justamente quando houver a prova diabólica bilateral. A conclusão a que chega o doutrinador é no sentido de imputar a carga probatória ao demandado, tendo com fundamento no direito material discutido, senão vejamos:

Acontece que há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, quando então não há como inverter o ônus probatório ou distribuir dinamicamente o *onus probandi*, na fase ordinatória, e o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. **Nessas hipóteses, determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo demandante, fazendo com que o demandado assumo o risco por sua atividade, situação que permite a inversão do ônus da prova ou a distribuição dinâmica da carga probatória na própria sentença** (2015, p.10, grifo nosso).

Tal lição aparenta ser bem tentadora no que concerne à temática ambiental. A uma, porque a degradação do meio ambiente possui uma peculiaridade própria: a dificuldade ímpar em se provar alguns danos ambientais que se diluem por vastos territórios e no tempo.

A duas, o Direito Ambiental, dentre os vários princípios próprios, apresenta o da precaução, considerado pedra de toque na jurisprudência a justificar a inversão do ônus da prova. Não ao acaso o Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, admitiu tal tese, sendo salutar evidenciar a ementa do julgado no AgRg no AREsp 183.202/SP, da relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. USINA HIDRELÉTRICA. CONSTRUÇÃO. PRODUÇÃO PESQUEIRA. REDUÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. INOVAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 6.938/1981 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do

dano causado, que, no caso, é inconteste.

2. **O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, para os pescadores da região.**

3. Não há inovação em recurso especial se, ainda que sucintamente, a matéria foi debatida no tribunal de origem.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 183.202/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 13/11/2015, grifo nosso)

Não é o objetivo deste trabalho destrinchar de forma pormenorizada o princípio da precaução, uma vez que tal diligência exigiria o espaço de um livro. Contudo, considerações gerais são necessárias para melhor elucidar o tema. Assim, é imperioso explorar a conceituação do instituto nas palavras de Sarlet e Fensterseifer:

O seu conteúdo normativo estabelece, em linhas gerais, que, diante da dúvida e da incerteza científica a respeito da segurança e das consequências do uso de determinada substância ou tecnologia, o operador do sistema jurídico deve ter como fio condutor uma postura precavida, **interpretando os institutos jurídicos que regem tais relações sociais com a responsabilidade e a cautela que demanda a importância existencial dos bens jurídicos ameaçados** (vida, saúde, qualidade ambiental e até mesmo, em alguns casos, a dignidade da pessoa humana), inclusive em vista das futuras gerações (2017, p. 215, grifo nosso).

Wedy elenca três elementos que compõem o conceito do princípio da precaução, quais sejam: incerteza científica, risco de dano e inversão do ônus da prova. Em relação a este último, o autor afirma que a fundamentação para tal mister encontra-se na obrigação do demandado em provar, por meio de estudos científicos prévios, que sua conduta não apresentará risco ao meio ambiente utilizado (2009). É o que se observa no trecho:

A par de alguma divergência doutrinária sobre a inversão do ônus da prova referente ao risco de dano, esse elemento também, deve ser entendido como decorrente de uma interpretação extensiva do princípio da precaução. A consistência desta assertiva está no fato de o interessado na prática de determinado ato, considerado potencialmente lesivo, ter a obrigação de provar que sua ação não resultará em risco de dano ao meio ambiente, pelos meios apropriados, tais como estudo de impacto ambiental, estudos dos riscos e autorização preliminar para a prática de certas atividades (2009, p.73-74)

Dessa feita, por mais que o atual Código de Processo Civil preveja expressamente a impossibilidade de inversão do ônus da prova em caso de prova diabólica bilateral, quando a demanda apresenta matéria peculiar, a exemplo do meio ambiente, a regra deve ser excepcionada.

Há princípios que devem ser manejados quando da análise da possibilidade de inversão do ônus da prova em determinadas ações. Em causas de degradação ambiental, o princípio da precaução exige que o réu, antes mesmo de triangularizar a relação jurídica processual, tenha em mãos todo o conjunto de informações científicas a provar que sua atividade não teria o condão de causar o dano ambiental reclamado em juízo, não podendo alegar prova diabólica bilateral a ensejar a impossibilidade contida no art. 373, parágrafo primeiro do CPC.

Porém, toda essa discussão poderia ser evitada caso a súmula 618 do STJ apresentasse em seu bojo a possibilidade ou não de se inverter o ônus da prova em caso em que se evidenciasse a prova diabólica bilateral.

6 Conclusão

Diante de todo o exposto, observa-se, em um primeiro momento, que a súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça apresentou como fundamento bastantes precedentes jurisprudenciais anteriores ao Novo Código de Processo Civil. Isso, aliado ao tímido texto sumular, resulta em lacunas

criticáveis, perdendo o Tribunal Cidadão uma excelente oportunidade de pacificar a matéria relativa à inversão do ônus da prova em matéria ambiental em seu conjunto.

De início, foi estabelecido no texto da súmula que a inversão do ônus da prova “aplica-se” às causas relativas à degradação ambiental. A doutrina critica o uso do termo destacado entre aspas, haja vista não esclarecer se a flutuação probatória é regra geral ou deve ocorrer de acordo com o caso concreto.

Não obstante, em que pese a ausência na súmula, não se pode negar a incidência do Novo Código de Processo Civil na questão a ensejar a conclusão de que a dinamização do ônus da prova deve acontecer apenas perante a previsão legal ou de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Ademais, a súmula 618 do STJ não previu em qual momento a inversão do ônus probatória deveria ocorrer. Malgrado os entendimentos doutrinários a defender diversos momentos processuais para tal desiderato, o Novo Código de Processo Civil estabelece o despacho saneador como o adequado. E não poderia ser outro, uma vez que nesta oportunidade as partes já estão cientes das provas a serem produzidas, tendo o magistrado estabelecido os fatos controvertidos.

Por fim, a escassez textual da súmula reflete na imprevisibilidade de se admitir a inversão do ônus probatório em casos em que ocorre a prova diabólica bilateral, ou seja, quando é impossível a produção de provas em relação a ambas as partes.

Neste caso, embora haja expressa previsão legal pelo impedimento da dinamização do ônus da prova, quando a demanda tratar de dano ambiental, há princípios próprios afetos à matéria que excepcionam tal regra, a exemplo da precaução, resultando na flutuação probatório àquele que deveria deter o conhecimento científico de sua atividade de forma prévia à própria conduta.

Referências

BRASIL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 510.150/MA, Relator:

Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento 17 fev. 2004, 1ª TURMA. *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 mar. 2004.

_____. Recurso Especial nº 883.656/RS, Relator: Min. HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento 09 mar. 2010, 2ª TURMA. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 fev. 2012.

_____. AgRg no AREsp 183202/SP, Relator: Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento 10 nov. 2015, 3ª TURMA. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 nov. 2015.

CAMBI, Eduardo. *Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - Exegese do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCP. 2015*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.246.04.PDF. Acesso em: 10 ago. 2019

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do ônus da Prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015

MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua Dinamização*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MILARÉ, Édis. *O ônus da prova nas lides ambientais e a súmula 618 do STJ*. 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI29050_5,310470+onus+da+prova+nas+lides+ambientais+e+a+sumula+618+do+STJ?fbclid=IwAR0Wr4UmYRl07SuRQkRzRPjtTl8DEZjE4c9KF_7weuBbU-Slc3PKaoeE71U. Acesso em: 12 ago. 2019.

NERY JR, Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NIEBUHR, Pedro de Menezes; LINHARES, Felipe Neves. *Problemas da súmula 618 do STJ sobre inversão do ônus da prova em matéria ambiental*. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/problemas-da-sumula-618-do-stj-sobre-inversao-do-onus-da-prova-em-materia-ambiental-30112018>. Acesso em: 12 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – UM LEGISLADOR NEGATIVO?

André Fellipe Lima Stacciarini

Agente Técnico Jurídico no Ministério Público do Estado do Amazonas.

Pós-graduado em Direito Público pela LFG/UNIDERP/Anhanguera.

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL).

Sumário: Introdução. 1 Controle de Constitucionalidade. 1.1 Evolução Histórica. 1.2 Conceito. 1.3 Controle difuso de constitucionalidade. 1.4 Controle concentrado de constitucionalidade. 1.4.1 Controle concentrado de constitucionalidade preventivo. 1.4.2 Controle concentrado de constitucionalidade sucessivo. 1.4.3 Controle concentrado de constitucionalidade por omissão. 2 Tribunal Constitucional em Portugal. 3 Supremo Tribunal Federal no Brasil. 4 Papel e Limite dos Tribunais Constitucionais no Controle Concentrado de Constitucionalidade. 5 Conclusão. Referências.

Resumo

A Constituição detém supremacia sobre as leis ou atos normativos de um ordenamento jurídico. O controle de constitucionalidade é o instrumento adequado a garantir que tal supremacia seja devidamente cumprida no Estado Democrático de Direito. Qualquer lei ou ato normativo deve se submeter, formal ou materialmente, à Constituição, sob pena de patente inconstitucionalidade. O controle difuso de constitucionalidade é exercido por qualquer juiz ou tribunal, de forma incidental, em análise ao caso concreto. O controle concentrado, como o próprio nome sugere, concentra-se em um único órgão judicial. Eficácia *erga omnes*. Controvérsia quanto à hegemonia da separação de poderes. Possibilidade de ferimento. Sistema de pesos e contrapesos. Os Poderes são autônomos e independentes, mas deve haver mecanismos de controle recíprocos entres eles, a fim de coibir eventuais abusos. Bloco de Constitucionalidade - normas constitucionais a que os atos normativos são submetidos. Repristinação - possibilidade,

não automática, em regra. Modulação de efeitos de tais decisões, sob a fundamentação da segurança jurídica, da equidade ou do interesse público de excepcional relevo. Controle concentrado de constitucionalidade por omissão - o texto constitucional traz direitos fundamentais que devem ser regulamentados por normas infraconstitucionais para que tenham real eficácia - combate à inércia legislativa. Súmulas Vinculantes. Ativismo Judicial. Necessidade de combater o conservadorismo do Poder Legislativo, escusos interesses econômicos ou simplesmente irresponsabilidade no exercício de sua função. Defesa de direitos das minorias, geralmente esquecidas e marginalizadas pelo poder eleito majoritariamente. Decisões emblemáticas do STF e TC. Judicialização de questões políticas e sociais. Mal necessário.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Direitos fundamentais. Ativismo judicial. Estado democrático de direito.

Abstract

The Constitution has supremacy over the laws or normative acts of a legal system. Constitutionality control is the appropriate instrument to ensure that such supremacy is properly enforced in the Democratic Rule of Law. Any law or normative act must be submitted, formal or material to the Constitution, under penalty of patent unconstitutionality. The diffuse control of constitutionality is exercised by any judge or court, incidentally, in analysis of the specific case. Concentrated control, as its name suggests, focuses on a specific judicial body. Erga omnes effectiveness. Controversy over the hegemony of separation of powers. Possibility of injury. Weight and counterweight system. The Powers are autonomous and independent, but there must be reciprocal control mechanisms between them in order to curb any abuse. Constitutionality Block - constitutional norms to which normative acts are submitted. Repristination – possibility, not automatic, as a rule. Modulation of the effects of such decisions on the grounds of legal certainty, fairness or the public interest of outstanding importance. Concentrated control of constitutionality

by omission - the constitutional text brings fundamental rights that must be regulated by infraconstitutional rules in order to be effective - combating legislative inertia. Binding Precedents. Judicial activism. Need to combat legislative conservatism, covert economic interests or simply irresponsibility in the exercise of their function. Defense of minority rights, often forgotten and marginalized by the majority elected power. STF and TC emblematic decisions. Judicialization of political and social issues. Necessary evil.

Keywords: *Constitutionality Control. Fundamental rights. Judicial activism. Democratic state.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discorrer sobre o papel dos Tribunais Superiores nos aparatos jurídicos brasileiro e português, bem como sobre a importância de suas decisões, mais especificamente no que tange ao controle de constitucionalidade das normas.

Será realizada uma análise crítica quanto às decisões pragmáticas do referido tribunal, a fim de observar sua legitimidade e suas consequências, não apenas jurídicas, mas também políticas que acabam por acarretar.

É notório que, nos últimos anos, a Constituição passou a ter um papel de enorme destaque no ordenamento jurídico dos países ocidentais. Em decorrência disso, as cortes constitucionais adquiriram um poder extremamente relevante de rever atos dos demais poderes da República, muitas vezes, afastando-os por patente inconstitucionalidade.

Assim, muitos se insurgiram, alegando que tais cortes usurpariam a função típica do Poder Legislativo e funcionando como verdadeiros legisladores negativos e, às vezes, até positivo.

A ideia central desse estudo é exatamente dissecar tal situação hoje corrente e analisar de forma imparcial a constitucionalidade e os motivos e circunstâncias que nos trouxeram à atual ordem jurídica, legislativa e executiva.

Para melhor entendimento do tema central, discorreremos sobre inúmeros pontos que lhe são correlatos e imprescindíveis ao seu entendimento. Faremos um breve apanhado sobre a evolução histórica do controle de constitucionalidade e, claro, da progressão da supremacia da Constituição, em Portugal, no Brasil e no mundo de uma forma geral.

Depois, definiremos alguns institutos indispensáveis, como os controles de constitucionalidade difuso e concentrado, o Tribunal Constitucional português e o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Detalharemos algumas decisões históricas das referidas cortes constitucionais que, verdadeiramente, alteraram as estruturas jurídicas e políticas de ambos países.

Nesse ponto, serão vistos assuntos das mais variadas montas, que nos ajudarão a entender melhor a ordem jurídica estabelecida e as consequências que o “superpoder” (expressão utilizada por alguns autores) atribuído às cortes constitucionais tem gerado em suas nações.

Após essa breve introdução ao tema, é hora de adentrar com afinco em nosso objeto de estudo. Portanto, mãos à obra!

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Evolução histórica

Iniciaremos o presente estudo com uma breve visão sobre a evolução histórica do direito constitucional, mais especificamente quanto ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos exercido pelo Poder Judiciário, não apenas em Portugal e no Brasil, mas num contexto mundial, visto ser um aprendizado de suma importância para que possamos compreender com mais clareza nosso objeto de estudo.

Nos Estados Unidos da América, desde sua formação, a Constituição tem um papel prevalente dentro de seu ordenamento jurídico. Não se admitindo, assim, que nenhuma lei ou qualquer outro ato normativo a ela seja contrário.

Apesar de notícias de precedentes anteriores, o caso que

marcou o controle judicial de constitucionalidade no mundo fora *Marbury x Madison*, no qual o juiz americano John Marshall, em 1803, declarou como inconstitucional uma lei federal por considerá-la contrária aos preceitos da Constituição Americana de 1787.

Segundo Marshall:

A todas as luzes, é da competência do poder judiciário determinar qual é a lei. Aqueles que aplicam a norma a casos particulares devem necessariamente expô-la e interpretá-la. Se duas leis conflitarem, às cortes cabe decidir da aplicação de cada uma delas. Se, por consequência, os tribunais devem examinar a Constituição e se a Constituição se sobrepõe a qualquer lei ordinária, a Constituição, e não a lei ordinária, há de prevalecer com relação à hipótese que ambas disciplinam.¹ (grifo nosso)

Por isso preleciona o eminente jurista Dircêo Torrecillas Ramos:

Embora haja antecedentes históricos sobre a supremacia da Constituição em relação às leis ordinárias, coube aos Estados Unidos elaborar um sistema de controle de validade das leis, confiado aos tribunais e com caráter judicial. A verdade é que a definição do princípio, com repercussão internacional, ocorreu em 1803, no caso ‘Marbury v. Madison’, quando o presidente da Suprema Corte, o juiz Marshall, demonstrou corresponder à judicatura decidir sobre a constitucionalidade das leis e atos do legislativo ou do executivo.²

Em Portugal, no entanto, tal controle judicial (por ora, apenas o difuso) só veio a ser tipificado na Constituição de 1911, em seu art. 63º. No Brasil, tal fato ocorreu formalmente com a Constituição de 1891.

Apesar da demora na regulamentação, muitos doutrinadores e juristas já vinham aplicando tal entendimento,

¹ MARSHALL, apud DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law*, p. 25.

² RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Controle de constitucionalidade por via de ação*, p. 52-53.

afastando normas notadamente inconstitucionais.

A Constituição de 1933 basicamente manteve o regramento de sua antecessora. Mas a Revisão Constitucional de 1971 acabou por instituir o sistema misto de controle judicial, coexistindo, assim, o difuso e o concentrado, que veremos com mais detalhes no decorrer do trabalho.

Com a entrada em vigor da atual Constituição Portuguesa de 1976, algumas novidades foram incorporadas, conforme preleciona Gomes Canotilho, quais sejam: a) a criação da fiscalização preventiva abstrata de atos legislativos ou equiparados e a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão; e b) a criação da Comissão Constitucional como órgão de controle, de composição e funções híbridas (órgão consultivo do Conselho da Revolução e instância de recursos para apreciação das questões de inconstitucionalidade suscitadas perante os tribunais).³

O Tribunal Constitucional, com a nomenclatura que hoje conhecemos, apenas foi criado a partir da Revisão Constitucional de 1982. No entanto, sobre ele vamos falar em um tópico específico, devido à sua relevância no presente estudo.

A Constituição, em verdade, ganhou extrema relevância na Europa a partir do fim da 2ª Guerra Mundial, quando barbaridades de conhecimento público ocorreram sob a égide da legalidade.

Luís Roberto Barroso brilhantemente define a situação vivida à época:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como concepção da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao judiciário. Inúmeros países europeus passaram a adotar um modelo

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 915.

próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.⁴

Da análise de tal trecho, fica claro o longo e tortuoso processo que a Constituição passou até se sobrepor à lei e conseqüentemente ao Parlamento.

No Brasil, apesar da aplicação do controle judicial de constitucionalidade, a Carta Magna apenas adquiriu essa supremacia com a Constituição de 1988, com o início da redemocratização, após anos de sistema ditatorial. Modelo, inclusive, muito semelhante ao português.

Nesse tópico, fizemos um apanhado da evolução do controle judicial de constitucionalidade. Munidos dessas informações, vamos efetivamente a ele.

1.2 Conceito

O controle de constitucionalidade é, em linhas gerais, um instituto que permite ao Poder Judiciário averiguar a constitucionalidade da lei e demais atos normativos quando impostos, incidental ou abstratamente, a seu crivo.

Jorge Miranda assim aduz:

Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base.

Assim declaradas, são conceitos que parecem surgir por dedução imediata. De modo pré-sugerido, resultam de um confronto de uma norma ou de um acto com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento recebe em face de cada norma constitucional.

Não se trata de relação de mero carácter lógico ou

⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 12 abr. 2017. p. 06.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II. Constituição e inconstitucionalidade*, p. 310-311.

intelectivo. É essencialmente uma relação de caráter normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, ou a desarmonia entre estes e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica.⁵

Assim, resta claro a submissão de toda e qualquer norma jurídica ao conteúdo formal e material previsto na Constituição. Devendo aquelas que a desrespeitem serem afastadas do ordenamento por latente inconstitucionalidade.

Dessa forma, nada mais é que uma adequação da norma infraconstitucional à Constituição, baseada sempre na supremacia que esta exerce em relação àquelas.

Vamos terminar o presente tópico com a excelente definição de Clever Vasconcelos:

Controle de constitucionalidade consiste em um conjunto de mecanismos destinados a verificar a compatibilidade entre uma lei e qualquer ato normativo e a Constituição, que está hierarquicamente acima de todas as normas do ordenamento e deve ser sempre observada. A sua violação pode ocorrer por ação ou omissão.⁶

Inclusive, Brasil e Portugal têm uma das poucas constituições que trazem expressamente o controle concentrado de constitucionalidade por omissão em seu bojo.

1.3 Controle difuso de constitucionalidade

O controle difuso de constitucionalidade tem sua origem, como já visto, no caso *Marbury x Madison*, precedente ocorrido nos Estados Unidos da América em 1803.

Desde então, os demais países do Ocidente passaram a adotá-lo em menor ou maior escala, com o decorrer dos anos, décadas ou até séculos. Em Portugal, teve sua primeira guarida na Constituição de 1911; e no Brasil, em sua Carta Magna de 1891.

⁶ VASCONCELOS, Clever. Direito constitucional, p. 15.

Tal controle consiste na apreciação por qualquer membro do Poder Judiciário em relação à (in) constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

É também conhecido como controle concreto, incidental ou por via de exceção, uma vez que o juiz ou tribunal aprecia a constitucionalidade do referido ato incidentalmente quando analisa um caso concreto que lhe fora submetido e acaba por tornar-se uma questão imprescindível ao julgamento da lide.

Segundo Gomes Canotilho:

Consagra-se o controlo difuso, concreto e incidental dos actos normativos, na senda da tradição republicana portuguesa. A competência para fiscalizar a constitucionalidade das normas continua a ser reconhecida a todos os tribunais – judiciais, administrativos e fiscais - (cfr. arts. 204.^o e 277.^o) que, quer por impugnação das partes, quer *ex officio* pelo juiz ou pelo ministério público, julgam e decidem a questão da inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido a decisão judicial.⁷

Conforme salienta o brilhante constitucionalista, o regime difuso é concretizado por qualquer membro do Poder Judiciário, que decidirá quanto à constitucionalidade das leis no caso específico, afastando ou não sua aplicabilidade.

Tal apreciação ocorre *ex officio* ou por provocação de qualquer das partes e do Ministério Público, ainda que atue na função de *custus legis*.

1.4 Controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade recebe tal alcunha porque sua jurisdição se concentra em um órgão específico do Poder Judiciário. Em Portugal, tal órgão é o Tribunal Constitucional (TC). No Brasil, essa competência é exercida pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O citado sistema teve origem na Áustria, em 1920, tendo em Hans Kelsen seu primeiro doutrinador.

Após, o modelo passou a ser adotado por países como

⁷ CANOTILHO, op. cit, p. 917.

Alemanha e Itália; por isso, conhecido como “modelo europeu”.

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, “a Corte Constitucional não se submete ao edifício jurisdicional, ela não integra e não tem qualquer liame estrutural com ele”.⁸

Assim, conclui:

A Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho jurisdicional ordinário e independente, como ocorre com outros modelos dos demais poderes públicos. É uma jurisdição especializada, com competência exclusiva e situada fora do aparelho judiciário comum.⁹

Assim percebemos que as Cortes Constitucionais representam um poder extremamente importante e de competência ímpar não apenas no contexto do Poder Judiciário, mas também de vital importância nos demais poderes, mais notadamente quando realiza o controle de constitucionalidade, com toda a carga política que isso representa.

