

REVISTA  
JURÍDICA

da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-Grossense

## **COMITÊ CIENTÍFICO**

ADRIANA KOSZUOSKI  
ANTONIO ALBERTO SCHOMMER  
CARLOS EDUARDO CARMONA  
DIMAS SIMÕES FRANCO NETO  
FRANCISCO ANIS FAIAD  
GUIOMAR THEODORO BORGES  
JOSÉ PATROCÍNIO BRITO JR.  
MÁRCIO VIDAL  
MARCOS HENRIQUE MACHADO  
RONALDO OLIVEIRA  
RUI RAMOS RIBEIRO

Universidade de Cuiabá – UNIC  
Pró-Reitoria Acadêmica  
Centro de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão  
Faculdade de Direito  
Escola da Magistratura Mato-Grossense – EMAM

# REVISTA JURÍDICA

da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-Grossense

**EdUNIC**  
UNIVERSIDADE DE CUIABÁ

ISSN: 2359-5027

---

Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá e  
Escola da Magistratura Mato-Grossense, v. 5, jan./dez. 2017

---

© Universidade de Cuiabá – UNIC, 2017

Os conceitos emitidos nesta publicação são de inteira responsabilidade dos autores.  
É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta publicação, desde que citada a fonte.



Av. Beira Rio, 3.100 – Jardim Europa – 78.015-480 – Cuiabá - MT  
Tel.: (65) 3363-1000  
E-mail: edunic@unic.br



**Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá  
e Escola da Magistratura Mato-Grossense**

**Direção Editorial**

Antonio Alberto Schommer  
Marcos Henrique Machado

**Coordenação Editorial**

Marcos Henrique Machado

**Produção Gráfica e Editoração Eletrônica**

Marcos Juvenal da Silva

**Dados CIP – Biblioteca Central UNIC**

REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE CUIABÁ.  
Universidade de Cuiabá - UNIC. Faculdade de Direito.  
Cuiabá: Edunic, v. 1, n. 1, jul./dez., 1999.  
periodicidade anual.

341 p.

Direito – Periódico

1. Direito - Periódico I. UNIC. Faculdade de Direito

II. Título.

CDU: 340 (05)

# Sumário

Apresentação .....	7
Regulamentação específica da fundamentação da sentença (Novo CPC) <i>Augusta Prutchansky Martins Gomes Negrão Nogueira</i> .....	9
Instrumentos internacionais: fenômeno cultural versus direito penal – Caso Hakani <i>Edilene Dias Virmieiro Balbino</i> .....	49
Tráfico de drogas: razões fático-jurídicas de sua hediondez <i>Fernando Henrique de Moraes Araújo / Rafael de Oliveira Costa</i> <i>Rafael Abujamra / Daniele Volpato Sordi de Carvalho Campos</i> <i>Luciano Gomes de Queiroz Coutinho / Aluísio Antonio Maciel Neto</i> <i>Rogério Sanches Cunha / Olavo Evangelista Pezzotti</i> <i>José Reinaldo Guimarães Carneiro / Tomás Busnardo Ramadán</i> <i>Cássio Roberto Conserino / Luís Cláudio Davansso</i> <i>Tiago Dutra Fonseca / Maurício Fagnani Zuanase / Rafael Ribeiro do Val</i> <i>Werner Dias de Magalhães / Vinicius Rodrigues França</i> <i>Elaine Taborda de Ávila / Paula Augusta Mariano Marques</i> <i>Orlando Brunetti Barchini e Santos / Camila Bonafini Pereira</i> <i>Ana Brasil Rocha Pena / Vera Cecília Moreira</i> <i>Juliana Amelia Gasparetto de Toledo Silva</i> <i>Juliana Velasque Pellacani Figueiredo / Gustavo Albano Dias da Silva</i> <i>Fernanda Gomez Damico / Luiz Henrique Brandão Ferreira</i> <i>Marina França Faria / Marcela Figueiredo Bechara Ferro</i> .....	77

Instauração de inquérito civil público por promotor em face do juiz: legalidade e limites <i>Jamilson Haddad Campos</i> .....	137
Déficit de substância e de eficácia no ato jurídico – competência jurisdicional – implicações <i>José Basílio Gonçalves</i> .....	147
Humanização do direito de propriedade e a sua função social <i>Lídio Modesto da Silva Filho</i> .....	167
Litigância de má-fé no âmbito dos Tribunais de Contas: comparativo entre o antigo e o novo CPC e análise de precedentes <i>Luciano Pereira da Silva</i> .....	185
A necessidade de atualização da Lei de Licitações e a possibilidade jurídica de os entes federativos estabelecerem novos valores para definição das modalidades licitatórias: uma análise da atuação do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso <i>Lys Marisa Gonçalves</i> .....	215
A fiança como medida de política criminal <i>Marcos Henrique Machado</i> .....	235
Uniformização de entendimentos: economia, rapidez e segurança jurídica <i>Mauro Viveiros</i> .....	287
O papel do juiz na delação premiada <i>Moacir Rogério Tortato</i> .....	297
Abandono afetivo voluntário <i>Sandy Nágela Andrade Cedro / Camila