O controle concentrado, como vimos, é realizado pelo Tribunal Constitucional e tal decisão tem obrigatoriedade “*erga omnes*”, ou seja, deve ser observada pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

O referido controle pode ser feito antes da norma entrar em vigor (controle preventivo) ou depois de plenamente válida (controle sucessivo ou repressivo). O que não se admite é a existência de uma norma jurídica que contrarie formal ou materialmente a Constituição.

1.4.1 Controle concentrado de constitucionalidade preventivo

O controle preventivo vem exaurido expressamente nos arts. 278º e 279º, da Constituição Portuguesa e, como já dito, ocorre quando a constitucionalidade da lei é apreciada antes mesmo de sua entrada em vigor.

⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p.28.

⁹ *Ibid.*, p.28.

Dessa forma, evita-se que a “provável lei” fulminada pela inconstitucionalidade venha existir no mundo jurídico.

Alguns doutrinadores portugueses mais apegados à chamada “supremacia do Parlamento” defendem que tal previsão proporciona um exacerbado poder ao Tribunal Constitucional, ferindo, assim, a separação de poderes.

No entanto, a maioria, acertadamente, entende que tal competência é plenamente justificável, uma vez que adota o sistema de freios e contrapesos.

Conforme tal sistema, os poderes são autônomos e independentes entre si. No entanto, deve haver mecanismos de controle recíprocos, a fim de evitar o abuso e principalmente o desrespeito às normas constitucionais.

Assim, os citados artigos nada mais representam que um controle do Poder Judiciário com participação do Poder Executivo em relação às normas que possam vir a ser editadas pelo Poder Legislativo.

E tal “interferência” é apenas uma concretização da necessidade de conformidade dos atos normativos ao conteúdo e forma previstos na Constituição. Essa, sim, realmente, suprema em qualquer Estado Democrático de Direito.

1.4.2 Controle concentrado de constitucionalidade sucessivo

O controle sucessivo é aquele exercido após a entrada em vigor do ato normativo. Ou seja, após a norma encontrar-se em plena vigência.

Apesar de plenamente válida, algumas normas padecem de inconstitucionalidade formal (quando não observam alguma das regras orgânicas exigidas em sua formação) ou material (quando contrariam o conteúdo, explícito ou implícito, de uma norma ou princípio constitucional).

Por tal desrespeito aos preceitos constitucionais, a norma jurídica deve ser afastada de forma geral e obrigatória pelo Tribunal Constitucional, após a verificação de um procedimento previsto na própria Constituição.

O referido tribunal pode apreciar e declarar a inconstitucionalidade de qualquer norma jurídica que afronte

a Constituição. Tendo como explicação a supremacia que essa exerce sobre todo o ordenamento jurídico.

O item 3, do art. 281º, traz um ponto interessante, que é a possibilidade do tribunal declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo independente de provocação de qualquer dos legitimados, desde que tal norma tenha sido julgada inconstitucional em, pelo menos, três casos concretos.

Essa previsão não é encontrada no direito brasileiro. No entanto, a Constituição Federal de 1988 permite ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo de ofício, o que alarga sobremaneira a possibilidade de tal análise.

Assim vimos que todas normas jurídicas se submetem à Constituição. Mas temos que analisar quais são os parâmetros constitucionais que baseiam tal controle. Ou seja, a que normas constitucionais os atos normativos são submetidos. Esse conjunto de normas recebe o nome de “bloco de constitucionalidade”.

Segundo Gomes Canotilho:

Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3º/3). Significa isso que os actos legislativos e restante actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao **parâmetro constitucional**. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a *ordem constitucional global*, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.¹⁰(grifo e itálico originais)

¹⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 919.

Continua o autor:

Na perspectiva (1) o parâmetro da constitucionalidade (normas de referência, blocos de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo “espírito” ou pelos “valores” que informam a ordem constitucional global.¹¹

O brilhantismo peculiar do renomado constitucionalista português dispensa maiores comentários acerca do assunto.

No entanto, apenas por amor ao debate, devemos ressaltar que tal concepção é uma das mais tormentosas do direito, uma vez que não há um consenso entre os doutrinadores.

Pensamos que razão assiste à segunda corrente que entende que o parâmetro constitucional não se resume às normas escritas, uma vez que há inúmeros princípios constitucionais não escritos, que são tão ou mais importantes que os positivados.

Nesse ponto, ficamos com a definição de Miguel Josino Neto:

Obloco de constitucionalidade expande as disposições dotadas de valor constitucional, ampliando, pois, os direitos e as liberdades públicas, abrindo espaço para o crescimento e fortalecimento dos direitos fundamentais do homem. O bloco de constitucionalidade pode ser entendido como o conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores materialmente constitucionais fora do texto da Constituição formal.¹²(grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, em acórdão de relatoria do Ministro Celso Antônio Bandeira de Melo, afirmou que a Constituição representa muito mais que as normas e

¹¹ CANOTILHO, op. cit., p. 920.

¹² JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3619/o-bloco-de-constitucionalidade-como-fator-determinante-para-a-expansao-dos-direitos-fundamentais-da-pessoa-humana>. Acesso em: 13 abr. 2017.

princípios nela formalmente positivados. Ao contrário, deve ser representada por conceitos e princípios que a animam, afastando-se, assim, de um conceito minimalista.¹³

Superado tal ponto, vamos analisar o item 1, do art. 282º, da Constituição Portuguesa que traz o efeito da repristinação como consequência da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo pelo Tribunal Constitucional, em sede de controle abstrato.

Ou seja, após essa decisão, volta a ser plenamente válida a norma que foi revogada pela agora considerada inconstitucional.

Essa previsão também não encontra guarida no direito brasileiro, uma vez que esse ordenamento apenas admite a repristinação de forma expressa, e nunca automática.

Destacamos, ainda, que Portugal, assim como o Brasil, adotou a “modulação de efeitos”, uma vez que por motivos de segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito.

No Brasil, tal previsão vem elencada no art. 27, da Lei 9868/99. Vejamos:

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.¹⁴

Assim, observamos que os tribunais constitucionais de ambos países têm um imenso poder, pois além de afastar uma

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 595/ES*. Julgamento 18 fev. 2002. Relator: Min Celso de Mello. DJ, 26 fev. 2002, PP-00021RTJVOL-00200-02 PP-010019. Disponível em: <http://stf.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/14815695/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-595-es-stf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

¹⁴ Id. Lei nº. 9868, de 10 de nov. 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

norma instituída pelo parlamento, determina, também, em que moldes tal afastamento ocorrerá.

Apesar de, em um primeiro momento, parecer que a modulação de efeitos seja um superpoder do Judiciário, com tal fato não podemos concordar, pois é uma consequência lógica e necessária do próprio instituto do controle de constitucionalidade.

Sem tal possibilidade, poderíamos presenciar situações esdrúxulas, em que direitos adquiridos e fatos consumados poderiam ser extintos por um fato não imputável ao particular que tenha dele se beneficiado, mas sim ao Poder Público que editou uma lei inconstitucional.

Conforme preleciona o jurista Gilmar Mendes, tal modulação tem que ser realizada pelo Tribunal Constitucional, de forma proporcional e razoável. Vejamos:

O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica (...) manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.¹⁵

1.4.3 Controle concentrado de constitucionalidade por omissão

O controle de constitucionalidade por omissão foi previsto pela primeira vez em Portugal na sua Constituição de 1976. E tem um valor histórico extremamente relevante, pois serviu de modelo para implementação do sistema em vários outros países, entre eles o Brasil.

Esse controle, como o nome adianta, visa combater uma omissão. No entanto, não se preocupa com qualquer tipo de conduta omissiva, mas apenas com aquela decorrente do Poder

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 631.533*. Rel. Min. Gilmar Mendes, em decisão monocrática, DJ de 12 nov. 2008, p. 116.

Legislativo, ao exercer sua função precípua de legislar.

Como já salientado nesse trabalho, o texto constitucional traz inúmeros direitos fundamentais, que necessitam ser regulamentados por normas infraconstitucionais, para que produzam real eficácia (normas constitucionais de eficácia limitada).

Dessa forma, o constituinte, atento à possibilidade de não regulamentação de tais direitos pelo poder competente, criou o controle de constitucionalidade por omissão, em que o Tribunal Constitucional tem a função de analisar a possível inércia legislativa.

Em Portugal, apesar da importância histórica mencionada, esse tipo de controle não vem trazendo muita importância prática. Tal fato se deve, principalmente, aos reduzidos efeitos jurídicos que ele provoca.

Em verdade, o Tribunal Constitucional apenas transmite uma mensagem declaratória ao Poder Legislativo, dando-lhe conhecimento de sua omissão legislativa quanto à regulamentação de um direito constitucionalmente assegurado. Não impondo nenhum prazo nem aplicando qualquer sanção.

No Brasil, o referido controle é um pouco mais abrangente, pois não se limita apenas à omissão legislativa, mas também à administrativa, fixando prazos para sua feitura. O Supremo Tribunal Federal, em não raros casos, deu eficácia a tais direitos ainda que não regulamentados por lei.

Devido aos mesmos motivos já mencionados, o controle omissivo também é alvo de críticas quanto aos limites da separação de poderes. No entanto, entendemos que não há violação, pois o instituto é apenas uma das formas de assegurar o exercício de direitos fundamentais pelos cidadãos que, inclusive, constitui cláusula pétrea na maioria das constituições democráticas.

Assim, entendemos que o Brasil e, principalmente, Portugal têm que aperfeiçoar o controle omissivo, para torná-lo, finalmente, um importante aliado na garantia de direitos.

2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL

O Tribunal Constitucional português, objeto do presente trabalho, foi criado em 1982. No entanto, alguns embriões já tomavam forma anos antes.

A revisão de 1971 alterou a Constituição Portuguesa de 1933 e agregou o controle concentrado ao sistema de controle de constitucionalidade português.

Assim, a Lei 3/74 atribuiu ao Conselho de Estado a competência para declarar a inconstitucionalidade, com caráter geral e obrigatório, de qualquer norma.

No entanto, a Lei 5/75 logo criou o Conselho da Revolução e lhe transferiu tal competência.

Com o advento da Constituição de 1976, a referida competência passou para a Comissão Constitucional, que se tornou o órgão a exercer o citado controle.

Apenas com a revisão de 1982, finalmente, foi criado o Tribunal Constitucional, que passou a exercer o controle concentrado de constitucionalidade em Portugal. E, assim, segue até os dias atuais.

Como tribunal, o Tribunal Constitucional compartilha as características próprias de todos os tribunais: é um órgão de soberania (artigo 202º da Constituição); é independente e autónomo, não está dependente nem funciona junto de qualquer órgão; os seus juízes são independentes e inamovíveis; as suas decisões impõem-se a qualquer outra autoridade. Mas, diferentemente dos demais tribunais, o Tribunal Constitucional tem a sua composição e competência definidas directamente na Constituição; os seus juízes são maioritariamente eleitos pela Assembleia da República; dispõe de autonomia administrativa e financeira e de orçamento próprio, inscrito separadamente entre os “encargos gerais do Estado”; e define, ele próprio, as questões relativas à delimitação da sua competência.¹⁶

¹⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional Portugal. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-orgaoconst.html>. Acesso em: 16 abr. 2017.

Tal definição expõe com maestria as especificidades do tribunal. Tendo poderes superiores aos demais, até pela importância da competência que lhe fora atribuída.

O Tribunal Constitucional não está submetido hierarquicamente a qualquer outro órgão, tendo uma posição de extremo destaque na pirâmide judiciária. Em verdade, não a integrando efetivamente.

O presente órgão exerce a função de natureza jurídico-constitucional e é composto por 13 (treze) magistrados, que decidem as questões mais importantes ao rumo do País.

Uma diferença bastante marcante em relação ao Supremo Tribunal Federal (órgão correspondente no Brasil) é que no Tribunal Constitucional seus membros são escolhidos para um mandato com prazo determinado de 09 (nove) anos, enquanto naquele, seus representantes detêm mandatos vitalícios.

Essa característica traz consequências práticas de extrema relevância, uma vez que essa rotatividade pode trazer mudanças de paradigmas e entendimentos, conforme se altera a composição subjetiva do Tribunal. É claro que, ao mesmo tempo, isso pode acarretar certa insegurança jurídica, mas também impedir o engessamento de entendimentos dos membros.

A composição do órgão obedece a alguns critérios estabelecidos, tais como: a) 10 (dez) juízes escolhidos pelos Parlamento; e b) 03 (três) juízes cooptados por estes. Além disso, alguns desses membros têm que ser originários de outros tribunais, ou seja, juízes de carreira.

A Constituição Federal brasileira apenas exige que o indicado tenha reputação ilibada e notável saber jurídico, o que é aferido pelo Senado Federal, após indicação do Presidente da República.

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL

No Brasil, como já visto, o controle concentrado de constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

O referido tribunal foi criado em 1828, com a denominação

de Superior Tribunal de Justiça, sob forte inspiração do modelo da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

A partir da Constituição Provisória de 1890, passou-se a utilizar a atual nomenclatura.

Ao Supremo Tribunal compete principalmente a guarda da Constituição brasileira, e, por isso, exerce exclusivamente o controle concentrado de constitucionalidade. Expedindo, nessa seara, decisões de extrema vanguarda e suprimindo a inércia e retrocesso típicos do legislativo brasileiro. No entanto, sobre tais assuntos discorreremos oportunamente.

Conforme o parágrafo 2º, do art. 102, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.¹⁷

Assim, tal decisão do Supremo abarca, na prática, os órgãos públicos a que se dirigem a lei ou ato normativo e, por isso, tem o chamado efeito “*erga omnes*”.

Além disso:

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/1988).¹⁸

A promulgação de tais súmulas vinculantes traz um poder e importância ainda maior ao referido órgão que, para alguns, representa mais um ultraje à soberania do Poder Legislativo.

Mas para a maioria é apenas um mecanismo constitucional

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2017.

¹⁸ Id. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante e repercussão geral são destaques em dez anos da Reforma do Judiciário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. Acesso em: 16 abr. 2017.

para desafogar o Poder Judiciário do País, que tem uma demanda descomunal, e trazer mais segurança jurídica aos jurisdicionados.

4 PAPEL E LIMITES DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como exaustivamente explicitado nesse trabalho, o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário é, hoje, um importante mecanismo de interpretação e atuação judicial que acarreta inúmeras consequências, não apenas no campo jurídico, mas também no político.

O sistema concentrado, devido às importantes consequências que acarreta, vem, nos últimos tempos, trazendo inúmeras indagações por partes de juristas e da sociedade em geral quanto ao limite de sua atuação.

Muitos questionam a legitimidade de algumas decisões e se os tribunais/cortes superiores não exorbitariam os limites de sua competência e atuando como verdadeiros legisladores negativos, afastando leis instituídas pelo Poder Legislativo, eleito majoritariamente pela população.

Na verdade, algumas decisões parecem ultrapassar essa esfera e transformar os Tribunais Constitucionais em verdadeiros legisladores positivos, formalizando e concedendo direitos que não chegaram a ser apreciados pelo Parlamento ou foram por esse rechaçados.

No decorrer deste capítulo, vamos mostrar trechos e analisar alguns casos concretos, ocorridos em Portugal e no Brasil (por amor ao direito comparado), que nos ajudarão a melhor entender a proporção e importância que tal ativismo judicial vem representando à sociedade. E observar, também, se tal atuação tem ou não uma guarida constitucional, quando vista sob o prisma dos próprios princípios constitucionais, formadores e autorizadores do Estado Democrático de Direito.

Faz-se extremamente necessária a detida compreensão de tais decisões, pois corresponde ao cerne do presente trabalho.

No entanto, tal celeuma é tão antiga quanto o próprio

instituto. No início da experiência constitucionalista americana, esses conflitos já começavam a ocorrer.

A Corte Americana definia os contornos dos direitos sociais no país, conforme era dominada por republicanos ou democratas. E a cada decisão liberal ou conservadora, vozes insurgentes ou simpatizantes surgiam de ambos os lados.

Sobre esse assunto, não podemos deixar de citar o constitucionalista e membro do Superior Tribunal Federal Luís Roberto Barroso que, com maestria, sobre ele discorre. Vejamos:

A atuação pró-ativa da Suprema Corte, no início da experiência constitucional americana, foi uma bandeira do pensamento conservador. Não há surpresa nisso: ali se encontrou apoio para a política da segregação racial e para a invalidação de leis sociais em geral, cominando no confronto entre o presidente Roosevelt e a Corte. A situação se reverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, nas presidências Warren e Burger, produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, incluindo negros, presos e mulheres, bem como questões relativas à privacidade e aborto.¹⁹

Assim, percebemos que o problema discutido no presente trabalho não é exclusivo dos tempos atuais.

A Europa e demais países ocidentais, à medida que presenciaram o aumento do poder decisório de seus tribunais constitucionais, passaram a questionar a legitimidade de tais decisões.

Portugal e Brasil tiveram várias experiências nos últimos anos, em que o Poder Judiciário supriu algumas lacunas deixadas pelo Poder Legislativo no que tange a direitos de seus cidadãos. Tais lacunas decorrem de um conservadorismo que acometem tais casas, de escusos interesses econômicos ou simplesmente de incompetência e irresponsabilidade no exercício da função.

Aqui não podemos deixar de analisar alguns casos emblemáticos que exemplificam de forma magnífica esse ativismo judicial tão presente e alvo de muitas críticas, mas

¹⁹ BARROSO, op. cit., p. 36-37.

também de vários elogios, uma vez que tais decisões representam, em sua maioria, um grande avanço, principalmente no que tange ao reconhecimento de direitos de minorias esquecidas e marginalizadas pelo poder eleito majoritariamente.

Vamos iniciar analisando um acórdão do Tribunal Constitucional português que reitera a não obrigatoriedade do ensino e moral católica na rede pública, independente de justificação nesse sentido.

Atento este precedente, entende o Tribunal que a questão a que urge dar resposta é, no essencial, a de saber se a parte final do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, comporta uma violação da liberdade religiosa, expressamente consagrada no artigo 41.º, n.º 1, da Constituição.

Como já se referiu, a liberdade religiosa é um direito, liberdade e garantia, que vincula todas as entidades públicas e privadas e que goza de aplicabilidade direta, valendo sem lei e contra a lei (cfr. artigo 18.º, n.º 1, da Constituição). **Estamos, portanto, perante um direito que, em certas dimensões, apresenta um conteúdo e um sentido determináveis no plano constitucional, impondo às entidades a ele vinculadas proibições e injunções plenamente concretizáveis sem necessidade de intervenção legislativa** (J. C. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5.ª ed., Almedina, 2012, p. 193 e ss.). **De facto, enquanto liberdade negativa, a liberdade religiosa consiste fundamentalmente numa liberdade de «não-fazer»: ninguém é obrigado a ter ou a professar uma religião, e, consequentemente, ninguém é obrigado a usufruir de ensino religioso. O gozo destas liberdades faz-se, precisamente, «não agindo», o que significa que, nesta dimensão, a liberdade religiosa é tendencialmente avessa a qualquer tipo de intervenção normativa.** Ao modelar o acesso ao ensino religioso na escola pública através da exigência de uma declaração negativa, o legislador regional introduz no ordenamento jurídico o direito de recusar o ensino religioso, porquanto, ao nada ser dito, tal ensino converte-se numa disciplina de frequência obrigatória. Ou seja, passa a reclamar-se do indivíduo um comportamento positivo para que possa continuar a fruir

de uma liberdade negativa, algo que constitui, per se, uma violação do preceito constitucional que proscree qualquer atuação estadual de orientação ou interferência naquele reduto individual de «não-exercício» em que se traduz a liberdade religiosa.

Por outro lado é também afetada a não confessionalidade do ensino público (cfr. artigo 43.º, n.º 3, da Constituição), à qual, mesmo não sendo de reconhecer uma dimensão subjetiva, há que estender, enquanto garantia institucional inerente à liberdade religiosa, o regime específico dos direitos, liberdades e garantias (cfr., neste sentido, J. C. Vieira de Andrade, ob. cit., p. 185 e 186).

Conclui-se, portanto, que o artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, viola diretamente os artigos 41.º, n.º 1, e 43.º, n.º 3 da Constituição, estando, destarte, ferido de inconstitucionalidade material.

III. Decisão

11. Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma contida na parte final do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto, por violação dos artigos 165.º, n.º 1, alínea b), 227.º, n.º 1, alínea a), 41.º, n.º 1 e 43.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.

Lisboa, 28 de agosto de 2014. - José Cunha Barbosa - Carlos Fernandes Cadilha - Catarina Sarmiento e Castro - Pedro Machete - Ana Guerra Martins - Maria Lúcia Amaral - Joaquim de Sousa Ribeiro.²⁰(grifo nosso)

Observamos que tal decisão do tribunal, além de reforçar a não obrigatoriedade da criança ou adolescente em frequentar as aulas de ensino religioso, ainda extingue a imposição legal de oferecimento da referida matéria.

Essa decisão, apesar de opiniões contrárias, não afeta a soberania parlamentar portuguesa, porque ela não está acima da Constituição. E tal determinação legal, claramente, lhe era contrária, visto que a liberdade religiosa pressupõe, não

²⁰ PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/2014/ensino liberdade constituição religiosa*. Disponível em: <http://www.leideportugal.com/primeira-serie/ensino-liberdade-constituicao-religiosa-306347>. Acesso em: 20 abr. 2017.

apenas uma liberdade positiva, mas também negativa, dando ao cidadão o direito de professar livremente sua fé e, também, de não processar fé alguma, sem ter que expedir qualquer tipo de justificativa nesse sentido.

Segundo Jónatas Eduardo Mendes Machado, a liberdade religiosa importa em uma dimensão negativa, que consiste numa abstenção do Estado e de terceiros. Nenhuma entidade pública ou privada, nenhum particular pode coagir um indivíduo a ter ou não ter religião, a praticar ou não praticar cultos, e assim por diante.²¹

Outros acórdãos emblemáticos do Tribunal Constitucional português foram os que permitiam a interrupção da gravidez desde 1984. Apesar de a legislação portuguesa ter descriminalizado a prática em 2007, com a Lei nº 16/2007, tais decisões foram muito importantes e causaram inúmeras discussões, quanto a sua legitimidade, entre juristas, à época.

Jorge Miranda e José de Melo Alexandrino assim disseram:

“Todavia, essa protecção da vida humana em gestação não terá que assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido – em cada pessoa. Aliás, existe uma bem radicada e inegável tradição jurídica tendente a tratar diferenciadamente os já nascidos e os nascituros, que se revela, desde logo, na negação da personalidade jurídica a estes últimos (basta recordar o modo sugestivo como se refere à aquisição da personalidade jurídica o artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil) e se manifesta, no âmbito do direito penal, exactamente com a incontestada punição diferenciada do aborto relativamente ao homicídio, designadamente no que se refere à distinta medida legal da pena e à não punição do aborto por negligência e, actualmente, entre nós, com a autonomização sistemática

²¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, p. 221.

dos crimes contra a vida intra-uterina.²²

Agora falaremos um pouco sobre decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro que revolucionaram os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sem, no entanto, ter sido objeto de nenhuma apreciação legislativa.

Com certeza, uma das decisões mais emblemáticas do referido tribunal fora aquela que permitiu o casamento homoafetivo no Brasil, em 05/05/2011. Tornando o país um dos primeiros da América Latina a reconhecer tal união.

A questão do casamento homoafetivo no país, assim como em muitos outros de tradição religiosa, sempre foi uma celeuma infundável, que trazia muitos transtornos a pessoas que de fato viviam uma situação e não tinham o reconhecimento jurídico para os fins necessários.

O Supremo, em julgamento histórico, pôs fim a tal imbróglio, sob os seguintes fundamentos:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO.
2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS

²² MIRANDA, Jorge; ALEXANDRINO, José de Melo. *As grandes decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Alexandrino-Jose-de-Melo-Grandes-decisoes-dos-Tribunais-Constitucionais-Europeus.pdf>. p. 25. Acesso em: 20 abr. 2017.

FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. (...)

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. 23

Assim, o tribunal desfez uma injustiça histórica, afastando a interferência do Estado na condição ou opção sexual das pessoas.

Claro que vozes conservadoras se insurgiram contra tal decisão e alegaram que o Supremo legislaria indiretamente.

Não obstante tal argumento, foi realizada uma interpretação constitucional conforme, de acordo com inúmeros princípios e direitos fundamentais, como o da igualdade, da proibição de discriminação e, principalmente, da dignidade da pessoa humana em todas as suas formas.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça brasileiro,

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante e repercussão geral são destaques em dez anos da Reforma do Judiciário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CASAMENTO+GAY%29&base=baseA-cordaos&url=http://tinyurl.com/m4kxlv>. Acesso em: 22 abr. 2017.

determinou que cartórios de todo o Brasil não poderão recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva, como estabelece a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).²⁴

Por fim, falaremos sobre outra decisão do citado tribunal, que causou muitos protestos, principalmente, por parte dos religiosos mais fervorosos.

Em 13/04/2012, o Supremo descriminalizou o aborto de fetos anencéfalos, ou seja, daquele feto que apresenta malformação do sistema nervoso. Sendo, em verdade, um morto cerebral após o nascimento.

E o fez com bases nos seguintes argumentos:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ
– MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA
– SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO –
DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA.
Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.²⁵

Dessa forma, o Supremo, com tal decisão, supriu a lacuna

²⁴ BRASIL. *Resolução sobre casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaque&idConteudo=238515>. Acesso em: 22 abr. 2017.

²⁵ Id. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 22 abr. 2017.

legislativa e deu dignidade às mulheres que tinham que passar meses em uma sofrida gestação, para ao final dar à luz a um ser que já nascia sem vida, pelo menos, tecnicamente, uma vez que o direito brasileiro adota o critério da morte cerebral.

Claro que a questão da interrupção da gravidez passa por contornos mais complexos e ainda temos muito que progredir quanto ao tema. Mas, sem dúvidas, essa decisão representa um grande avanço nesse tortuoso caminho.

Após a análise de algumas decisões históricas dos tribunais superiores, observamos que elas representam, ainda que de forma indireta, uma solução em relação à inércia do Parlamento. E isso acaba por transpassar um liame extremamente tênue entre a competência de tais tribunais e a competência do Poder Legislativo.

Segundo Barroso, com o fim do regime ditatorial em alguns países e a conseqüente recuperação das liberdades democráticas e das garantias aos magistrados, o Poder Judiciário deixou de ser exclusivamente técnico, passando, também, a exercer uma atuação política, dividindo tal espaço com o Legislativo e o Executivo.²⁶

Assim, aduz o autor que hodiernamente temos uma significativa judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.²⁷

5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no decorrer do trabalho, as Constituições passaram a ter um valor supremo na maioria dos países ocidentais; nos Estados Unidos da América, desde sua fundação; em alguns países da Europa, a partir do fim da 2^ª Guerra Mundial; e nas demais nações, após se libertarem de regimes ditatoriais, que as assombraram por anos.

Com essa mudança de paradigma, foram criadas Cortes Constitucionais que passaram a ter um papel de destaque nas decisões jurídicas e políticas das respectivas nações. A tais

²⁶ BARROSO, op. cit., p. 34.

²⁷ Ibid., p. 34.

tribunais fora dada a função de analisar a compatibilidade formal e material das leis e demais atos normativos em relação aos preceitos explícitos e implícitos da Constituição.

Em caso de incompatibilidade, tal ato deve ser imediatamente afastado. Por esse motivo, muito se discutiu e ainda se discute, se esses tribunais usurpariam a função do Parlamento, pois afasta normas postas por esse e, não raras vezes, cria e garante direitos por ele não discutidos ou rejeitados anteriormente.

No entanto, apesar de certa plausibilidade de alguns argumentos, entendemos que razão não lhes assiste. Uma vez que o poder auferido a esses órgãos decorre exatamente da própria Constituição, que tem poder soberano em um Estado Democrático de Direito.

Também não há que se falar em desrespeito ao princípio da separação de poderes, uma vez que esse não atribuiu um poder absoluto a nenhum deles. Ao contrário, cada um deve, de forma independente e harmônica, realizar sua função típica e, simultaneamente, aferir a fiscalização dos demais, a fim de evitar os abusos tantas vezes característicos.

Tal sistema reconhecido e aceito internacionalmente, como vimos, recebe a denominação de “freios e contrapesos” e é indispensável a qualquer nação que se quer livre e democrática.

Além disso, não podemos concordar com o fato de um ato inconstitucional continuar irradiando efeitos na ordem jurídica e política. Isso seria uma triste regressão em relação à ordem jurídica atual que conquistamos a duras penas e após vários sofrimentos com erros do passado.

Vimos que tais tribunais acabam, com essas decisões, por garantir inúmeros direitos aos cidadãos, mais notadamente àquelas minorias constantemente esquecidas pelo Parlamento eleito majoritariamente.

Assim, por mais que, como demonstrado, seja bastante tênue a linha que separa a “nova” atribuição dessas cortes e a competência do Poder Legislativo em editar leis, não podemos concordar com o argumento de que os Tribunais passaram a ser legisladores negativos ou positivos, por todos os motivos expostos.

E, ainda, para aqueles que compartilham de entendimento contrário, é forçoso reconhecer que tal composição jurídica/política seria, no mínimo, um “mal necessário”, uma vez que a humanidade não pode mais correr o risco de passar por situações esdrúxulas como um regime nazista ou fascista, que encontraram toda sua legitimidade na então supremacia da lei posta pelo Parlamento.

Dessa forma, nos despedimos e esperamos que tenham uma agradável, reflexiva e produtiva leitura.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.direito.doestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 12 abr. 2017. p. 06.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2017

_____. Lei nº. 9868, de 10 de nov. 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. *Resolução sobre casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=238515>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. *Súmula Vinculante e repercussão geral são destaques em dez anos da Reforma do Judiciário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CA->

SAMENTO +GAY%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m4kxlv. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. ADI 595/ES. Julgamento 18 fev. 2002. Relator: Min Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 26 fev. 2002, PP-00021RTJVOL-00200-02 PP-010019. Disponível em: <http://stf.jus.br/jurisprudencia/14815695/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-595-es-stf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Agravo de Instrumento nº 631.533. Rel. Min. Gilmar Mendes, em decisão monocrática. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Gável Golf and Country Club. Data do julgamento: 30 set. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 192, 28 nov. 2008, p. 116.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 18 reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2016.5.

JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3619/o-bloco-de-constitucionalidade-como-fator-determinante-para-a-expansao-dos-direitos-fundamentais-da-pessoa-humana>. Acesso em: 13 abr. 2017.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra, 1996.

MARSHALL, apud DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. Constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

_____; ALEXANDRINO, José de Melo. *As grandes decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Alexandrino-Jose-de-Melo-Grandes-decisoes-dos-Tribunais-Constitucionais-Europeus.pdf>. p. 25. Acesso em: 20 abr. 2017.

PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional nº 578/2014/ensino liberdade constituição religiosa*. Disponível em: <http://www.leideportugal.com/primeira-serie/ensino-liberdade-constituicao-religiosa-306347>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. *Constituição da República Portuguesa. Sétima Revisão Constitucional* (2005). Lisboa: Assembleia República. Divisão de Edições, 2015. ISBN 978-972-556-646-6.

_____. *Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional Portugal*.

Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-orgaoconst.html>. Acesso em: 16 abr. 2017.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Controle de constitucionalidade por via de ação*. São Paulo: Angelotti, 1994.

VASCONCELOS, Clever. *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção as 10 +, v. 1). ISBN 978-85-02.13671-7.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET FRENTE ÀS *FAKE NEWS*

Ana Carolina Cássio do Nascimento Lacerda

Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Amazonas – UFAM.
Estagiária do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Rafael da Silva Menezes

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.
Doutor em Direito (UFMG). Especialista em Direito Processual Civil (UFAM).
Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Sumário: Introdução. 1 As *fake news* como um fenômeno da desinformação. 2 A atuação do Marco Civil da Internet diante de notícias falsas. 2.1 A responsabilidade civil dos provedores de aplicação antes do Marco Civil da Internet. 2.2 A responsabilidade civil dos provedores de aplicação após o Marco Civil da Internet. 3 Conflitos entre direitos fundamentais. 3.1 Honra, imagem e privacidade. 3.2 Liberdade de expressão e acesso irrestrito à informação. 4 Propostas para contornar as *fake news*. Conclusão. Referências.

Resumo

Sendo a principal problemática enfrentada em razão de um mundo conectado, as *fake news* são o resultado da rápida propagação de informações possibilitada pela internet. Assim, por conta da modificação que notícias falsas podem causar nas relações interpessoais e jurídicas da população, a Lei n. 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, procurou estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Nesse contexto, o presente artigo analisa a responsabilização dos provedores de aplicações de internet, prevista no art. 19 do diploma legal mencionado, em relação à retirada de conteúdo falso, defendendo-se, em consonância com o dispositivo, que a análise da veracidade de uma publicação deva ser feita exclusivamente pelo Poder Judiciário, de modo a ponderar direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Palavras-chave: Fake news. Marco Civil da Internet. Responsabilidade civil. Provedor. Internet. Direitos fundamentais.

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF INTERNET APPLICATION PROVIDERS IN FACE OF FAKE NEWS

Abstract

Nowadays, the fake news are the biggest problem faced by a connected world. The spread of information is fast and, because of it, these false reports have been changing the personal and juridical relations. Therefore, the law n. 12.965/14, known as "The Civil Milestone of the Internet", talked about principles, guarantees, rights and obligations that regulate the use of internet in Brazil. In this context, this paper analyses the civil responsibility of internet application providers in face of fake news, provided in article 19 of that law, advocating that the analysis of the truth of online publication should be done by the judiciary, harmonizing fundamental rights.

Keywords: *Fake news. The civil milestone of the internet. Civil responsibility. Internet application providers. Fundamental rights.*

INTRODUÇÃO

Em um mundo cada vez mais conectado, a propagação de informações, ideias e posicionamentos se espalha quase instantaneamente e ultrapassa limites geográficos, alcançando um número indeterminado de pessoas (sobretudo, os usuários da rede mundial de computadores), sem filtro ou garantia de veracidade.

Juntamente às inúmeras boas novidades que a internet trouxe, surgiram problemas nunca antes discutidos no âmbito jurídico, entre eles a propagação das chamadas *fake news*, que estampam o maior desafio enfrentado por uma sociedade conectada: a desinformação.

Nesse contexto, a divulgação de notícias falsas,

incompletas, descontextualizadas, fraudulentas e ilegais transcende o universo virtual e produz efeitos catastróficos na vida real das vítimas, de modo que uma simples informação equivocada compartilhada *on-line* possui o poder de impactar a vida profissional de terceiros, romper seus relacionamentos afetivos e, até mesmo, influenciar processos eleitorais.

Diante desse contexto fático, indaga-se: cabe ao Direito regular e punir a mentira?¹

Ao considerar que o mundo digital alterou quase todos os aspectos da vida em sociedade, a desinformação passou a modificar as relações sociais e jurídicas, daí surgindo a necessidade de regulamentação legal.

Nesse cenário, direitos fundamentais constitucionalmente previstos se contrapõem, exigindo-se uma ponderação entre o livre acesso à informação e liberdade de expressão e a defesa da privacidade e da honra, de modo a buscar a melhor forma de regulamentar a disseminação de publicações falsas sem romper com os ideais democráticos de liberdade de expressão, tendo os provedores de aplicação de internet papel fundamental diante dessa problemática.

Tendo em vista que todos os tipos de relação já podem ser virtualmente estabelecidos, isolar-se do ambiente virtual nos dias atuais é viver como um eremita, já que a internet passou de mera comodidade à verdadeira necessidade, restando ao Direito atenuar os efeitos das *fake news* e propiciar um ambiente *on-line* mais benéfico aos usuários.

1 AS FAKE NEWS COMO UM FENÔMENO DA DESINFORMAÇÃO

Virtualmente conectadas, as relações interpessoais foram facilitadas por intermédio das redes sociais. Lojas e empresas passaram a ter como principal ferramenta de *marketing* as suas páginas virtuais. Jornais impressos vêm sendo substituídos por jornais eletrônicos. A praticidade dos *e-mails* fez com que

¹ RAIS, Diego. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 9.

o hábito de escrever cartas se tornasse obsoleto. Inúmeros são os exemplos os quais demonstram que, hoje em dia, a vida acontece, praticamente, *on-line*.

Nesse aspecto, basta um *click* para saber o que o outro comeu, para onde viajou, qual é a sua formação acadêmica e, até mesmo, a sua convicção política. Tais informações alcançam um número infinito de pessoas, independentemente de seu conteúdo, sendo esta, justamente, a desvantagem da propagação célere de notícias por meio da *internet*.

Junto com essas informações, chegam as “desinformações”, que caracterizam conteúdos fraudulentos, mentirosos, incompletos, ilegais e desonrosos.

Sendo a internet, atualmente, o principal meio de comunicação, as pessoas já não falam somente por si, mas servem de porta-vozes de todas as notícias e conteúdos a que têm acesso, transmitindo informações acerca de determinado fato a partir da própria perspectiva e interpretação, a qual não raro é distorcida.

Está caracterizada, assim, a era da pós-verdade², expressão utilizada para identificar o período em que vivemos, o qual é composto por pessoas que só julgam ser verdadeiro aquilo em que acreditam. Nesse cenário, diante de sua própria visão de mundo, aceita-se apenas a informação que confirma crenças pessoais, inexistindo espaço para debates acerca de pontos controversos.

Diante da necessidade de opinar e querer estar certo, independentemente de fundamentação ou provas em contrário, passou-se a acreditar mais facilmente em boatos e, conseqüentemente, a espalhá-los, de modo que a comunicação virtual tornou-se autocêntrica, conduzindo os usuários a

² O termo “pós-verdade” foi empregado pela primeira vez em 1992, em um artigo do dramaturgo Steve Tesich na revista “The Nation”, mas ganhou força mesmo em 2016, quando o departamento da Universidade Oxford, responsável pela publicação de dicionários, elegeu “pós-verdade” como a palavra do ano da língua inglesa. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/blog/luciano-trigo/post/2018/05/27/jornalista-britanico-reflete-sobre-a-era-da-pos-verdade.ghtml>. Acesso em: 13 ago. 2019.

radicalizações e extremismos.³

Uma pesquisa realizada por Diogo Rais e Gustavo Hennemann⁴ indicou que o principal fator de propagação das chamadas *fake news* é o econômico, uma vez que os propagadores das notícias falsas, com o intuito de chamar atenção e assim ter o seu conteúdo acessado, apostam em notícias falsas e sensacionalistas.

Importante destacar que o termo *fake news* não se limita à sua tradução literal (notícias falsas), afinal, não compete ao Poder Judiciário punir ou regular uma mentira.

Em verdade, o foco do direito é projetado para o dano decorrente dessa “mentira” e na responsabilização dos envolvidos pela publicação, sendo, portanto, melhor definido como uma mensagem que, apesar de ser propositalmente mentirosa, é revestida de artifícios que lhe conferem aparência de verdade⁵ e é capaz de gerar dano ou proporcionar alguma vantagem⁶.

A partir dessa problemática, uma solução é exigida do Estado, que passa a ter a difícil missão de censurar conteúdos compartilhados sem golpear a democracia, devendo mobilizar-se para inibir a propagação de *fake news* e fazer da internet um ambiente de conexão, de compartilhamento e de livre debate.⁷

2 A ATUAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET DIANTE DE NOTÍCIAS FALSAS

Com o intuito de dispor acerca de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores, o

³ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? *A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. p. 9. Disponível em: <http://sdls.com.br/uploads/files/2018/06/artigo-marco-civil-internet-1529497697.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁴ RAIS, Diogo; HENNEMANN, Gustavo. Fake news: do que se alimentam, como se reproduzem. Disponível em: <https://www.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/n/a/i/fake-news-do-que-se-alimentam-como-se-reproduzem/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁵ Id. O que é “fake news”. Disponível em: <https://www.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/n/a/i/o-que-e-fake-news/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁶ Id, op. cit., p. 107.

⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.77.

Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)⁸ foi editado, dispendo em seu art. 19 acerca da hipótese de responsabilização dos provedores de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

⁸ BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014.

O dispositivo supracitado encontra amparo no art. 220, *caput*, §1º e §2º da CRFB/88º, o qual veda a censura, seja ela de natureza política, ideológica ou artística. Ainda na Lei Maior, garantias referentes à liberdade de pensamento, comunicação e informação também são asseguradas, em especial nas disposições do art. 5º.

No entanto, a referida temática – responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet quanto à disponibilização de conteúdos - vem gerando inúmeros debates, existindo atualmente três temas submetidos à sistemática da Repercussão Geral perante o Supremo Tribunal Federal: os temas 533¹⁰ e 987¹¹ que analisam, respectivamente, a questão em período anterior e posterior à entrada em vigor do Marco Civil da Internet e o tema 786¹², que discute a possibilidade de aplicação do “direito ao esquecimento” em relação às postagens existentes na rede.

Destaca-se que o “direito ao esquecimento” não possui o mesmo reconhecimento dado pelo ordenamento jurídico europeu¹³, em que as Agências de Proteção de Dados, por exemplo, retiram da rede o conteúdo se entenderem que este não sirva mais aos fins para os quais fora coletado.

Nesse sentido, confira-se a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA

⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁰ Id. Supremo Tribunal Federal. Tema 533 – Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário. Relator: Min. Luiz Fux. Leading Case: *RE 1057258*.

¹¹ Id. Tema 987 – Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. Relator: Min. Dias Toffoli. Leading Case: *RE 1037396*.

¹² Id. Supremo Tribunal Federal. Tema 786 – Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. Relator: Min. Dias Toffoli. Leading Case: *RE 1010606*.

¹³ CASTELLANO, Pere Simón, The right to be forgotten under European Law: a Constitutional debate. *Lex Electronica*, v. 16, n. 1, Hiver/Winter, 2012.

DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. - Direito ao esquecimento como “o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”. Precedentes. - Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido. - Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. - Recurso especial provido. (AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe, 17 nov. 2016)

No voto da relatora, há menção à sobredita solução oferecida pelo Tribunal de Justiça Europeu, *in verbis*:

À falta de precedente específico das cortes superiores, pede-se vênia para mencionar um importante julgado do Tribunal de Justiça Europeu, em controvérsia semelhante a que se está a examinar.

Em 05/03/2010, M. Costeja González, cidadão espanhol, apresentou na Autoridade Espanhola de Proteção de Dados Pessoais – AEPD uma reclamação contra a La Vanguardia Ediciones SL, a Google Spain e a Google Inc. Alegava que, nos resultados das buscas feitas pelo Google com seu nome, obtinha menção a duas páginas do jornal da La Vanguardia de 1998, nas quais figurava um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de uma execução fiscal de dívidas junto à Segurança Social. Assim, pedia que: (i) La Vanguardia suprimisse ou alterasse referidas páginas; e (ii) Google suprimisse ou ocultasse os seus dados pessoais, para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa. A autoridade espanhola indeferiu o pedido relacionado à La Vanguardia, mas deferiu com relação à Google,

ordenando que essa empresa promovesse a exclusão solicitada.

A decisão foi submetida à Justiça espanhola e, como havia questionamento sobre o alcance de legislação da União Europeia, o processo foi remetido ao Tribunal de Justiça Europeu. Em 13/05/2014, com fundamento na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção de dados pessoais, mencionado Tribunal decidiu que: i) Um provedor de aplicação de buscas deve ser considerado responsável pelos dados pessoais, nos termos da legislação europeia; ii) A responsabilidade existe mesmo quando o servidor do provedor de aplicação de buscas se encontra fora do território europeu; iii) Preenchidos os requisitos legais, um provedor de aplicação de buscas é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as conexões a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita; iv) O indivíduo, ao exercer seu direito ao esquecimento, não pode causar prejuízo a outra pessoa. Em princípio, esse direito prevalece sobre o interesse econômico do buscador e sobre o interesse público em acessar a informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse caso se houver razões especiais (por exemplo, se o requerente houver desempenhado relevante papel na vida pública).

Apesar de indicar um importante precedente, não se pode olvidar que o Tribunal de Justiça Europeu parte de pressupostos legais muito distintos daqueles existentes no País. O mais importante, cumpre mencionar, é a ausência de uma lei geral que disponha sobre a proteção de dados pessoais dos cidadãos brasileiros.

Do julgado colacionado, é possível concluir que, no âmbito jurídico brasileiro, o “direito ao esquecimento” é reconhecido¹⁴, mas não cabe a empresas privadas a obrigação de promovê-lo.

¹⁴ A tese do “direito ao esquecimento” foi consolidada com a aprovação do Enunciado 531, na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor dispõe: ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Nesse contexto, observa-se que o art. 19, da Lei n. 12.965/14, privilegiou a liberdade de expressão e o acesso irrestrito à informação, já que estabelece que os provedores de aplicação de internet somente serão responsabilizados civilmente caso descumpram ordem judicial específica, que reconheça a ilicitude do conteúdo publicado.

No entanto, cumpre salientar que o Marco Civil da Internet não impede a atuação espontânea das empresas hospedeiras de sítios eletrônicos de removerem publicações que contrariem as suas políticas e termos de uso¹⁵.

Em verdade, o art. 19 do referido diploma legal não exige que a remoção de conteúdo deva ser feita somente por meio de ordem judicial específica, mas que, se esse for o caso, o provedor será responsabilizado civilmente se descumprir a determinação.

Apesar disso, operadores do direito continuam divergindo acerca da necessidade de notificação judicial para fins de responsabilidade civil dos provedores de aplicação, de modo que alguns acreditam que a Lei n. 12.965/14, nesse ponto, caracteriza verdadeiro retrocesso, ao passo que outros acreditam que houve, na verdade, um reforço dos ideais democráticos.

Tratando-se de *fake news*, a lei se articula no sentido de conferir exclusivamente ao Poder Judiciário o papel de averiguar se a publicação indicada como falsa é adequada para circular virtualmente e, de fato, adiantamos que este parece ser o melhor caminho a se trilhar, uma vez que conferir a entes privados o poder de determinar o que circulará na internet caracterizaria a censura que a Constituição da República procurou eliminar.

¹⁵ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo emanou decisão no sentido de reconhecer a autonomia do *Facebook* para remover as postagens que contrariem os seus termos de uso. Vide trecho do acórdão: "Pedido de autorização ao Facebook para remoção de conteúdos ofensivos. Agravante que afirma que o Facebook tem procedido à remoção dos conteúdos apontados como ofensivos, independentemente de pedido judicial. 'Declaração de Direitos e Responsabilidades' com a qual o usuário assente ao criar conta na rede social que estabelece que as postagens que violem direitos de terceiros serão removidas. Desnecessária a autorização para que o Facebook remova conteúdos ofensivos, uma vez que tal procedimento faz parte dos termos de uso da rede social. Agravo desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2195051-90.2015.8.26.0000; Relator (a): Rômulo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29 jun. 2016; Data de Registro: 29 jun. 2016).

2.1 A responsabilidade civil dos provedores de aplicação antes do Marco Civil da Internet

De um lado, vítimas de conteúdo inverídico divulgado procurando reparação. Do outro, sociedades empresárias que sustentavam a impossibilidade de responsabilização por conteúdo inserido por terceiros. Esse era o debate que aquecia os tribunais pátrios.

Diante desse contexto e da ausência de regulamentação específica, os Tribunais vinham apontando medidas a serem tomadas pelas empresas a fim de prevenirem danos, tal como a identificação do usuário que publicou o conteúdo fraudulento.

O entendimento firmado consistia em reconhecer que as sociedades empresárias que exploram algum dos modos de rede social deviam ser responsabilizadas pelos danos causados às vítimas de conteúdo, já que fiscalizar e retirar o conteúdo impróprio fazem parte de seus serviços. Nesse sentido, dispôs o Superior Tribunal de Justiça à época:

Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais comezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual¹⁶.

Tratava-se da teoria do *notice and takedown*¹⁷, inspirada no *digital millennium copyright act*, segundo a qual haveria imunidade dos provedores que atendessem prontamente à

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, Recurso Especial 1.117.633/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ, 26 mar. 2010.

¹⁷ O *Digital Millennium Copyright Act* regulamenta minuciosamente, em seu Título II (denominado ele próprio como *Online Copyright Infringement Liability Limitation*), o procedimento de notificação e contra-notificação, além de providências que devem ser seguidas pelos provedores para fazerem jus à limitação de responsabilidade. Ver especialmente a *section 202*, que traz substancial modificação ao §512 do Capítulo 5 do Título 17 do *United States Code*, compilação das normas federais de caráter geral e permanente.

notificação do ofendido para a retirada do material, configurando uma verdadeira obrigação de fazer por parte do provedor.

Exigia-se, portanto, uma postura mais proativa dos provedores, os quais, no momento da notificação, teriam que avaliar se o conteúdo postado pelo usuário era, de fato, inadequado, escolhendo a medida a ser adotada para retirá-lo do site.

No entanto, acompanhando o *notice and takedown*, surge o *chilling effect*¹⁸, sendo este o termo utilizado para denominar o abuso na retirada de conteúdo por parte dos provedores, os quais acabam por “resfriar” e limitar o exercício da liberdade de expressão.

Poesse motivo, passou-se a questionar: ao indisponibilizar conteúdo sem qualquer determinação judicial, não estariam as referidas empresas mascarando uma espécie de censura prévia?

A esse respeito, posicionou-se o Ministro Cezar Peluso:

[...] o exercício, por alguns juízos e Tribunais, do poder cautelar geral transformou-se em inadmissível instrumento de censura estatal, com grave comprometimento da liberdade de expressão, aí compreendida a liberdade de imprensa. Ou, em uma palavra: o poder cautelar geral é, hoje, o novo nome da censura! [...]¹⁹

Corroborando com o entendimento mencionado, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça dispôs que:

A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do

¹⁸ Ver www.chillingeffects.org, página oficial do Projeto Chilling Effects, iniciativa desenvolvida conjuntamente pela Electronic Frontier Foundation e prestigiosas universidades americanas (Harvard, Stanford, Berkeley etc.) com o declarado objetivo de esclarecer o público e evitar que a legislação dos Estados Unidos (especialmente, o sistema do *notice and takedown*) seja utilizada de modo abusivo para “esfriar” o exercício da liberdade de expressão na internet.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 9.428, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, Julgado 10 dez. 2009, *DJe*, 24 jun. 2010.

CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos²⁰.

Nesse diapasão, o Marco Civil da Internet foi elaborado para suprimir lacunas referentes à utilização da internet, além de procurar combater o sobredito *chilling effect*.

2.2 A responsabilidade civil dos provedores de aplicação após o Marco Civil da Internet

Realizando uma breve leitura da Lei n. 12.965/14, nota-se que a sua intenção principal consiste em afastar a interferência indesejada de terceiros, seja o Estado ou particulares, na livre difusão de conteúdos²¹.

Portanto, atualmente, se entende que, inexistindo uma ordem judicial específica para remover a publicação (sendo este o único meio de valorar adequadamente a existência de ilicitude da conduta do usuário e do conteúdo), não há que se falar em imputação de responsabilidade aos provedores de aplicação de *internet* se mantiverem circulando uma notícia considerada como *fake news*.

O provedor não pode, por si só, analisar o que seria o conteúdo ilícito a fim de restringir o acesso à informação, salvo nas hipóteses de nudez, pornografia infantil e cenas privadas de sexo (art. 21, da Lei n. 12.965/14), as quais a análise pode ser feita imediatamente²².

Ressalta-se que isso não induz à ausência de dedicação dos provedores em controlar as *fake news*, sendo inclusive uma atividade inerente à existência deles.

No entanto, há quem entenda²³ que condicionar a reparação dos danos provenientes de conteúdo compartilhado *on-line* à propositura de ação judicial é inconstitucional porque

²⁰ Id. REsp 1.308.830/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Julgado 09.05.2012, *DJe*, 19 jun. 2012

²¹ GIACCHETE, André Zonaro. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 28.

²² LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. *Revista do Advogado*, ano 32, n. 115, p. 99-113, abr. 2012. p. 100.

²³ SCHREIBER, op. cit., 27 p.

violaria o art. 5º, inciso X, da CF, o qual dispõe que o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação de intimidade, vida privada, honra e imagem deva ser plenamente assegurado, não cabendo ao Poder Judiciário obstaculizá-lo.

Via de consequência, muitos são os projetos de lei aguardando votação com o intuito de adequar e editar o art. 19 da Lei n. 12.965/14, modificando, assim, a necessidade de notificação judicial para fins de responsabilidade dos provedores de aplicações de internet²⁴.

3 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A problemática enfrentada para estabelecer os limites da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet consiste, principalmente, em harmonizar o controle de suas plataformas, sem que essa intervenção viole garantias mínimas do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, entram em conflito o direito à liberdade de expressão e acesso irrestrito à informação, como pedras angulares do regime democrático, com o direito à proteção da honra, imagem e privacidade, como forma de resguardo da dignidade da pessoa humana.

Em razão do afronte direto entre os mencionados direitos fundamentais, coube aos operadores do direito, norteados pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ponderar ambos os direitos e estabelecer normas para resguardá-los com a maior efetividade possível.

3.1 Honra, imagem e privacidade

A proteção à intimidade e à vida privada é defendida por nossa Constituição Federal no art. 1º, III, sendo, inclusive, um direito fundamental sujeito à reparação pelos danos decorrentes de sua violação (art. 5º, X).

²⁴ Instituto de Referência em Internet e Sociedade. *Para desinformação não ser lei: proposta contra "fake news"*. 10 dez. 2018. Blog. Disponível em: <http://irisbh.com.br/pa-ra-desinformacao-nao-ser-lei-propostas-contra-fake-news/>. Acesso em: 12 ago. 2019.

No âmbito infraconstitucional, há previsão de reparação também no Código Civil²⁵, em seus artigos 186 e 927 e ss., e responsabilização penal em face dos crimes cometidos contra a honra no art. 138 e ss. do Código Penal²⁶.

Porém, muito embora o Marco Civil da Internet tenha suprimido diversas lacunas referentes à regulamentação do mundo digital, inexistente legislação específica que ampare as vítimas e disponha especificamente sobre *fake news*. Sobre o tema, confira-se:

De forma geral, o marco civil da Internet buscou proteger os usuários, na perspectiva do direito à privacidade e intimidade, a fim de emprestar maior segurança jurídica às relações estabelecidas entre o consumidor e o fornecedor de acesso e serviços da rede mundial. Todavia, à exceção do regramento quanto ao armazenamento de dados e registros, o texto legal não trouxe nenhuma outra proteção significativa que já não existisse no sistema jurídico brasileiro, considerada a integridade desse, seja porque a lei repetiu textos legais ou porque incorporou decisões judiciais que caminhavam para uma estabilização. Deixaram-se fora da previsão normativa questões cruciais para o balanceamento entre o direito à informação, liberdade de imprensa e o respeito à intimidade e à vida privada, a exemplo do direito ao esquecimento e ainda as possibilidades de participação democrática por meio da rede mundial de computadores²⁷.

Em outro giro, Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, divergindo do que dispõe o art. 19 da Lei n. 12.965/14, defende que nenhuma proteção à liberdade de expressão, temperada

²⁵ BRASIL. *Código Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

²⁶ Id. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

²⁷ MENEZES, Rafael da Silva. ASSUNÇÃO, Linara Oeiras. Os contornos jurídicos da proteção à privacidade no Marco Civil da Internet. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos (org.). *Marco civil e governança da internet: diálogos entre o doméstico e o global*. 2016, p. 150.

com o selo da mentira e com o fito de prejudicar o outro, poderia prevalecer em face da proteção à intimidade, honra e imagem das pessoas ²⁸.

A responsabilidade do provedor se justificaria, portanto, no papel da ética na condução das relações sociais e jurídicas estabelecidas a partir da publicação de uma informação inapropriada.

Desse modo, em vista dos inúmeros danos psicológicos causados a uma vítima de *bullying* virtual ou do discurso de ódio, a necessidade de priorizar os direitos fundamentais da pessoa humana (honra, privacidade, imagem etc.), na visão de quem defende a desnecessidade de determinação judicial para a retirada de conteúdo *on-line*, se sobressai, de modo que não poderiam ser colocados em patamar inferior à liberdade de expressão.

No entanto, importa destacar que o art. 19 do Marco Civil da Internet não priorizou um direito fundamental em detrimento de outro, na medida em que o combate às *fake news* foi incentivado, como se pode extrair do art. 7º, I, desse diploma legal, que dispõe:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Como já fora mencionado, diante de um conflito entre direitos fundamentais, há de ser feita uma ponderação, de modo que, sem ferir a privacidade dos usuários, a Lei n. 12.965/14 procurou assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura.

²⁸ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.227.

3.2 Liberdade de expressão e acesso irrestrito à informação

Antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, os Tribunais entendiam ser razoável que os provedores de aplicações retirassem espontaneamente os conteúdos que considerassem impertinentes.

No entanto, há perigo evidente em limitar o que circula nas redes, como bem se posicionou Hesse:

[...] Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos “meios de comunicação de massa” modernos, imprensa, rádio e filme, a opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como “formação preliminar da vontade política” não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. [...] ²⁹

Em concreto, a internet externa a esperança na democracia, sendo um ambiente propício para debates de variados assuntos, entre eles discussões éticas, culturais e políticas. No entanto, ao acessar as principais redes sociais, o que se encontra é justamente o oposto.

Nesse sentido, há de ser considerado que, em caso de conflito, se deve resguardar a liberdade de expressão e o acesso irrestrito à informação, por serem estas as principais ferramentas de um Estado Democrático de Direito.

Para fundamentar esse posicionamento, confira-se o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF:

[...] Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobre direitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são

²⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 305.

de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.³⁰ [...]

Nesse sentido, quando o monitoramento e o controle das publicações estão nas mãos de provedores de aplicações de Internet, sob o argumento de que se objetiva impedir a divulgação de material ilegal, o que está sendo caracterizado, na verdade, é a limitação da livre manifestação de pensamento, dando-se margem à censura.

Em conclusão, a partir da controvérsia encontrada entre direitos e liberdades constitucionais, tem-se que compete exclusivamente ao Poder Judiciário valorar e impor a obrigação de remoção do conteúdo tido como falso, inverídico, fraudulento, incompleto ou distorcido aos *sites* que os hospedam.

Trata-se, portanto, de um controle repressivo, uma vez que qualquer tipo de controle preventivo do que será postado e circulado virtualmente quedaria em uma indesejável censura.

4 PROPOSTAS PARA CONTORNAR AS *FAKE NEWS*

Como solução para a problemática, parece razoável que o Estado incentive a liberdade da rede, garantindo que os conteúdos estejam disponíveis ao público e estimulando a presença de políticas públicas que assegurem a educação digital, de modo a atentar os usuários para que pesquisem fontes, duvidem de notícias falsas e evitem contribuir para a disseminação de informações caluniosas ou difamantes.³¹

Não se trata de participar somente de debates esclarecidos, cujo teor denote uma verdade científica ou moral, mas de estar inserido em um contexto social em que as pessoas tragam para

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, Pleno, Julgado 30 abr. 2009, *DJe* 06 nov. 2009.

³¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 77.

a esfera pública as suas convicções, ainda que aparentemente equivocadas, afinal, isso é a democracia³².

Para melhor nortear os usuários de internet, o Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional aprovou relatório com recomendações sobre os projetos de lei que tramitam na Câmara e no Senado a respeito de notícias falsas.

O documento se baseou no trabalho do HLEG (High Level Expert Group – Grupo de Especialistas de Alto Nível da Comissão Europeia, órgão executivo da União Europeia), que recomendou os seguintes remédios para as *fake news* ³³:

- 1) Aumentar a transparência das notícias online, envolvendo o compartilhamento de dados do sistema que permitem sua circulação online de forma adequada e de acordo com os termos de privacidade;
- 2) Promover a alfabetização midiática e informacional para combater a desinformação e ajudar os usuários a navegar no ambiente digital;
- 3) Desenvolver ferramentas para capacitar usuários e jornalistas para combater a desinformação e promover um envolvimento positivo com tecnologias de informação que estão evoluindo rapidamente;
- 4) Salvaguardar a diversidade e a sustentabilidade do ecossistema dos meios de comunicação social; e,
- 5) Promover uma pesquisa contínua acerca dos impactos da desinformação, a fim de avaliar as medidas tomadas pelos diferentes atores e ajustar constantemente as respostas necessárias.

Das recomendações arroladas, é possível concluir que o combate às *fake news* não deve ser apenas missão dos provedores de aplicações de internet e do Estado, mas também dos usuários, sendo mais eficaz a adoção de medidas indiretas do que sanções criminais e remoção arbitrária de publicações.

³² GROSS, Clarissa Piterman. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 170.

³³ Disponível em: <http://irisbh.com.br/fake-news-formas-de-se-combater-noticias-falsas/>. Acesso em: 13 ago. 2019.

5 CONCLUSÃO

Em razão da inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais, observa-se constante tensão entre normas, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário realizar um juízo de valor e ponderar tais elementos constitucionalmente conflitantes.

No âmbito das *fake news*, de um lado encontra-se o direito à privacidade, imagem e honra, os quais ensejam indenização se violados. De outro, está o direito à liberdade de expressão e ao acesso irrestrito à informação, de modo que a retirada de conteúdo *on-line*, por parte dos provedores de aplicação de internet, poderia caracterizar uma espécie de “censura prévia”.

Em concreto, antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, o entendimento dos tribunais pátrios consistia em reconhecer o sistema do “notice and takedown”, ou seja, a partir do momento em que um usuário se sentisse ofendido, ele poderia acionar extrajudicialmente a empresa proprietária do *site*, a qual decidiria a respeito da retirada do conteúdo.

No entanto, o art. 19 do diploma legal supracitado acabou por resguardar o acesso à informação e a liberdade de expressão, sob a justificativa de que não é prerrogativa de empresas privadas filtrarem as publicações de seus usuários ou definirem o tipo de conteúdo que deva permanecer circulando *on-line*. Apesar disso, muitos são os projetos que objetivam modificar esse artigo, pretendendo-se especificar e ampliar os efeitos da responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet diante das *fake news*.

O que se deve considerar, porém, é que a lei em comento, ao limitar a responsabilidade dos provedores à determinação judicial, agiu de modo a evitar a censura, a filtragem, o bloqueio e o controle de informações e, assim, defendeu os ideais norteadores do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Decreto-Lei 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.117.633/RO, Recorrente: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça*, 26 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 208, 6 nov. 2009. Ementário, n. 2.381-1.

_____. Reclamação 9.428, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 116, 25 jun. 2010. Ementário, n. 2.407-1.

_____. *Tema 533*: Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário. Relator: Min. Luiz Fux. RE 1057258.

_____. *Tema 786* – Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. Relator: Min. Dias Toffoli. Leading Case: RE 1010606.

_____. *Tema 987* – Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, *websites* e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. Relator: Min. Dias Toffoli. Leading Case: RE 1037396.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 305.

LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. *Revista do Advogado*, ano 32, n. 115, p. 99-113, abr.

2012. p. 100.

MENEZES, Rafael da Silva. ASSUNÇÃO, Linara Oeiras. Os contornos jurídicos da proteção à privacidade no Marco Civil da Internet. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos (org.). *Marco civil e governança da internet: diálogos entre o doméstico e o global*. 2016, p. 150.

RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 253 p.

HENNEMANN, Gustavo. *Fake news: do que se alimentam, como se reproduzem*. Disponível em: <https://www.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/n/a/i/fake-news-do-que-se-alimentam-como-se-reproduzem/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

O QUE É “fake news”. Disponível em: <https://www.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/n/a/i/o-que-e-fake-news/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. p. 9. Disponível em: <http://sdls.com.br/uploads/files/2018/06/artigo-marco-civil-internet-1529497697.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

ABORTO: A MEDICINA E O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Mônica Nazaré Picanço Dias

Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Federal do Amazonas.

Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-SC.

Mestre em Direito Ambiental e especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Lucíola Honório de Valois Coelho

Promotora de Justiça titular da 9ª Vara Criminal da Comarca de Manaus/AM.

Sumário: 1 Introdução. 2 A Legislação. 3 A Prática. 4 A voz do STF. 5 Considerações Finais. Referências.

Resumo

O presente artigo visa refletir sobre a prática abortiva a partir dos dizeres médicos e da reflexão jurídica. Para tal intento, utilizamos estatísticas oficiais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e do Centro pelos Direitos Reprodutivos. Não apenas focalizando os dados no que eles dizem, mas também nos hiatos interpretativos que os constituem, buscamos analisar como as vozes interpretativas da Medicina e do Direito se entrelaçam na constituição de um sentido que, em nosso país, se torna cada vez mais imbricado: a interpretação legal sobre a prática abortiva. Na certeza de apontarmos não apenas determinados vieses críticos à questão em tela, mas também na indicação de hiatos que devem ser preenchidos com a prática da pesquisa, pretendemos, assim, postular nossa contribuição para o presente assunto.

Palavras-chave: Aborto. Direito. Crítica.

Abstract

This article aims to reflect on the abortive practice from the medical statement and from legal reflection. For this purpose, we use official statistics from the Institute of Applied Economic Research (Ipea) and the Center for Reproductive Rights. Not only focusing the data on what they say, but also on the interpretative gaps that constitute them, we seek to analyze how the interpretative voices

of medicine and law intertwine, in the constitution of a sense that, in our country, becomes increasingly imbricated: The legal interpretation of abortion practice. In the certainty of pointing out, not only certain critical biases to the question on the screen, but also in the indication of the gaps that must be filled with the practice of research, we in tend to postulate our contribution to the present subject.

Keywords: *Abortion, Law, Criticism.*

1 Introdução

O objetivo deste trabalho é, através de dados, discutir a questão do aborto, do ponto de vista da medicina e do direito. Trabalharemos com duas questões básicas: 1 – Até que ponto, o dizer jurídico interpreta a problemática do aborto? 2 – Como a interpretação da Medicina se coaduna com a interpretação jurídica?

Utilizaremos dados publicamente disponíveis como o quadro divulgado pelo Centro¹ pelos Direitos Reprodutivos, entre outros, para, a partir de tais informações, refletirmos sobre a questão interpretativa que tange o aborto – a partir do discurso médico e jurídico.

É através desse confronto interpretativo que, o presente artigo, delineará o seu principal objetivo: interpretar as interpretações. É nessa fala de Montesquieu “há mais a fazer interpretando as interpretações que interpretando as coisas” que a presente reflexão busca anteparo. As interpretações jurídicas e médicas aqui, portanto, pretendem ser o guia que nos leva às considerações reflexivas que nos propomos.

Justificamos essa problematização de interpretações no caso da temática do aborto por conta de tal tema provocar uma grande divisão em nossa sociedade; o que demonstra, em nossa visão, quanto boa parte das interpretações que refletem sobre tal tema tendem a não dialogar adequadamente. Acreditamos, por isso, que o ‘choque interpretativo’ que aqui propomos é uma

¹ Disponível em: www.worldabortionlaws.com/map. Acesso em: 27 fev. 2017.

das estratégias basilares para uma reflexão adequada diante do presente tema.

Além do já exposto, pontuamos a importância de observarmos não apenas os dados evidenciados nas fontes públicas – as quais percorreremos; mas, mais que isso: procurar a dadidade desses dados. Ou seja, procurar o ‘sub-reptício’ que está nas entrelinhas dos dados aqui apresentados, o dado silenciado que clareará a dualidade interpretativa entre o olhar médico e o jurídico.

É nesta tentativa de observar o dito e o não dito para refletir criticamente sobre os dois que o presente artigo se ancora.

2 A Legislação

Pensamos, aqui, em um mapa da legislação no que tange ao aborto no mundo; quanto aos países que permitem a prática abortiva apenas em caso de risco para a mãe, ou que simplesmente o proíbem totalmente; aqueles que o permitem por motivo de saúde (o que, em consonância com a Organização Mundial de Saúde, é algo bem maior que o risco de morte; envolve a questão psicológica, psiquiátrica, o estado mental da mulher. Neste ínterim, não há uma questão de enfermidade, doença ou risco físico para a mulher, mas sobremaneira o seu bem estar psíquico; há também, os países que admitem o aborto por motivos socioeconômicos; e há os que permitem o aborto por escolha da mulher até os doze meses gestacionais). Este será o primeiro ponto, por nós encetado, para utilizarmos como reflexão para a presente análise:

O primeiro fator que devemos focalizar é em que ponto as interpretações médica e jurídica se tocam e no qual se distanciam: em qual apenas o risco de morte da mulher (ou o estupro, caso que veremos mais adiante) autoriza o aborto (que é, per se, um procedimento médico). É preciso pontuar duas coisas: é a voz médica que declara o risco de morte, assim como é a voz judicial que autoriza o procedimento médico. Durante a consecução

dessas duas vozes, a fim de que haja o procedimento abortivo, é necessário um determinado rito processualístico. Neste caso, as vozes jurídica e médica se complementam – uma atestando o risco de morte; referendando, portanto, a voz jurídica que vem autorizar o procedimento em si.

Já nos países onde o aborto é autorizado em virtude da preservação de saúde, há uma outra correlação de vozes médico-jurídica. Neste caso, o conceito de saúde segue o que a Organização Mundial de Saúde preconiza: a saúde não apenas como a vida que é posta sob risco por conta de uma enfermidade/doença, mas o bem-estar psicológico-psíquico que provoca a sensação de bem-estar. A saúde preconizada, neste caso, como o resultado de uma configuração que leva a uma vida satisfatória, é um bem descrito pela voz médica. É a voz da medicina que estabelece esse dado como algo a ser levado em conta. O dizer médico atesta. O dizer jurídico autoriza.

Vale notar que, neste caso, a prevalência da voz médica ganha espaço no que tange a descrever o estado da paciente.

Poderíamos argumentar que há uma espécie de desvio padrão, nos países onde o aborto é permitido por motivos socioeconômicos. Neste caso, não temos mais a voz médica; a voz jurídica é emitida com outros decibéis, pois há uma forte politização na interpretação em tela. O motivo socioeconômico é aqui visto como um motivo político. É a voz política dos regimes desses países que calca tal visão. Por outro lado, é possível argumentar que esse viés político busca anteparo no fato de que gravidezes indesejadas tendem a configurar um problema de saúde pública. E o termo saúde pública, evoca o viés médico, em um outro contexto, não mais o procedimento cirúrgico, mas no viés de política pública. Aqui cabe uma observação com destaque: assim como o fator político pode instrumentalizar questões jurídicas, também pode fazê-lo com questões médicas; quiçá, com quaisquer questões de jugo social. Em suma, ao mesmo tempo em que percebemos uma politização exacerbada nesse caso, percebemos que a capilaridade desse viés interpretativo não ganha muitos países. Poderíamos, porquanto, ponderar que a explicitude política resulta em baixa capilaridade - no que tange em aceitação jurídica; falando, especificamente, é claro, do

tema aborto.

Ao observarmos os países que autorizam o aborto de acordo com a vontade da mulher, podemos perceber que as vozes jurídicas e médicas se reajustam em outro contorno – aqui a decisão do aborto é única e exclusivamente da mulher, não havendo necessidade, sequer, da voz judicial. Há uma pré-autorização, portanto, do procedimento abortivo, que se constitui como procedimento médico. Por outro lado, percebemos que tal fato decorre da aceitabilidade por parte do viés jurídico, de uma outra questão – a questão da vida. Nota-se aqui uma forte preponderância da voz médica: a medicina, através de seus métodos de pesquisa e, conseqüentemente, de técnicas de construção de verdade, analisa o óbito, por exemplo, como a cessação da atividade cerebral. Da mesma forma, tal atividade cerebral é considerada pela medicina o início da vida humana; o que, segundo a própria Organização Mundial de Saúde, efetua-se após o terceiro mês de gestação. Este é o motivo da autorização prévia do procedimento abortivo – procedimento médico – até a 12^a semana de gestação. Acima desse período, incorre-se em crime, justamente por se estar fora do escopo da ausência de atividade cerebral. Interpretação médica, portanto, preponderando e sendo refletida na aceitabilidade política e jurídica desses países.

Cabe a ênfase ao fato de que, conforme o aborto vai sendo possível, a voz médica se intensifica nessa interpretação. Isto decorre do fato de que a discussão pende para quando se dá o início da vida humana e a resposta que ganha amplitude nesses países é feita pela voz médica. A tendência jurídica-política, desses países, portanto, é acompanhar a interpretação médica no que tange ao início da vida humana e nas suas subseqüentes conseqüências: por exemplo, até que semana não haveria atividade cerebral. Discussão, portanto, médica, que se reflete na legislação dos países.

Por outro lado, a visão interpretativa oposta, a que tende a proibir o aborto, ou limitá-lo a casos muito específicos; assim como não dá amplitude para a interpretação médica versar sobre a questão do início da vida humana e a atividade cerebral, confere a voz autorizativa para estabelecer condições de risco à

vida da paciente (o que geraria a autorização do procedimento abortivo). Percebemos, conseqüentemente, que a voz médica subsiste em todos os casos, independente de sobre o que versa – a saúde da paciente, a atividade cerebral ou a questão psicológica da paciente. Há, portanto, a presença da voz médica, em todos esses modelos; seja o da voz jurídica autorizando ou proibindo a prática abortiva. Seria interessante refletir sobre até que ponto a voz jurídica reflete a voz médica, ou a politiza, ou a reinterpreta, enunciando seus próprios dizeres.

A melhor maneira de entender essas visões é, em nosso entender, observando a prática.

3 A Prática

A pesquisa feita pela UnB, em conjunto com o IBGE, no ano de 2009 e publicizada em artigo científico² demonstra dados que merecem reflexão. A pesquisa em tela trouxe evidências fundamentais para a discussão sobre o aborto, uma delas é a estatística de que, ao completarem quarenta anos, mais de uma em cada cinco mulheres já fez o procedimento abortivo.

Ao analisarmos a pesquisa supracitada, é mister refletir sobre sua conclusão³

A PNA indica que o aborto é tão comum no Brasil que, ao completar quarenta anos, mais de uma em cada cinco mulheres já fez aborto. Tipicamente, o aborto é feito nas idades que compõem o centro do período reprodutivo feminino, isto é, entre 18 e 29 anos, e é mais comum entre mulheres de menor escolaridade, fato que pode estar relacionado a outras características sociais das mulheres de baixo nível educacional. A religião não é um fator importante para a diferenciação das mulheres no que diz respeito à realização do aborto. Refletindo a composição religiosa do país, a maioria dos abortos foi

² Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/8215/1/ARTIGO_Aborto-BrasilPesquisaDomiciliar.pdf. Acesso em 25 fev. 2017.

³ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência saúde coletiva*. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, jun. 2010.

feita por católicas, seguidas de protestantes e evangélicas e, finalmente, por mulheres de outras religiões ou sem religião. O uso de medicamentos para a indução do último aborto ocorreu em metade dos casos. Considerando que a maior parte das mulheres é de baixa escolaridade, é provável que para a outra metade das mulheres, que não fez uso de medicamentos, o aborto seja realizado em condições precárias de saúde. Não surpreende que os níveis de internação pós-aborto contabilizados pela PNA sejam elevados, ocorrendo em quase a metade dos casos. Um fenômeno tão comum e com consequências de saúde tão importantes coloca o aborto em posição de prioridade na agenda de saúde pública nacional.

Se refletirmos a conclusão supracitada, há a possibilidade de reflexão sobre o dito e o não dito. Em se tratando do que já foi dito, temos a estatística de que aproximadamente metade dos procedimentos abortivos acontecem com o uso de medicamentos; o que significa, obviamente, que a outra metade não fez uso medicamentoso. Tal fato explica o alto índice de internação hospitalar; porém, explica mais que isso, demonstra que a medicalização atinge cem por cento dos procedimentos abortivos, seja com os cuidados médicos realizados nos casos sem uso de medicação, seja nos casos em que medicamentos são utilizados. Há de se pontuar que a medicalização não significa apenas o termo literal 'há um profissional médico envolvido'; mas sim, o saber médico que atua, por exemplo, através dos fármacos. Isso coloca o tema aborto com uma forte prevalência para o viés médico; não apenas na execução do procedimento abortivo mas também com os vieses interpretativos sobre os fatos que envolvem o aborto.

Um fato importante da conclusão supracitada é a questão religiosa. A estatística, em tela, demonstra que a crença religiosa não é preponderante para a prática abortiva; muito embora, venha da voz religiosa, um dos mais contundentes posicionamentos sobre a questão – e contrário. Temos, igualmente, um ponto de suma importância na questão – a escolaridade das mulheres entrevistadas: a imensa maioria de baixa escolaridade. Isso não quer dizer, obviamente, que a prática abortiva é feita em

seu maior número por mulheres de baixa escolaridade. Há um fato não dito na pesquisa em tela e que merece maior atenção: a questão do estupro.

Ao cruzarmos os dados da questão abortiva com a questão do estupro, há não ditos que passam a ter seus significados percebidos de forma mais ampla⁴.

Ao verificarmos o estado civil das mulheres vítimas, em idade adulta, percebemos que a imensa maioria das mesmas é casada. Não se sabe o dado específico do percentual de estupros resultando em gravidezes interrompidas. E esse é um ‘não dito’ que precisa ser enfatizado. Ressaltamos aqui a necessidade de maiores pesquisas na área, pois, somente com o anteparo científico, a prática pode iluminar novas interpretações jurídicas e, quiçá, médicas. A demonstração empírica de que, por exemplo, menos de cinco por cento das notificações de estupro vêm de mulheres com curso superior (completo ou incompleto) pode ser aqui interpretado de forma dúbia. Por um lado, o dado pode levar à conclusão de que quanto maior a escolaridade da mulher, menor a chance de ser estuprada. Por outro lado, também cabe a interpretação de que a mulher com curso superior (completo ou incompleto) por algum motivo – que apenas a pesquisa demonstraria – não denuncia o estupro. Esses vácuos interpretativos que os dados trazem demonstram não apenas a necessidade de pesquisa na área jurídica (no caso específico, sobre as questões que subjazem às notificações e as próprias interpretações que circundam a questão do estupro); mas, mais que isso, que as interpretações atualmente utilizadas a partir dos dados podem estar equivocadas.

4 A voz do STF

Ao refletirmos sobre o voto do ministro Gilmar Mendes⁵, podemos pontuar que:

⁴ Disponível em: http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf. Acesso em: 24 fev. 2017.

⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarADPF.pdf>. Acesso em 03 abr. 2017, p. 33.

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria ideia de prestação judicial efetiva.

É visível que, como se disse, as confusões jurisprudenciais e as incongruências hermenêuticas são, outrossim, o princípio da segurança jurídica. É mister, portanto, regular a questão das interpretações. Não que a livre interpretação não seja uma condição *sinequa non* para a práxis do estado de direito; mas que o ordenamento das interpretações é uma condição necessária para uma devida aplicação jurídica. É nesse sentido que o voto citado reflete (p. 37-38):

Para os que ainda não se convenceram do cabimento da ADPF na espécie, há de se indagar: como agiria o Supremo Tribunal Federal se se deparasse com um habeas corpus em um caso como o presente? Essa situação já foi colocada perante esta Corte no HC 84.025, da relatoria do Min. Joaquim Barbosa, que, todavia, restou prejudicado, em razão do nascimento seguido de morte do bebê anencéfalo. Isso só reforça que, ainda que cabível o habeas corpus proposto perante o Supremo Tribunal Federal, este não será a via mais adequada, pois até chegar a esta instância, em geral, a gravidez já estará num estágio tão avançado que não será recomendável a sua interrupção. Mas continuemos a desenvolver o raciocínio: caso a criança não tivesse nascido, o Tribunal poderia escusar-se de julgar o writ? Parece-me que não, por ser o habeas corpus admissível, no caso, como instrumento de proteção da liberdade individual. Cabível o habeas corpus, teríamos duas situações possíveis:

a autorização ou não da interrupção da gravidez. Se o Tribunal autoriza, que norma permissiva ele estará a invocar para admitir a interrupção da gravidez? (...) Se o Tribunal proíbe a interrupção da gravidez na espécie, há de admitir a constitucionalidade da fórmula legislativa pela não inclusão do aborto de feto anencefálico.

Podemos, neste momento, lembrar uma das perguntas que guiam o presente trabalho: até que ponto, o dizer jurídico interpreta a problemática do aborto? A própria ação supracitada sobre a questão de uma ADPF responde, em grande parte, a presente pergunta. É a partir das questões jurídicas que o Direito se articula. Tal afirmação parece óbvia, mas é preciso lembrar que a voz jurídica se coaduna à voz médica; pois, sem o entendimento médico do que, de fato, representa um feto anencefálico, não teríamos, em consequência, o entendimento de juris. A voz do STF, portanto, não se constitui apenas como a guardiã da constituição; ao realizar tal intento, também se ajustam duas vozes (a médica e a jurídica), mas tal coadunação tem o tom jurídico, não apenas por ser feito no contexto do Supremo Tribunal Federal, mas também por ser feita em acordo com a hermenêutica jurídica. Um exemplo crasso dessa questão foi o voto aqui supracitado sobre a questão dos fetos anencéfalos; por outro lado, as próximas questões que daí podem advir (como a de julgar se um aborto de fato, em um feto de até 90 dias, se constituirá, de *juris* como um aborto; levando em consideração, a voz médica que postula a não vida, por conta da não atividade cerebral até o nonagésimo dia).

Cabe à voz jurídica dirimir as constitutividades dessas vozes, assim como formular as interpretações futuras; ao se fazer isso, com o artefato da hermenêutica jurídica, evita-se não apenas a politização rasteira da interpretação jurídica, assim como o conflito argumentativo-ideológico que, subrepticamente, poderia se imiscuir nos dizeres jurídicos. Neste sentido, cabe ao STF não apenas ser o guardião da constituição, mas também ser o bastião da voz jurídica que se constitui com um tom em separado dos ruídos que tentam se apoderar da interpretação legal. Neste sentido, em nosso entendimento, o voto

aqui supracitado serve como exemplo para a comprovação de que a voz jurídica mantém sua constitutividade na interpretação-hermenêutica jurídica.

Por outro lado, há de se citar uma questão de suma importância quando pensamos na voz jurídica: a politização. Há de se lembrar de que a palavra politização possui vários sentidos possíveis. Um deles é o sentido mais amplo, politização no sentido de algo que tem que ver com a pólis, com a população, com o ambiente em que vivemos, com o interesse coletivo e, através do debate, chegaríamos à clássica tríade da tese, antítese e síntese. Há uma outra possibilidade de sentido para a palavra politização, aqui em tela, o sentido mais estrito e, por assim dizer, menor – a interpretação de politização como partidarização. Neste sentido, os vieses partidários se imiscuiriam nas atividades de operadores do direito, causando um dano letal não apenas à hermenêutica, mas à própria estruturação da justiça – fulcro de toda a questão jurídica. Neste viés é importante notar que problemas políticos partidários podem sim contaminar a questão jurídica – isto é politicamente possível, embora seja, juridicamente, dispensável.

Não obstante a periculosidade de contaminação do político, em um sentido estrito, também há o perigo de contágio da politização, através do sentido amplo – ideologias, vieses religiosos, científicos e personalistas – que pode, igualmente, comprometer a interpretação do texto legal. Uma das questões fundamentais, portanto, não é apenas proceder à interpretação jurídica; mas, mais que isso, interpretar as interpretações. Neste sentido, um primeiro ato a ser levado em consideração é o que podemos chamar de ‘choque de sentidos’. É preciso ‘chocar’ o sentido médico, com o sentido religioso, com os mais variados sentidos emanados do texto legal. Não se pode proceder uma firme constitutividade sem que os mais variados sentidos sejam analisados. Nesse viés, é de fundamental importância que a voz médica seja interpretada pela voz jurisprudencial; caso contrário, se tal não acontecesse, viveríamos uma medicalização da voz judiciária – um dos exemplos de contágio do ‘político’. Uma questão fundamental para que a enunciação jurídica aconteça a contento é, por assim dizer, um comprometimento parresíástico, fato que, em nosso entendimento é exercido pelo

Supremo Tribunal Federal, através da hermenêutica jurídica e após examinar o que chamamos de ‘choque de sentidos’. Aqui, cabe um exame maior sobre as fundamentações a respeito da parresía.

Se, por um lado, há trechos nos quais a definição de parresía é feita imediatamente a partir de uma tradução, há outros em que se busca perceber o uso no qual ela está inserida (FOUCAULT, 2010): “o termo parresía está tão ligado à escolha, à decisão, à atitude de quem fala, que os latinos justamente traduziram parrhesía pela palavra *libertas*”. A escolha seria um dos elementos para se exercer a parresía, é necessário, pois, que se tenha liberdade. A questão, contudo, vai além da tradução latina⁶:

Muitos tradutores franceses utilizam para traduzir parrhesía – ou traduzir *libertas* nesse sentido – a expressão francesa *franc-parler* (fraco-falar), tradução que, como veremos, me parece a mais adequada.

É válido lembrar a importância da definição de parresía e que seu estudo de forma detida não se trata apenas de uma questão filosófica para o estudo da verdade. Muito mais que isso, é uma questão pertinente à constituição do sujeito:

Essa forma de poder se exerce sobre a vida cotidiana imediata, que classifica os indivíduos em categorias, designa-os por sua individualidade própria, prende-os à sua identidade, impõe-lhes uma lei de verdade que é preciso neles reconhecer. É essa forma de poder que transforma os indivíduos em sujeitos. (FOUCAULT, 2010b, p.228).

Entender o dizer parresiástico é mais que perceber como alguém diz a verdade, mas também como essa verdade afeta todos os envolvidos, todos os sujeitos que constituem determinado jogo social. Analisar a parresía é, portanto, ir além do dito verdadeiro, pois (FOUCAULT, 2011, p.11): “a parresía consiste em dizer a verdade, sem dissimulação nem reserva

⁶ FOUCAULT, 2010b, p. 334.

nem cláusula de estilo nem ornamento retórico que possa cifrá-la ou mascarar-la”. Ultrapassar o dito verdadeiro é perceber que enunciar a parresía implica em risco (FOUCAULT, 2011, p.12):

o sujeito ao dizer essa verdade que marca como sendo sua opinião, seu pensamento, sua crença, tem de assumir certo risco, risco que diz respeito à própria relação que ele tem com a pessoa a quem se dirige.

É nesse momento que Foucault (2011, p.13) concatena duas características da parresía:

A parresía é, portanto, em duas palavras, a coragem da verdade naquele que fala e assume o risco de dizer, a despeito de tudo, toda a verdade que pensa, mas é também a coragem do interlocutor que aceita receber como verdadeira a verdade ferina que ouve.

Falar parresiasticamente é, portanto, mais que dizer a verdade. É preciso, contudo, diferenciar o dizer a verdade parresiástico de outros dizeres que também se relacionam com a verdade. O parresiasta não se confunde com três outros modos de dizer fundamentais em uma arqueologia do sujeito: o profeta, o sábio e o professor.

O profeta é um sujeito que, na antiguidade, também se constituía como enunciadador da verdade (FOUCAULT, 2011, p.15). Há, porém, pontos que o diferenciam de um parresiasta: a – o profeta busca sua verdade a partir de um estado meditativo; b – fala por uma outra voz, sendo um mero intermediário do real interlocutor; c – se por um lado a voz profética revela uma verdade escondida, só o faz a partir de uma forma obscura: o enigma. Não há a obrigatoriedade, por consequência, de o profeta ser franco, pois a verdade não advém dele próprio. É uma voz constituída para outro enunciadador. Fala sobre o futuro e não sobre o presente; e, como não o faz de maneira clara, necessita ser interpretado. O parresiasta é exatamente o oposto.

Um parresiasta diz a verdade claramente, não necessita de enigmas. Não joga luz sobre o futuro, mas sim sobre o presente e não deixa no seu dizer uma necessidade interpretativa. Ao que

ouve o parresiasta não cabe à interpretação, mas sim, após a aceitação da verdade enunciada, uma tarefa moral: a conduta. Aí reside o risco de se falar com parresia: não apenas inexiste qualquer tipo de controle sobre aquele que ouve o parresiasta, como esse ouvinte, além de discordar, pode se voltar contra ele (p. ex. o caso de Dionísio, o Velho, pretender matar Platão por discordar dele – FOUCAULT, 2011, p.13).

A produção da verdade parresiástica é, portanto, diferenciada da verdade profética.

O sábio, por sua vez, possui um tipo de verdade na qual se nota que ele “é sábio em e para si mesmo, e não precisa falar” (FOUCAULT, 2011, p.17). O sábio é portador de uma sabedoria a qual não necessita ensinar, distribuir ou manifestar. Talvez daí derive a ideia de que a manifestação da sabedoria seja o silêncio. Diferentemente do profeta, o sábio não necessita falar, pois nenhuma força o impele a isso; contudo, ao ser solicitado, ele pode expressar a sua verdade. É na expressão da verdade do sábio que há uma equivalência com a manifestação da verdade profética: o dizer enigmático. Os dois necessitam, portanto, serem interpretados, pois não podem ser entendidos em primeira instância.

Há uma diferença significativa entre a verdade profética e a do sábio: a primeira fala sobre o que será, enquanto que a outra fala sobre o que é. Cabe aí lembrar que a verdade parresiástica não fala sobre o que é, tampouco sobre o que será: “O parresiasta não revela a seu interlocutor o que é. Ele desvela ou o ajuda a reconhecer o que ele, interlocutor, é.” (FOUCAULT, 2011, p.19).

Pode-se concluir que uma questão fundamental entre a verdade do sábio e a do parresiasta é que a primeira pode se revelar como inútil⁷:

Enquanto o sábio diz o que é, mas na forma do próprio ser das coisas e do mundo, o parresiasta intervém, diz o que é, mas na singularidade dos indivíduos, das situações e das conjunturas. Seu papel específico não é dizer o ser da natureza e das coisas. Na análise da parresia, vamos encontrar perpetuamente essa oposição entre o saber inútil que diz o ser das coisas e do mundo, e o dizer-a-

⁷ FOUCAULT, 2011, p. 18-19.

verdade do parresiasta que sempre se aplica, questiona, aponta para indivíduos e situações a fim de dizer o que estes são na realidade.

Embora haja pontos de contato entre a verdade profética e a do sábio (p.ex. através de enigmas), as mesmas se diferenciam em sua produção e na constituição dos sujeitos que as enunciam. A produção da verdade parresiástica, contudo, se difere tanto da profética quanto da verdade do sábio.

É preciso pontuar também que a verdade parresiástica não é a verdade do professor. O parresiasta não é igual ao profissional do ensino. Ao pontuar que (FOUCAULT, 2011, p.24): “No caso do dizer-a-verdade da técnica, o ensino assegura a sobrevivência do saber, enquanto a parresía faz aquele que a pratica arriscar a vida”. A verdade parresiástica possui, portanto, uma diferença fundamental da verdade técnica do professor: o risco que ela enseja; e, por conseguinte, a coragem de dizê-la. E, ao lembrar esse dizer a verdade do professor⁸:

Esse técnico, que detém uma tékhne, aprendeu-a e é capaz de ensiná-la, é alguém – e nisso ele vai se diferenciar, claro, do sábio – que tem de dizer a verdade, ou em todo caso formular o que sabe e transmiti-lo aos outros. Afinal, esse técnico tem certo dever de palavra. Ele, de certa forma, tem a obrigação de dizer o saber que possui e a verdade que conhece, porque esse saber e essa verdade estão ligados a toda uma tradicionalidade. Ele mesmo, esse homem da tékhne, não teria podido evidentemente aprender nada e não saberia nada hoje ou pouquíssima coisa, se não tivesse havido, antes dele, um técnico (tekhnítes) como ele que lhe ensinou, de que foi discípulo e que foi seu mestre. E assim como ele não teria aprendido nada se alguém não lhe houvesse dito o que sabia antes dele, do mesmo modo, para que seu saber não morra depois dele, ele vai ter de transmiti-lo.

Este profissional do ensino, ao contrário do sábio, precisa falar, precisa enunciar a verdade da qual é conhecedor. Há, como disse Foucault, um ‘dever de palavra’. É necessário que ele fale.

⁸ FOUCAULT, op. cit., 2011, p. 23.

É necessário que esse sujeito enuncie essa verdade. Não pode haver, nesse caso, silêncio⁹:

Eles detêm esse saber, professam-no e são capazes de ensiná-lo aos outros. Esse técnico, que detém uma *tékhnē*, aprendeu-a e é capaz de ensiná-la, é alguém – e nisso ele vai se diferenciar, claro, do sábio – que tem de dizer a verdade, ou em todo caso formular o que sabe e transmiti-lo aos outros. Afinal, esse técnico tem certo dever de palavra. Ele, de certa forma, tem a obrigação de dizer o saber que possui e a verdade que conhece, porque esse saber e essa verdade estão ligados a toda uma tradicionalidade.

Este professor possui uma semelhança com o parresiasta: o dever da palavra. Por outro lado, a enunciação da verdade de um possui uma característica diferenciadora: o dizer a verdade do professor não comporta o risco e não exige a mesma coragem do parresiasta:

No caso do dizer-a-verdade da técnica, o ensino assegura ao contrário a sobrevivência do saber, enquanto a *parresía* faz aquele que a pratica arriscar a vida. O dizer-a-verdade do técnico e do professor une e vincula. O dizer-a-verdade do parresiasta assume os riscos da hostilidade, da guerra, do ódio e da morte. E se é verdade que a verdade do parresiasta – [quando] o outro, diante dele, aceita o pacto e joga o jogo da *parresía* – pode nesse momento unir e reconciliar, isso só ocorre depois de ter aberto um momento essencial, fundamental, estruturalmente necessário: a possibilidade do ódio e da dilaceração (FOUCAULT, 2011, p.24).

Não há, portanto, a necessidade da coragem para o dizer a verdade do ensino. A verdade do ensino possui um pacto com a tradição, não com o risco; fala sobre uma *tékhnē*, um *know-how*, não sobre o *éthos*. O professor será, séculos depois de Sócrates, o personagem centrado na epistemologia. Em sua voz, contudo não ressoará uma análise sobre a aleturgia:

⁹ FOUCAULT, op. cit., 2011, p. 24.

(...) Pareceu-me que seria igualmente interessante analisar, em suas condições e em suas formas, o tipo de ato pelo qual o sujeito, dizendo a verdade, se manifesta, e com isso quero dizer: representa a si mesmo e é reconhecido pelos outros como dizendo a verdade. Não se trataria, de modo algum, de analisar quais são as formas do discurso tais como ele é reconhecido pelos outros como dizendo a verdade. Não se trataria, de modo algum, de analisar quais são as formas do discurso tais como ele é reconhecido como verdadeiro, mas sim: sob que forma, em seu ato de dizer a verdade, o indivíduo se constitui e é constituído pelos outros como sujeito que pronuncia um discurso de verdade, sob que forma se apresenta, a seus próprios olhos e aos olhos dos outros, quem diz a verdade, [qual é] a forma do sujeito que diz a verdade. A análise desse domínio poderia ser chamada, em oposição à das estruturas epistemológicas, o estudo das formas ‘aletúrgicas’ (FOUCAULT, 2011, p.4).

Foucault¹⁰ aponta Sócrates como um exemplo de parresiasta e as análises aletúrgicas como um ponto fundamental desse dizer parresiástico. No seu último curso pronunciado no *Collège de France*, a análise da verdade sob uma ótica da parresía é postulada como fundamental para se entender o sujeito e por consequência o discurso e o poder¹¹: “não há exercício de poder sem algo como uma aleturgia”.

5 Considerações Finais

A obviedade de que o dizer jurídico interpreta a problemática a partir da lei ganha novos contornos quando conectamos o Código Penal (postulando que o aborto não é crime em caso de estupro ou em caso de risco à mãe) com a ADPF54 (que considerou lícita a prática abortiva, no caso de fetos anencéfalos). A voz médica foi precípua para a interpretação lícita do aborto em caso de fetos anencéfalos; neste caso, o dizer

¹⁰ FOUCAULT, op. cit., 2011.

¹¹ Ibid., p. 19.

jurídico, claramente, seguiu a voz médica. É neste sentido que a primeira pergunta do presente trabalho ganha uma resposta (como foi dito na introdução: ‘até que ponto, o dizer jurídico interpreta a problemática do aborto?’). A voz jurídica, claramente, se serve da voz médica, a substabelece para, a partir daí, encetar o seu próprio sentido.

Por outro lado, neste contexto, temos a segunda pergunta que guiou o presente trabalho (como a interpretação da medicina se coaduna com a interpretação jurídica?). Neste caso, de forma um tanto dissonante da do parágrafo anterior, temos o fato de que a voz médica nem sempre guiará o dizer jurídico; haja vista que, por exemplo, embora isso tenha acontecido no caso do feto anencéfalo, tal fato ainda não aconteceu no quesito ‘saúde da mulher’. A voz jurídica se vale dos dizeres médicos, mas não de todos os dizeres, pois a autonomia de uma, por assim dizer, hermenêutica jurídica prevalece como ditame interpretativo. Se a voz médica é forte o suficiente para conceituar o que é vida humana, as interpretações sobre como um homicídio é constituído ainda são da lide e vênha jurídica.

Dessa forma, a voz médica constitui, em parte, a interpretação jurídica, mas não se faz de uma maneira *sine qua non*, cabendo ao *modus pensandi* do direito pensar sobre o aborto não apenas como um procedimento médico, mas também como sujeito à interpretação legal. Sinalizamos a importância de mais pesquisas serem feitas nessa perspectiva para que tais ditames sejam melhor analisados e assim progridamos, tanto nos dizeres médicos quanto nos olhares jurídico-interpretativos.

Se refletirmos a conclusão supracitada, há a possibilidade de reflexão sobre o dito e o não dito. Em se tratando do que já foi dito, temos a estatística de que aproximadamente metade dos procedimentos abortivos acontecem com o uso de medicamentos; o que significa, obviamente, que a outra metade não fez uso medicamentoso. Tal fato explica o alto índice de internação hospitalar; porém, explica mais que isso, demonstra que a medicalização atinge cem por cento dos procedimentos abortivos, seja com os cuidados médicos realizados nos casos sem uso de medicação, seja nos casos em que medicamentos são utilizados. Há de se pontuar que a medicalização não significa

apenas o termo literal 'há um profissional médico envolvido'; mas sim, o saber médico que atua, por exemplo, através dos fármacos. Isso coloca o tema aborto com uma forte prevalência para o viés médico; não apenas na execução do procedimento abortivo, mas também com os vieses interpretativos sobre os fatos que envolvem o aborto; e, para isso, é mister a voz parresiástica, a coragem da verdade modalizando a voz jurídica.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Petição Inicial na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2006.
- BRAZ, Marlene. Resenha Aborto por Anomalia Fetal. D. Diniz & D. C. Ribeiro. Brasília: Letras Livres, 2003. 149 p. In: *Cadernos de Saúde Pública*. v. 20, n. 1, Rio de Janeiro, jan./fev. 2004.
- BRUNO, Aníbal. A culpabilidade. *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*. Pernambuco, 1954.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Aborto por Anomalia Fetal. *Revista Bioética*, Brasília, 1994. v. 2, n. 1. Disponível em: www.portalmedico.org.br. Acesso em: 3 ago. 2006.
- DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2003.
- FOUCAULT, M. *A arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010a. 236p.
- _____. *A hermenêutica do sujeito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010b. 506 p.
- _____. *Eu, Pierre Riviere, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010c. 294 p.
- _____. *O governo de si e dos outros*. São Paulo: Martins Fontes, 2010d.
- _____. *A coragem da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. 339 p.
- FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais*, n. 833, mar. 2005.
- GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1090, 26 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561>. Acesso em: 19 dez. 2016.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Parte Geral*. 6. ed. São

Paulo: Saraiva, 2002. 92p. (Sinopses Jurídicas,v.2).

GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MENDES, Gilmar. *Voto sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarADPF.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2017.

PRANKE, P. A Importância de Discutir o uso de Celulas-Tronco Embrionárias para Fins Terapêuticos. *Ciência e Cultura*, Núcleo Temático: Clonagem, São Paulo, 2004, p. 33-38.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de; *et al.* Aborto Eugênico ou Eugênico e autorização judicial. Qualificadora na denúncia e concessão de liberdade provisória. Júri. Quesitação. Tese da excludente de culpabilidade. Admissibilidade. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, n. 4, out./nov. de 2000.

_____; SIQUEIRA, Marina da Silva. Aborto, anencefalia: Autorização judicial ou consentimento da gestante. *Revista Síntese de Direito penal e processual penal*. n. 32, jun./jul. 2005.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998, v. 1.

A importância do Relatório de Inteligência Financeira da UIF para a investigação criminal e o combate aos crimes complexos

Marcelle Cristine de Figueiredo Arruda

Promotora de Justiça do MPAM.

Especialista em Auditoria e Gestão Pública pela UFRR.

Mestranda em Direito Penal e Ciências Criminais na Universidade de Lisboa-PT.

Sumário: 1 Introdução. 2 A criação das Unidades de Inteligência Financeira como Estratégia de Cooperação Internacional na luta contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento ao Terrorismo. 3 O modelo administrativo da UIF brasileira. 3.1 A atividade da UIF. 3.2 O RIF e a investigação criminal. 4 O Acesso da UIF a dados protegidos pelo sigilo e o compartilhamento das informações com os órgãos de persecução criminal. 5 Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo aborda a temática da importância da inteligência financeira como estratégia na luta contra os crimes complexos, como a lavagem de dinheiro, o financiamento ao terrorismo, a corrupção, o tráfico de drogas e de pessoas, a evasão de divisas, dentre outros. Para tanto, abordaremos o cenário e a importância da criação das Unidades de Inteligência Financeira (UIF), as atribuições, especificidades, modelos e poderes, dentre eles, o de acesso a dados protegidos pelo sigilo. Também abordaremos como ocorre a investigação financeira pela UIF brasileira e o encaminhamento do Relatório de Inteligência Financeira (RIF) aos órgãos de persecução criminal. Nesse cenário, analisaremos a recente decisão do STF que reconheceu a constitucionalidade do compartilhamento de dados fiscais e bancários suspeitos pela UIF ao Ministério Público e autoridades policiais, sem a necessidade de autorização judicial prévia. Tal decisão revela-se em sintonia com a internacionalização do Direito sobre a matéria, diante da necessidade de se criarem respostas semelhantes ou harmônicas em todo o mundo para problemas graves e globais.

Palavras-chave: Crimes complexos. Unidade de Inteligência Financeira. Relatório de Inteligência Financeira. Investigação criminal. Sigilo.

Abstract

This article deals with the importance of financial intelligence as a strategy in the fight against complex crimes such as money laundering, terrorist financing, corruption, drug and human trafficking, currency evasion, among others. To this end, we will address the scenario and the importance of the creation of Financial Intelligence Units (FIUs), the attributions, specificities, models and powers, among them, the access to data protected by confidentiality. We will also discuss how the financial investigation by the Brazilian FIU occurs and the forwarding of the Financial Intelligence Report (RIF) to the criminal prosecution agencies. In this scenario, we will analyze the recent decision of the STF that recognized the constitutionality of the sharing of suspicious tax and banking data by the FIU to the Public Ministry and police authorities, without the need for prior judicial authorization. Such a decision proves to be in line with the internationalization of Law on the matter, given the need to create similar or harmonious responses worldwide for serious and global problems.

Keywords: Complex Crimes. Financial Intelligence Unit. Financial Intelligence Report. Criminal investigation. Secrecy.

1 Introdução

O presente trabalho objetiva abordar a temática da importância da inteligência financeira como estratégia na luta contra os crimes complexos, como a lavagem de dinheiro, o terrorismo, o tráfico de drogas e de pessoas, dentre outros. Para tanto, abordaremos o contexto de criação das Unidades de Inteligência Financeiras (UIFs), como estratégia de cooperação internacional na luta contra a Lavagem de Dinheiro

e o Financiamento ao Terrorismo (LD/FT), suas atividades e modelos atualmente existentes, dentre eles o modelo administrativo, adotado pela UIF brasileira, recentemente vinculada administrativamente ao Banco Central do Brasil¹.

Abordaremos, ainda, como é realizada a atividade de inteligência e de investigação financeira, bem como sua relação com os sigilos bancário e fiscal, onde se observa um avanço dos Estados para atender a Recomendação n. 9 do GAFI. No Brasil, a Lei Complementar n. 105/2011 possibilitou o acesso aos dados bancários pela UIF, sem que isso implique na violação ou mesmo no afastamento do sigilo bancário. O compartilhamento das informações pelos órgãos de controle, sem prévia autorização judicial, revela-se em consonância com as recomendações, normas e padrões internacionais rígidos de controle, prevenção e combate aos crimes complexos e que resultam em grandes prejuízos econômico-financeiros e sociais.

2 A criação das Unidades de Inteligência Financeira como Estratégia de Cooperação Internacional na luta contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento ao Terrorismo

No final dos anos oitenta², a comunidade internacional, motivada pelo vertiginoso crescimento do crime organizado, em especial do narcotráfico, passou a desenvolver esforços concretos de âmbito internacional para atacar o problema da

¹ A Medida Provisória n° 893, de 19 de agosto de 2019, transformou o Conselho de Atividades Financeiras (COAF), anteriormente vinculado ao Ministério da Economia, na Unidade de Inteligência Financeira (UIF), vinculada administrativamente ao Banco Central do Brasil, conforme o disposto no seu art. 3°.

² João Davin, tratando da globalização e seus efeitos na criminalidade organizada, mais especificamente quanto à lavagem de dinheiro, aponta o surgimento de diversos fatores na década de 80 que, segundo o autor, foram aproveitados pela criminalidade organizada para desenvolver suas atividades: expansão da utilização da internet e das redes de comunicação; supressão de barreiras alfandegárias, introdução do euro, abandono dos mecanismos de controle cambial, proliferação do uso dos cartões de crédito e débito, aumento da concorrência entre instituições financeiras e expansão de sistemas bancários informais. (DAVIN, João. *A Criminalidade Organizada Transnacional – A Cooperação Judiciária e Policial na UE*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 41-42).

Lavagem de Dinheiro e do Financiamento ao Terrorismo (LD/FT).

O grande marco da cooperação internacional na luta contra a lavagem de dinheiro³ foi a Convenção das Nações Unidas contra o comércio ilegal de substâncias psicotrópicas de 1988, conhecida como Convenção de Viena. O foco da convenção era o tráfico de drogas em geral, mas houve significativo destaque para a lavagem dos recursos advindos dessa atividade criminosa.

A Convenção instituiu, ainda, a obrigação de os países criminalizarem a lavagem de dinheiro, mas essa criminalização trazia em si problemas probatórios para a persecução penal, pois, ao contrário dos tipos penais tradicionais, os indícios e as provas dos elementos constitutivos do novo ilícito, em geral, estavam presentes em negócios privados que gozavam da proteção de leis nacionais de sigilo bancário e fiscal.

Dessa forma, passou-se a estudar mecanismos de proteção aos respectivos setores econômicos e que auxiliassem na fiscalização e detecção de operações de lavagem de dinheiro pelos criminosos, ficando esse trabalho a cargo do Grupo de Ação Financeira Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI), criado em 1989, na forma de força-tarefa, pelo então G7, no âmbito da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico).

O grupo tinha como missão avaliar os resultados da cooperação em curso com vistas à prevenção da utilização dos sistemas bancário e das instituições financeiras para fins de lavagem, e estudar medidas preventivas adicionais neste tema, inclusive através da adaptação dos sistemas legislativos e regulatórios de forma a aperfeiçoar a assistência jurídica multilateral⁴.

Em 1990, a citada força-tarefa, composta pelos sete integrantes do então G7 mais oito países⁵, apresentou o resultado

³ No Brasil o crime de lavagem de dinheiro está previsto no art. 1º da Lei 9.613/98, de 3 de março, punível com pena de 3 a 10 anos, e multa.

⁴ Tradução livre. Parágrafo 7 do item 53 da Declaração Econômica da Cúpula do G7. G8 INFORMATION CENTER. Economic Declaration from the G7 Summit. Disponível em: <http://www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/communique/drug.html>. Acesso em: 29 jun. 2019.

⁵ Suécia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suíça, Áustria, Espanha e Austrália.

dos estudos preliminares na forma de 40 Recomendações⁶. Em 2003, foram redigidas mais 8 referentes ao financiamento do terrorismo; e em 2004, foi editada a 9ª Recomendação Especial para reforçar as normas internacionais sobre branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo (BC/FT). Tais recomendações não possuem força vinculante, mas exercem forte influência internacional.

Para se compatibilizar com as 40 Recomendações editadas pelo GAFI, não bastava que os países se limitassem à criminalização da lavagem de dinheiro e dos crimes antecedentes, porquanto o novo cenário de cooperação internacional não estava voltado, exclusivamente, à criminalização de condutas e, conseqüentemente, à aplicação de sanções. A prevenção, sobretudo dos delitos relacionados à lavagem de dinheiro, se revelava, desde o princípio, como ponto central de adequação e efetividade das normas a serem estabelecidas pelos Estados.

A partir dessa concepção, restou claro que mais importante do que a intimidação pelo estabelecimento de um maior rigor punitivo, especialmente em relação a crimes cada vez mais sofisticados, como é o caso da lavagem de dinheiro, fazia-se mais eficiente a criação de um sistema de inteligência interligado, apto a monitorar e apreciar informações, sistematizar dados e, ao final, produzir relatórios informativos dos recursos financeiros analisados.

Das orientações editadas pelo GAFI, aquelas referentes ao monitoramento e ao controle do sistema financeiro, consubstanciaram-se nas de maior relevância justamente por caracterizarem-se como meios efetivos de prevenção aos referidos delitos. Assim, as maiores obrigações assumidas deveriam estar relacionadas ao estabelecimento de meios de verificação da identidade dos agentes, bem como da regularidade, suspensão e comunicação de determinadas operações financeiras suspeitas⁷.

Nesse cenário, a estrutura proposta pelos padrões internacionais consistia, em síntese, na atuação de uma unidade de inteligência que fosse responsável pelo compartilhamento

⁶ GAFI. Financial Action Task Force on Money Laundering: Report. 1990. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/publications>. Acesso em: 01 jul. 2019.

⁷ No mesmo sentido CARLI, Carla Di. *Lavagem de Dinheiro-Prevenção e Controle Penal*. 2. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2013, p. 43.

e na difusão do sistema de *compliance*⁸, na atribuição de responsabilidade administrativa àqueles sujeitos aos mecanismos de controle e na manutenção temporária de um cadastro de clientes do sistema financeiro nacional.

Diante disso, a Recomendação n° 29 do GAFI⁹ estabeleceu aos países-membros o dever de estabelecerem uma unidade de inteligência financeira que funcionasse como um centro de recebimento de operações suspeitas e de outras comunicações possivelmente relacionadas à utilização do sistema financeiro para a ocultação e financiamento de crimes, de forma que o órgão pudesse analisar tais informações e, a depender do caso, encaminhá-las às autoridades nacionais competentes.

Sendo assim, a Unidade de Inteligência Financeira (UIF) ou *Financial Intelligence Unit* (FIU) pode ser compreendida como uma entidade nacional centralizada responsável pelo recebimento, análise e transmissão às autoridades competentes de informação estratégica sobre operações econômico-financeiras suspeitas de lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo e outros crimes complexos, como tráfico de armas e de pessoas, sequestro, crimes contra o sistema financeiro, corrupção, dentre outros. Em outras palavras, as UIFs são organismos da burocracia estatal que recebem informações sobre transações suspeitas de lavagem de dinheiro, informadas geralmente por instituições financeiras e outros setores obrigados, analisando-as, e produzindo relatórios de inteligência que são encaminhados a outros organismos estatais locais de investigação e persecução judicial e, ainda, a outras UIFs, quando em cooperação internacional.

As vantagens de se concentrar o recebimento e a análise

⁸ *Compliance* — do termo inglês *comply* — significa o ato ou procedimento para assegurar o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor.

⁹ De acordo com a Recomendação GAFI n°29, os países deveriam estabelecer uma unidade de inteligência financeira (UIF) que sirva como um centro nacional de recebimento e análise de: (a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise. A UIF deveria ser capaz de obter informações adicionais das entidades comunicantes e ter acesso rápido a informações financeiras, administrativas e de investigação que necessite para desempenhar suas funções adequadamente. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>. Acesso em: 31 jun. 2019

de comunicações de operações suspeitas em um órgão central, além de contribuir para o processamento mais rápido das informações, também facilita a especialização de apenas uma instituição nesse trabalho, sem a necessidade de desenvolver a mesma expertise em diferentes organizações¹⁰. A centralização dos trabalhos de inteligência na UIF acaba por conferir eficiência ao trabalho de análise, evitando a dispersão de informações correlacionadas por diferentes órgãos, ao tempo em que também desonera as autoridades de persecução penal da tarefa de escrutinar; novamente, informações já processadas por especialistas.

Ademais, a existência de um intermediário entre a entidade comunicante e a autoridade de investigação criminal cria um ambiente de confiança para que as comunicações de operações suspeitas sejam realizadas de forma eficiente e acaba por propiciar um reexame de informações, diminuindo os erros que possam levar à investigação de um cliente não envolvido com práticas ilícitas. Essa intermediação permite, ainda, que a identidade da pessoa que realizou a comunicação seja preservada de eventuais retaliações.

As UIFs atualmente existentes funcionam de maneiras diversas, de acordo com a legislação de cada país e podem estar estruturadas em, basicamente, quatro modelos: o administrativo, o policial, o promotorial e o modelo híbrido-misto¹¹.

No modelo administrativo, a UIF possui uma estrutura da burocracia estatal e não tem poderes persecutórios, judiciais, investigatórios, atuando principalmente como canal de comunicação entre Estado e setor privado, a fim de amenizar o desgaste provocado pelo ambiente de suspeitas de cometimento de crimes das instituições financeiras sobre seus próprios clientes. É comum que as UIFs constituídas nesse modelo funcionem de forma autônoma, sob a supervisão de um Ministério ou de forma independente. Este é o modelo adotado

¹⁰ Nesse sentido: STESENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model. Cambridge Studies in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press. 2000. p. 184.

¹¹ Conforme Financial Intelligence Units, an Overview – Washington, D.C.: International Monetary Fund, Legal Dept., Monetary and Financial Systems Dept.: World Bank, Financial Market Integrity Div., Washington, USA, 2004, p. 10.

pelo Brasil¹².

No modelo *policial*¹³, a UIF detém poderes investigatórios para apurar crimes contra o sistema financeiro, dentre eles o de lavagem de dinheiro, havendo, neste caso, uma extensão do próprio aparato policial do Estado. Em muitos ordenamentos a UIF funciona como um departamento de polícia especializado. A UIF portuguesa segue o modelo policial, como o dos países nórdicos e da Alemanha, e está inserida dentro da Polícia Judiciária¹⁴.

No modelo promotorial ou judicial, a UIF está integrada ao organismo estatal responsável pela persecução penal ou a algum outro organismo integrado ao Poder Judiciário, estando fortemente ligada ao sistema judicial e supervisionada diretamente pela autoridade competente para dirigir e exercer o controle sobre as investigações criminais. Este modelo geralmente é adotado em Estados cuja legislação sobre sigilo bancário é tão rigorosa que acaba sendo necessário haver um vínculo direto com as autoridades judiciais, ou promotoria, para garantir a cooperação das instituições financeiras.

Por fim, no modelo híbrido/misto, há uma conjugação de elementos constitutivos da estrutura e organização dos modelos de UIF descritos, como tentativa de se aproveitar as características vantajosas de cada um (destacadamente o modelo administrativo e o policial judiciário). Em muitos Estados, a UIF

¹² Além do Brasil, também possuem UIFs com modelos administrativos os seguintes países: Andorra, Antillas Neerlandesas, Aruba, Australia, Bélgica, Bolívia, Bulgária, Canadá, Colômbia, Coreia, Croácia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, França, Israel, Liechtenstein, Malta, Mônaco, Países Baixos, Panamá, Polônia, República Checa, Romênia, Rússia, Ucrânia e Venezuela. Conforme Unidades de inteligência financeira: Panorama general -Washington, D.C.: Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros, 2004. Disponível em <https://www.imf.org/external/pubs/ft/FIU/esl/FIUs.pdf>.

¹³ As UIFs policiais encontram-se apenas em países europeus, como a Alemanha, a Áustria, a Eslováquia, a Estônia, a Hungria, a Irlanda, o Reino Unido, a Islândia, a Suécia e Portugal.

¹⁴ A Unidade de Informação Financeira (UIF) foi incluída na lei orgânica da Polícia Judiciária com o Decreto-Lei n.º 304/2002, de 13 de dezembro e está hoje definida, na Lei n.º 37/2008, de 6 de agosto, que aprovou a nova orgânica desta Polícia, como um serviço da Direção Nacional. As suas competências estão descritas no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 42/2009, de 12 de fevereiro, e no artigo 82.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. Disponível em: <http://www.portalbcft.pt>. Acesso em: 01 jul. 2019.

de modelo misto/híbrido é resultado da união de dois organismos que já tinham a incumbência de combater a lavagem de capitais, lembrando-se que algumas UIFs organizadas segundo o modelo administrativo têm, em seus quadros, profissionais oriundos de diversos organismos reguladores e policiais aos quais ainda estão vinculados.

3 O modelo administrativo da UIF brasileira

A criação da Unidade de Inteligência Financeira brasileira se deu em 1998 e inicialmente foi denominada Conselho de Atividades Financeiras (COAF)¹⁵, órgão que era subordinado ao Ministério da Fazenda, ao qual foi conferida a atribuição de coordenar mecanismos voltados à troca e análise de dados que viabilizem ações ligadas ao combate e à repressão da lavagem de dinheiro, bem como a competência para disciplinar e aplicar penas administrativas às pessoas sujeitas às suas orientações.

Recentemente, através da Medida Provisória nº 893, de 19 de agosto de 2019, o COAF foi transformado em Unidade de Inteligência Financeira e teve sua vinculação administrativa modificada para o Banco Central do Brasil, sendo atualmente responsável por produzir e gerir informações de inteligência financeira para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa e promover a interlocução institucional com órgãos e entidades nacionais, estrangeiras e internacionais que tenham conexão com a matéria¹⁶.

A UIF brasileira atua como o repositório de diversas informações provenientes dos setores obrigados definidos no art. 9º da Lei nº 9.613/1998¹⁷, os quais devem comunicar¹⁸

¹⁵ O COAF foi criado pelo art. 14, da Lei n.º 9.613, de 03 de março de 1998.

¹⁶ Conforme art. 2º, §1º da Medida Provisória nº 893/19, de 19 de agosto.

¹⁷ Alguns exemplos desses setores obrigados são: instituições financeiras; empresas seguradoras, de previdência, complementar e consórcios; mercados de valores mobiliários; fundos de pensão; joalherias; comércios de bens de luxo ou de alto valor.

¹⁸ As comunicações podem ser de dois tipos: 1) Comunicação de operação suspeita: contém explicação das suspeitas identificadas sobre operações realizadas em determinado período; e 2) comunicação de operação em espécie: são encaminhadas imediatamente ao COAF pelos setores obrigados quando seus clientes realizam movimentações em espécie acima de determinado valor estabelecido na norma.

quaisquer movimentações financeiras suspeitas. Estas informações são analisadas e, quando identificados indícios de lavagem de dinheiro, acabam por constar em relatório denominado de Relatório de Inteligência Financeira (RIF), que é encaminhado ao Ministério Público e/ou à Polícia Judiciária, embora outras autoridades, - como a Controladoria-Geral da União, a Receita Federal e os serviços de inteligência -, possam receber essas informações a depender da matéria tratada. A partir do RIF se iniciam outras investigações complementares para a identificação dos crimes praticados e os seus responsáveis.¹⁹

A UIF brasileira possui natureza exclusivamente administrativa, o que restringe suas atribuições à elaboração de relatórios que tratem de operações em relação às quais recaia algum tipo de suspeita. A unidade não detém competência para promover investigações e produzir provas e está limitada a atuar como mero banco de dados e órgão transmissor de informações, cujo compartilhamento deve guardar especial atenção às hipóteses previstas em Lei.

As informações que integram o RIF são eminentemente de inteligência financeira e protegidas pelo sigilo legal²⁰, só podendo ser difundidas às autoridades competentes quando verificados fundados indícios de crime de lavagem de dinheiro, de financiamento ao terrorismo ou de outros ilícitos, conforme estabelecido no art. 15 da Lei nº 9.613/98.

A troca de informações entre a UIF e as autoridades competentes é realizada por meio do Sistema Eletrônico de Intercâmbio – SEI-C²¹, ambiente seguro e ágil para o envio e recebimento de informações sobre investigações em andamento, não havendo, assim, que se falar em acesso pelas autoridades competentes à base de dados da UIF, a qual não é compartilhada

¹⁹ Conforme dados disponibilizados no sítio eletrônico do COAF, atual UIF, foram recebidos dos setores obrigados até 30/06/2019, o total de 139.593 comunicações de operações suspeitas e 1.692.545 comunicações de operações em espécie. Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/coaf#coaf-em-numeros>. Acesso em: 20 jul. 2019.

²⁰ O conteúdo do RIF é protegido por sigilo constitucional, inclusive nos termos da Lei Complementar 105, de 2001, não estando, portanto, sujeito às classificações da Lei 12.527, de 2011. O órgão destinatário do RIF é responsável pela preservação do sigilo. Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro/inteligencia-financeira#rif>. Acesso em: 02 ago. 2019.

²¹ Conforme informações disponíveis em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro/inteligencia-financeira>. Acesso em: 02 ago. 2019.

com qualquer outro órgão, nem mesmo com a Secretaria da Receita Federal.

Da mesma forma, a UIF não tem acesso aos dados protegidos pelo sigilo fiscal constante no banco de dados da Receita Federal. Apenas os dados cadastrais da Receita Federal são acessados pela Unidade, ou seja, apenas as informações como CPF/CNPJ, nome/razão social, endereço, e-mail, participações societárias, capital social das empresas, dependentes.

3.1 A atividade da UIF

A UIF não realiza nenhuma investigação criminal, apenas recebe e analisa informações comunicadas pelos setores obrigados e dá conhecimento dos resultados dessas análises às autoridades competentes para que, com base nesses indícios, elas possam ou não subsidiar procedimentos investigatórios que poderão dar início a ações criminais.

A análise das informações financeiras realizadas pela UIF ocorre basicamente em três fases. Na primeira, ocorre a recepção das informações e comunicações relativas às operações financeiras suspeitas de estarem relacionadas com a lavagem de dinheiro, que devem ser encaminhadas pelas entidades obrigadas, que tenham contato com o cadastro e movimentação econômico-financeira de outras pessoas²².

Recebidas as informações, sempre sob o sigilo e sem o conhecimento da pessoa suspeita, a UIF analisa-as de forma

²² Os “suspicious transaction reports” (ou STRs), na definição do Grupo de Egmont. Reference Guide to Anti-Money Laundering (AML) and Combating the Financing of Terrorism (CFT), capítulo VII (The Financial Intelligence Unit), p. 05. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/982541468340180508/Reference-guide-to-anti-money-laundering-and-combating-the-financing-of-terrorism>. Acesso em: 02 ago. 2019.

tática, operacional e estratégica²³, e elabora um relatório de inteligência ou de informações financeiras, no qual constam as informações sobre as operações que evidenciam suspeitas de indícios de ilícitos de lavagem de dinheiro, confrontando-as com outras fontes de pesquisa²⁴ ou informações fornecidas por outras pessoas do setor privado, por organismos públicos internos, e também de outras UIFs, quando há cooperação jurídica internacional.

A análise tática realizada pela UIF consiste na recolha dos dados importantes para estruturar o processo e respectiva comparação entre fontes. A análise operacional retrata o pressuposto criminal com base nas informações provenientes da análise tática, ao tempo em que identifica possíveis execuções do crime de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo através de padrões de atividade, pistas, perfis financeiros e criminais. Já a análise estratégica direciona-se às operações que possam vir a existir, baseando-se nas novas tendências e padrões de evolução, podendo conduzir à criação de novos deveres de prevenção às entidades sujeitas.

É nessa segunda fase que se apura o crime em sentido propriamente dito, pois é realizada uma filtragem dos registros das contas das entidades financeiras, dos registros de bens imóveis, de documentos hipotecários e sentenças, dos registros empresariais, das contas de corretagem e fundos mútuos, dos contratos seguradores, e os demais registros de operações financeiras oportunas à investigação, ou seja, a UIF funciona como uma espécie de base de dados.

²³ Segundo o Grupo de Egmont, as UIF cumprem três funções analíticas especializadas, a saber, tática, operacional e estratégica. As atividades inerentes a cada fase constam no *Reference Guide to Anti-Money Laundering (AML) and Combating the Financing of Terrorism (CFT)*. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/982541468340180508/Reference-guide-to-anti-money-laundering-and-combating-the-financing-of-terrorism>. Acesso em: 02 ago. 2019.

²⁴ A UIF, por exemplo, no momento em que realiza suas análises, consulta bases de dados como: Rede Infoseg (base de inquéritos), Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), Declaração de Operações Imobiliárias (DOI), Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), Cadastro de Pessoas Expostas Politicamente (Cadastro de PEPs), Prestação de Contas Eleitorais do TSE, Cadastro Nacional de Empresas (CNE), Base de Grandes Devedores da União, Bases do Tribunal Superior Eleitoral, Declaração de Porte de Valores (e-DPV). Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro/inteligencia-financeira>. Acesso em: 02 ago. 2019.

Uma importante função dessa etapa é a análise dos depósitos, dos levantamentos e das transferências ou compra de valores mobiliários ou de apólices seguradoras, por exemplo. Daí a importância de que a UIF seja dotada dos mais amplos poderes de acesso à informação, nomeadamente, a bases de dados comerciais ou governamentais, poder para solicitar informações adicionais às entidades sujeitas, e acesso a técnicas e mecanismos avançados de informação.

No Brasil, as comunicações efetuadas pelos setores obrigados pela Lei nº 9.613/1998 são recebidas pelo Sistema de Informações da UIF, denominado SisCoaf, que, programado com regras de inteligência pré-definidas, efetua análise sistêmica e distribui as comunicações que deverão ser tratadas individualmente pelos analistas. Todas as comunicações recebidas e análises realizadas são armazenadas no referido sistema, o que possibilita a construção de uma base de dados com volume crescente de informações, utilizadas como subsídios para a realização das análises subsequentes.

Por meio do cruzamento das informações recebidas dos setores obrigados com os dados disponíveis nas bases citadas, são detectados sinais de alerta, que propiciam a abertura de pastas virtuais de casos para aprofundamento da análise e elaboração de Relatórios de Inteligência Financeira – RIFs. Ao ser concluído, o relatório é submetido às instâncias internas, para avaliação e decisão, sendo, ao final, disponibilizado às autoridades competentes, por meio do Sistema Eletrônico de Intercâmbio - SEI, ou fisicamente, quando for o caso, com as devidas cautelas de segurança, garantindo a proteção da informação.

As atribuições de regulamentação e repressão da UIF são válidas apenas para setores sem órgão regulatório próprio, como empresas de *factoring*, de comércio de joias, metais preciosos, pedras, objeto de arte e antiguidades. No entanto, todas as entidades que atuam em setores sensíveis também devem atender às requisições de informações formuladas pela UIF.²⁵

Na terceira fase, os resultados do trabalho de recebimento e

²⁵ Conforme Relatório de Atividades do COAF, atual UIF, de 2018. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/relatorio-de-atividades/arquivos/relatorio-de-atividades-coaf-2018.pdf/view>. Acesso em: 02 ago. 2019.

análise das comunicações de operações suspeitas de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo são documentados no RIF e encaminhados às autoridades competentes para a persecução penal podendo também ser disseminado a outras UIFs ou arquivado. A disseminação das informações poderá ocorrer de duas formas: espontaneamente, após a análise das comunicações recebidas e de outras informações relevantes; ou a pedido de autoridades competentes que necessitem de auxílio no curso de investigações já formalizadas, em pedido de intercâmbio²⁶.

A decisão de disseminar as informações deve estar baseada na conclusão pela existência de crimes de lavagem de dinheiro, com base em fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito²⁷. Portanto, a competência da UIF de disseminar informações obtidas por meio da análise de inteligência financeira não se restringe a informações sobre a prática de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, mas inclui qualquer outro ilícito.

As informações de operação atípicas ou suspeitas disseminadas pela UIF podem vir a subsidiar a instauração de Inquéritos Policiais (IP) ou Procedimentos Investigatórios Criminais (PIC) no âmbito das Polícias Judiciárias e do Ministério

²⁶ Nesse sentido também já se manifestou o STJ, em decisão proferida no Recurso em *Habeas Corpus* Nº 73.331 - DF que objetivava o trancamento das investigações referentes à "Operação Zelotes", a qual tinha por objeto investigação dos crimes de tráfico de influência e corrupção ocorridos no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARE. A citada investigação havia sido iniciada por meio de denúncia anônima que ensejou a abertura de inquérito policial no qual foram realizadas diversas diligências, inclusive o envio de pedido de intercâmbio de informações ao COAF. Inicialmente, o recorrente pleiteou a declaração de ilegalidade pela quebra do sigilo em razão das informações obtidas por meio do RIF Nº 12.225, enviado em resposta ao citado pedido de intercâmbio. Segundo o alegado pelo recorrente, teria ocorrido quebra ilegal, uma vez que o RIF foi obtido por iniciativa da autoridade policial sem autorização judicial. Em relação a esse tema específico, entendeu o STJ que não há nenhuma ilegalidade na utilização de RIF na investigação, obtido mediante pedido de intercâmbio ao COAF. De acordo com o relator: "*A provocação inicial pela autoridade policial não desnatura a comunicação do ilícito indiciariamente constatado pelo COAF*", autorizada pelo art. 15 da Lei Nº 9.613/98, sem necessidade de prévia autorização judicial. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC Nº 73.331 - DF (2016/0185848-3)* Voto do Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, Brasília, 25 out. 2016, p. 30.

²⁷ Brasil. Lei 9.613/98, art 15: "*O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.*"

Público (MP), respectivamente, ou podem ainda integrar procedimentos já instaurados e em curso nessas instituições ou em outras.

3.2 O RIF e a investigação criminal

A investigação criminal financeira é um método investigativo que intenta não só angariar provas sobre o ilícito cometido como também visa identificar ativos confiscáveis, caracterizando-se como instrumento eficiente no combate à lavagem de dinheiro e à criminalidade sofisticada. Segundo a (FATF, 2012)²⁸, tal método se ocupa dos assuntos financeiros relacionados à conduta ilícita no intuito de identificar e documentar, para fins de prova, a movimentação dos recursos financeiros durante o curso da atividade criminal, ou seja, a relação entre a origem do recurso e seus beneficiários, a data de recebimento e em que foi investido ou depositado etc.

O rastreamento de recursos e a documentação do fluxo durante a conduta ilícita podem providenciar valiosas informações sobre a identificação de ativos sequestráveis, as manobras de dissimulação dos produtos e proveitos em lavagem de dinheiro e o funcionamento hierárquico de uma organização criminosas, dentre outros. Assim, a investigação financeira tanto angaria provas como identifica situações que ensejam a adoção de medidas cautelares visando o exaurimento da persecução em face de ilícitos que geram produto e proveito.

As atividades desenvolvidas pelas organizações criminosas e as transações econômicas globalizadas indicam que raramente os instrumentos, proveitos e vantagens do crime se encontram na posse do agente sem qualquer tipo de ocultação ou dissimulação de sua origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade. Na verdade a investigação financeira e de inteligência financeira, na prática, geralmente se depara com indícios de bens que foram convertidos em ativos lícitos por alguma medida de lavagem de dinheiro.

Neste contexto, o RIF deve identificar claramente a pessoa

²⁸ Financial Action Task Force – FATF, 2012, item 30, p. 22. Disponível em: [http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF% 20Recommendations%202012.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf). Acesso em: 02 ago. 2019.

física ou jurídica, relacionada à operação relatada, as pessoas singulares ou coletivas ligadas à operação e aos seus beneficiários finais, com todos os dados possíveis disponíveis, bem como as principais vinculações. A inclusão destes pressupostos no relatório permite individualizar e identificar os principais supostos autores dos fatos, com vistas à formação de futuras provas a serem formadas durante a investigação pelos órgãos de investigação criminal.

Atendendo ao fato de que os atos puníveis dos delitos de lavagem de dinheiro exigem investigações complexas, os perfis financeiros e os alertas associados à inconsistência das operações financeiras deduzidos nos relatórios de inteligência ganham especial relevância e utilidade para apoiar a investigação e os processos futuros, pois permitem a detecção de padrões de comportamento dos suspeitos que levem à descoberta do crime precedente que originou os fundos ilícitos.

De posse dessas informações de inteligência, as autoridades responsáveis pela persecução criminal devem analisar os indícios de cometimentos de crimes, os comportamentos puníveis correspondentes, juntamente às etapas do processo de lavagem de dinheiro, a fim de planejar uma investigação com base nos dados e no perfil financeiro da pessoa investigada.

A análise comparativa do perfil financeiro permitirá, por exemplo: i) a dedução, a partir de indícios, se a pessoa está omitindo dados sobre sua atividade econômica, receitas, despesas e ativos; ii) se, além de sua própria renda está lidando com renda de terceiros; iii) se, através de análise de amostra de períodos, há aumentos significativos em relação ao seu rendimento e capital próprio que não tem explicação lógica e, portanto, pode ser suportado em atividades ocultas não registradas corretamente; iv) se há declínios significativos em relação ao seu rendimento e patrimônio que não têm explicação lógica ou contrapartida transacional e, portanto, pode ser apoiada por atividades de encobrimento de ativos ou renda para evitar a ação das autoridades; v) comparar se o nível transacional (frequência, volume, natureza etc.) de um período para outro não é apoiado pelas informações fornecidas pelo cliente e pelo perfil etc.

As informações de inteligência financeira, portanto, acabam por trazer informações suspeitas de clientes que são reportadas às UIFs pelos setores obrigados, mas que dificilmente se mostram suficientes para permitir a detecção da lavagem de dinheiro por si só, e passam a caracterizar indícios de fatos puníveis que desencadearão o procedimento de investigação criminal.

Assim, na maioria dos casos, a análise financeira termina por desvendar algum tipo de ocultação ou dissimulação que leva a autoridade investigante, se entender conveniente, a ampliar a investigação da lavagem de dinheiro. A autoridade investigante pode ainda entender conveniente a ampliação da análise para as circunstâncias pessoais do investigado, especialmente seu patrimônio, rendas declaradas e gastos de consumo, uma vez que a lavagem não necessariamente pode ter-se esgotado na prática da atividade suspeita, servindo as informações obtidas, nessas circunstâncias, como indícios hábeis a fundamentarem pedidos de medidas cautelares, visando o aprofundamento da investigação e a consequente obtenção de provas dos ilícitos praticados²⁹.

4 O Acesso da UIF a dados protegidos pelo sigilo e o compartilhamento das informações com os órgãos de persecução criminal

A comunidade jurídica internacional, no âmbito da persecução dos crimes complexos, vem considerando a limitação dos sigilos bancário e fiscal - quando demonstrados o interesse público, o interesse da justiça e o interesse social -, como a menor restrição possível dos direitos e garantias fundamentais. Tal consideração funda-se, ainda, na periculosidade e nas graves consequências dessa nova e desenvolvida criminalidade que, ao contrário dos crimes ditos “comuns” ou de “primeira” ou mesmo

²⁹ Nesse sentido MORO, Sérgio Fernando. *Crime da Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 75.

“segunda velocidade”³⁰, vem tomando cada vez mais espaço e preocupação dos Estados.

A restrição do direito aos sigilos bancário e fiscal representa uma menor restrição possível quando em questão crimes como o de lavagem de dinheiro, diante da dificuldade na persecução desses delitos pela complexidade, internacionalidade, profissionalismo e a especialidade de seus agentes.

Assunto sensível, mas pacificado pelas alterações nas legislações específicas, se refere à possibilidade das UIFs obterem acesso a dados protegidos pelo sigilo. Nesse aspecto, observa-se um avanço dos Estados para cumprirem as obrigações internacionalmente assumidas, em especial a Recomendação n. 9 do GAFI, no sentido de que as leis de sigilo das instituições financeiras não inibam a implementação das Recomendações do GAFI.

Em Portugal, no âmbito do propósito de agilizar a investigação criminal, a Lei n.º 36/2010, de 02 de setembro³¹, submeteu a revelação dos dados financeiros dos clientes apenas à determinação da autoridade judiciária competente no âmbito do processo penal, ou seja, do Magistrado do Ministério Público, do Juiz e do Juiz de instrução, a quem compete à promoção do processo penal (cf. art. 48 do CPP) e mais concretamente, a direção do inquérito em curso (cf. art. 263 n.º 1 do CPP), nos termos do disposto no art. 1 n.º 1 alínea b) do CPP.

O legislador, portanto, alterou o procedimento anterior, previsto no art. 135 do CPP português, que exigia a prévia autorização judicial para a quebra do sigilo bancário, pois tal reserva vinha implicando em demoras relevantes nos processos de inquérito criminal, comprometedoras da sua eficácia. Para tanto, foi considerado o “princípio da prevalência de interesse

³⁰ Uma primeira velocidade, representada pela lei penal do cárcere, na qual os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais devem ser rigidamente mantidos; e uma segunda velocidade, para os casos em que, uma vez que não é mais uma questão de prisão, mas de penas de privação de direitos ou pecuniárias, esses princípios e regras poderiam passar por uma flexibilidade proporcionada à menor intensidade da sanção. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2013, p. 55

³¹ Em Portugal a Lei n.º 36/2010 alterou o art. 79, n.º 2, alínea “d”, do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro.

preponderante”, no caso, que o interesse da investigação criminal é preponderante face à reserva da vida privada do titular da conta bancária³².

A alteração legislativa também atendeu à pertinência de entendimentos doutrinários que se levantavam no sentido de que o sigilo bancário poderia ser uma barreira à transparência, contribuindo para a organização e desenvolvimento de redes criminosas. A dificuldade de se identificar os autores do crime de lavagem de dinheiro e de se obter provas que sustentassem a acusação levava a uma baixa incriminação e, nesse cenário, o sigilo bancário afigurava-se segundo (VERDELHO, 2004, p. 142)³³ como “um obstáculo sério à investigação criminal”. Se assim não fosse, os países catalogados como paraísos para branquear capitais (*laundering havens*)³⁴ não seriam a zona predileta de atuação dos agentes branqueadores³⁵.

Portanto, em Portugal, desde 2010, o sigilo bancário não é mais abrangido pela tutela constitucional da reserva da “intimidade” da vida privada da mesma forma que outras áreas da vida pessoal. Isso porque o levantamento do sigilo bancário é um instrumento especialmente relevante em matéria de investigação criminal. Não raras vezes, apenas com o acesso a informações bancárias abrangidas pelo segredo é possível prosseguir com a investigação que objetiva a proteção de bens jurídicos, assegurando o interesse público na administração da Justiça, também consagrado constitucionalmente.

Ou seja, a administração da justiça é identificada como o interesse preponderante e como tal deve ser preservado diante de outros que devem ceder. Em suma, há uma necessidade de flexibilização do dever de sigilo bancário perante o interesse

³² Nesse sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, proferido no Processo n. 344/10.3GAVNC-B.G1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 01 jul. 2019.

³³ VERDELHO, Pedro, apud António José André Inácio. *A Criminalidade de Colarinho Branco. Polícia e Justiça*. Coimbra. ISSN 0870-4791. III Série, número especial, 2004.

³⁴ Os “*laundering havens*” caracterizam-se como as jurisdições que não tipificaram a lavagem de dinheiro como crime, e possuem uma intensa proteção do sigilo bancário (sigilo absoluto) e um sistema financeiro pouco desenvolvido, permitindo uma livre circulação de pessoas e capitais.

³⁵ Nesse sentido: GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de “branqueamento” de capitais: introdução e tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 44.

público³⁶ para que o combate à lavagem de dinheiro seja exitoso.

Segundo este princípio, a resolução do conflito de interesses realiza-se através da apreciação da natureza e da relevância dos bens jurídicos tutelados pelos deveres envolvidos, restringindo-os pelo critério de proporcionalidade³⁷, tendo em vista o caso concreto. Ou seja, prevalece o dever que tutele o interesse sensivelmente superior, desde que seja razoável impor ao lesado o sacrifício do seu direito ao sigilo, tendo em atenção à natureza e aos valores do interesse prosseguido com a divulgação. São estes os critérios que o legislador deveria impor ou o tribunal deve ponderar, quando esteja em causa a quebra do sigilo.

Assim o direito fundamental à segurança pública, que envolve elevado interesse público, pode, excepcionalmente e nas hipóteses legalmente previstas, justificar a relativização proporcional e razoável ao direito à privacidade e intimidade, de carácter não absoluto.

Especificamente acerca dos poderes da UIF portuguesa, que adota o modelo policial, o art. 113º da Lei n. 83/2017 assegurou não só à UIF, mas também ao Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP) do Ministério Público, a possibilidade destes solicitarem quaisquer elementos ou informações que considerem relevantes para o exercício das suas funções, sendo-lhes assegurado o acesso, em tempo útil, a: (i) quaisquer elementos que se encontrem na posse das entidades obrigadas e que relevem para as respectivas análises, independentemente de ter sido exercido ou não o dever de comunicação; (ii) qualquer informação de natureza financeira, comercial, societária, administrativa, registral, judicial ou policial, independentemente da respectiva fonte e de quem a detenha; (iii) qualquer informação de natureza fiscal ou aduaneira³⁸.

No Brasil, a UIF também dispõe de autorização legal para ter acesso aos dados financeiros acobertados pelo sigilo

³⁶ "(...) pode definir-se o interesse público como o interesse colectivo, o interesse geral de uma determinada comunidade, o bem comum". In AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de direito administrativo. Com a colaboração de Lino Torgal. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2016. v. 2, p.35.

³⁷ Princípio previsto no art. 18º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

³⁸ PORTUGAL. Lei n.º 83/2017, art. 113º, de 18 de agosto.

desde 2011, com a entrada em vigor da Lei Complementar n. 105/2011³⁹. A dita lei complementar, ao regulamentar o sigilo bancário, estabeleceu, dentre outras hipóteses, a possibilidade de compartilhamento do dado bancário e o acesso a ele por outros órgãos administrativos sem que isso implique na violação ou mesmo no afastamento do sigilo bancário.

Verifica-se assim que, ao contrário de haver a quebra de sigilo de dados, há a afirmação deste em virtude da “transferência de sigilo” da informação a outro órgão da Administração Pública, no caso a UIF, ampliando-se, assim, os órgãos legitimados ao acesso de dados bancários sem que tal ato caracterize violação, mas sim o compartilhamento da responsabilidade pela manutenção e custódia do próprio sigilo⁴⁰.

Nesse sentido já havia se posicionado o Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade⁴¹, julgada no dia 26/02/2016, no sentido de serem constitucionais as disposições da LC n. 105/2001, que regulam o compartilhamento de dados entre as instituições públicas, exatamente em decorrência da permanência do dever de sigilo.

Recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário 1.055.941-SP⁴², com repercussão geral, o STF reconheceu a constitucionalidade do compartilhamento de

³⁹ BRASIL. Lei Complementar n. 105/2011, art. 2º, §6º e 10.

⁴⁰ O art. 10, inciso V, da Lei nº 9.613/1998, dispõe da obrigação do COAF, atual UIF, de “preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas”.

⁴¹ Sobre o tema, afirmou que “trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal”. Brasil. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.390, julgada no dia 26/02/2016, conjuntamente com as ADI’s 2.386, 2.397 e 2.859.

⁴² Decisão: Inicialmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar da Procuradoria-Geral da República quanto ao alcance do tema em julgamento, vencidos os Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski. Em seguida, o Tribunal, por maioria, apreciando o tema 990 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória de 1º grau. Retificou o voto o Ministro Dias Toffoli (Presidente e Relator). Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Por unanimidade, foi revogada a tutela provisória anteriormente concedida. Ao final, o Tribunal deliberou fixar a tese de repercussão geral em assentada posterior. Plenário, 28.11.2019. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.055.941-SP, Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento: 28 nov. 2019. Publicado em 06 dez. 2019.

dados fiscais e bancários com o Ministério Público e autoridades policiais, sem autorização judicial prévia. Tal decisão revogou a liminar concedida monocraticamente pelo Ministro Dias Toffoli⁴³, proferida no mesmo processo, que havia suspenso todos os processos judiciais em andamento e todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PICs), atinentes aos Ministérios Públicos Federal e Estaduais em trâmite no território nacional, iniciados a partir do compartilhamento de dados pelos órgãos de fiscalização e controle (UIF, RF e BACEN), sem prévia autorização judicial.

Com a citada decisão, foi fixada a tese de repercussão geral de que

1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.⁴⁴

Caso tivesse prevalecido o entendimento da decisão liminar, o Estado brasileiro retrocederia no cumprimento das obrigações internacionalmente assumidas, em especial da Recomendação nº 9 do GAFI⁴⁵, pois além de limitar a atividade de investigação do Ministério Público e de outros órgãos competentes, criaria um obstáculo à celeridade e eficácia das investigações de crimes

⁴³ Julgamento: 15 jul. 2019, publicado DJe-167, publicado em 1º ago. 2019.

⁴⁴ Foi vencido o Ministro Marco Aurélio, que não referendava a tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 04 dez. 2019.

⁴⁵ Recomendação 9 GAFI: "*Os países deveriam assegurar que as leis de sigilo das instituições financeiras não inibam a implementação das Recomendações do GAFI*". Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomenda-coes-gafi>. Acesso em: 20 ago. 2019.

complexos.

Ademais, acabaria por onerar excessivamente a Justiça com pedidos de quebra de sigilo, ocasionando a abertura de investigações desnecessárias que prejudicariam todo o sistema de combate à lavagem de ativos. Outra consequência seria o enfraquecimento do microsistema brasileiro de combate ao crime de lavagem de ativos, além de impactar negativamente a imagem do país junto a organismos de controle internacionais.

A exigência de prévia autorização judicial para o compartilhamento de informações suspeitas pela UIF às autoridades competentes revelar-se-ia, ainda, contrária ao disposto no art. 15 da Lei 9.613/98, que impõe o dever de comunicação aos órgãos competentes sempre que aquela unidade detectar indícios de ilicitude.

Vale ressaltar, por relevante, que os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em Tratados e Convenções Internacionais, em especial a Convenção de Mérida⁴⁶ e a Convenção de Viena⁴⁷, numa chamada espécie de “cláusula de segurança” ou “tutela mínima anticorrupção”⁴⁸, impõem ao Brasil o dever de inibir a elaboração e aplicação de medidas legislativas internas supervenientes que enfraqueçam ou anulem as medidas já incorporadas no sistema brasileiro via Direito Internacional.

Assim, uma vez assumido tal compromisso, que inclusive possui uma superioridade hierárquica do ponto de vista material, não pode o Brasil adotar medidas legislativas internas supervenientes que enfraqueçam ou que anulem as já incorporadas ao ordenamento jurídico e que estão uniformemente estabelecidas no combate internacional a crimes graves e complexos.

⁴⁶ A Convenção das Organizações das Nações Unidas (ONU) de combate à corrupção, conhecida como Convenção de Mérida, foi incorporada ao Direito Brasileiro pelo Decreto nº 5687, de 31 jan. 2006.

⁴⁷ A Convenção das Nações Unidas contra o comércio ilegal de substâncias psicotrópicas de 1988, conhecida como Convenção de Viena, foi ratificada pelo Brasil com ressalvas para os artigos 25 e 66 e foi promulgada pelo Decreto 7.030, de 14 dez. 2009.

⁴⁸ Nesse sentido: PINHEIRO, Igor Pereira & PINHEIRO, Tânia Mara Moreira Sales. *Vade Mecum de Direito Anticorrupção*. Ed. JHMIZUNO, São Paulo, 2019.

Nesse sentido o próprio STF, em ADI n° 2390/DF⁴⁹, já manifestou entendimento pela constitucionalidade dos instrumentos legais brasileiros que possibilitam o acesso direto das informações bancárias e fiscais pelas entidades fiscalizatórias, eis que fundamentais para o combate de diversos delitos (dentre eles a lavagem de dinheiro e a corrupção), além de decorrerem dos diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

O STJ no REsp 1161467/RS⁵⁰, também já se manifestou no sentido de haver uma superioridade, pelo menos do ponto de vista material, das regras anticorrupção decorrentes do Direito Internacional e com as quais o Brasil se comprometeu a respeitar e implementar.

Como se vê, o direito ao sigilo não pode se tornar um entrave para as investigações criminais, propiciando a construção dos denominados “paraísos jurídico-penais”⁵¹, nos quais impera a impunidade. No que tange à exclusiva questão do sigilo bancário,

⁴⁹ BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.390, julgada no dia 26/02/2016, conjuntamente com as ADI's 2.386, 2.397 e 2.859. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁵⁰ Id. STJ. Recurso Especial n° 1161467/RS, julgado no dia 17/05/2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁵¹ Nesse sentido SILVA SANCHEZ defende que o Direito Penal da globalização objetiva dar “uma resposta uniforme ou, ao menos, harmônica, à delinquência transnacional, que evite a conformação de “paraísos jurídico-penais” (p. 103). Para ele, os fenômenos da globalização econômica e a integração supranacional possuem duplo efeito sobre a delinquência pois: “Por um lado [...], dão lugar a que determinadas condutas tradicionalmente contempladas como delitivas devam deixar de sê-lo, pois o contrário se converteria em um obstáculo às próprias finalidades perseguidas com a globalização e a integração supranacional. Em efeito, condutas violadoras de barreiras e controles estatais à livre circulação passam de puníveis a não puníveis. [...] Mas, por outro lado, os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica dão lugar à conformação de modalidades novas de delitos clássicos, assim como à aparição de novas formas delitivas. Desse modo, a integração gera uma delinquência contra os interesses financeiros da comunidade, produto da integração (fraude orçamentária – criminalidade alfandegária -, fraude às subvenções), ao mesmo tempo em que contempla corrupção de funcionários das instituições da integração. Além disso, gera a aparição de uma nova concepção de objeto do delito, centrada em elementos tradicionalmente alheios à ideia de delinquência como fenômeno marginal; em particular, os elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico. Criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2013.

a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) o considera como uma prática fiscal desleal na medida em que dificultaria o exercício dos controles à propriedade e movimentos de capitais, resultando em condições favoráveis para a evasão fiscal.

No âmbito da União *Europeia*⁵², já se percebe o avanço no reconhecimento da necessidade de que o sigilo bancário seja levantado e que se tenha um sistema obrigatório de comunicação das transações suspeitas a fim de se garantir que as informações sejam transmitidas às referidas autoridades promovendo, inclusive, uma maior eficácia na realização da cooperação internacional.

Dessa forma, verifica-se que atualmente o processo da globalização econômica acaba por criar um intenso movimento de inter-relações mútuas entre os entes internacionais, permitindo-se observar certa padronização nos ordenamentos jurídicos, fruto da internacionalização do Direito e da necessidade de criar respostas semelhantes ou harmônicas em todo o mundo para problemas globais.

O Brasil, sob essa perspectiva, não pode retroceder na internacionalização de procedimentos e padrões rígidos de controle, prevenção e combate aos crimes complexos e que resultam em grandes prejuízos econômico-financeiros e sociais. O encaminhamento do RIF contendo indícios de movimentações e atividades ilícitas pela UIF diretamente ao Ministério Público e aos demais órgãos competentes, sem a necessidade de prévia autorização judicial, revela-se em consonância com os padrões, recomendações, normas e regulamentos internacionais, já que

⁵² A Diretiva 91/308 / CEE do Conselho das Comunidades Europeias, de 10 de junho de 1991, relativa à utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais, dispõe: “Considerando que a defesa do sistema financeiro contra o branqueamento de capitais é uma tarefa que não pode ser levada a bom termo pelas autoridades responsáveis pela luta contra este fenômeno sem a cooperação dos estabelecimentos de crédito e outras instituições financeiras e das respectivas autoridades de fiscalização; que, nestes casos, o sigilo bancário deve ser levantado; que um sistema obrigatório de comunicação das transações suspeitas, que garanta que as informações sejam transmitidas às referidas autoridades sem alertar os clientes envolvidos, constitui a forma mais eficaz de realizar esta cooperação; que é necessária uma cláusula especial de proteção para isentar os estabelecimentos de crédito e outras instituições financeiras, bem como os respectivos funcionários e dirigentes da responsabilidade decorrente de uma violação das restrições à divulgação de informações;”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>. Acesso em: 07 out. 2019.

havam sido incorporados na norma nacional sobre a matéria.

A necessidade de autorização judicial para que ocorra o compartilhamento de operações suspeitas da UIF e dos órgãos de controle ao Ministério Público e às autoridades competentes implica em injustificado retardamento das apurações de delitos graves e complexos, além de favorecer a ocultação de provas, a continuidade de práticas criminosas graves e, conseqüentemente, o crescimento da impunidade.

5 Conclusão

A criação das Unidades de Inteligência Financeira, dentre elas a UIF brasileira (antigo COAF), consubstanciou-se em um passo significativo no caminho de reforço e efetividade do combate à criminalidade organizada e à criminalidade de matriz econômica e financeira e resultou de uma constatação, por parte de entidades globais com responsabilidades na matéria da criminalidade financeira e do terrorismo, nomeadamente o GAFI, de que se tornava imperioso atentar de uma forma específica no conhecimento das informações prestadas pelas entidades financeiras em que ocorrem grande parte das aplicações econômicas pelos criminosos.

As informações de inteligência produzidas pelas UIFs tanto servem como mecanismo de comunicação obrigatória de operações atípicas e suspeitas como auxiliam os órgãos de persecução na investigação criminal. Nessa seara, seja de forma indiciária suficiente ou conjugada com outras diligências, acabam fundamentando o requerimento de produção de outros meios de prova nos procedimentos de investigação ou processuais, visando o combate a tão graves e complexos crimes, como se revelam a lavagem de dinheiro, o financiamento ao terrorismo, a corrupção, o tráfico de drogas e de pessoas, dentre outros.

O compartilhamento das informações de inteligência financeira da UIF diretamente aos órgãos de persecução criminal encontra amparo no art. 15 da Lei nº 9.613/98 e está de acordo com as recomendações, normas e padrões internacionais

sobre a matéria. Condicionar tal partilhamento à prévia autorização judicial implicaria num retardamento injustificado das apurações de delitos graves e complexos, favorecendo a ocultação de provas, a continuidade de práticas criminosas graves e, conseqüentemente, o crescimento da impunidade.

Referências

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. v. 2. Com a colaboração de Lino Torgal. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2016.

BRASIL. *Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2011*. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp105.htm. Acesso em: 02 ago. 2019.

_____. *Lei nº 9.613, de 03 de março 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 02 ago. 2019.

_____. *Medida Provisória nº 893, de 19 de agosto de 2019*. Transforma o Conselho de Controle de Atividades Financeiras na Unidade de Inteligência Financeira. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv893.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus Nº 73.331 - DF (2016/0185848-3) Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, Brasília, Julgado 25 out. 2016, *Diário da Justiça Eletrônico* 17 nov. 2016. p. 30.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.390/DF* Julgada 24 fev. 2016, conjuntamente com as ADI's 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+2%2E390%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/t3omnub>. Acesso em: 02 ago. 2019.

_____. Recurso Extraordinário 1.055.941-SP, Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento: 15 jul. 2019, publicado *Diário da Justiça Eletrônico*, 167, divulgado em 31 jul. 2019. Publicado em 01 ago. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1055941votoMin.AM.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2019.

CARLI, Carla Di. *Lavagem de Dinheiro-Prevenção e Controle Penal*. 2. ed.

São Paulo: Verbo Jurídico, 2013.

DAVIN, João. *A Criminalidade Organizada Transnacional – A Cooperação Judiciária e Policial na UE*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

FINANCIAL Action Task Force – FATF, 2012. Disponível em: <http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2019.

GAFI. Financial Action Task Force on Money Laundering: Report. 1990. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/publications>. Acesso em: 01 jul. 2019.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de "branqueamento" de capitais: introdução e tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001.

INFORMATION CENTER. *Economic Declaration from the G7 Summit*. Disponível em: <http://www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/communique/drug.html>. Acesso em: 29 jun. 2019.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime da Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Igor Pereira & PINHEIRO, Tânia Mara Moreira Sales. *Vade Mecum de Direito Anticorrupção*. São Paulo: JHMIZUNO, 2019.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, proferido no *Processo n. 344/10.3GAVNC-B.G1*. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 01 jul. 2019.

_____. *Decreto-Lei n.º 42, de 12 de fevereiro de 2009*. Estabelece as competências das unidades da Polícia Judiciária. Disponível em: <http://www.portalbcft.pt>. Acesso em: 02 ago. 2019.

_____. *Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto de 2017*. Medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostraarticulado.php?artigo_id=2750A0034&nid=2750&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=-. Acesso em: 02 ago. 2019.

RECOMENDAÇÃO n.º 29 GAFI. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/asrecomendacoes-gafi>. Acesso em: 31 jun. 2019.

REFERENCE Guide to Anti-Money Laundering (AML) and Combating the Financing of Terrorism (CFT). Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/982541468340180508/Reference-guide-to-anti-money-laundering-and-combating-the-financing-of-terrorism>. Acesso em: 02 ago. 2019.

RELATÓRIO de Atividades do COAF de 2018. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-deconteudos/publicacoes/relatorio-de-atividades/arquivos/relatorio-de-atividades-coaf-2018.pdf> /view. Acesso em: 02 ago. 2019.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da*

política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2013.

STESSENS, Guy. *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*. *Cambridge Studies in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press. 2000.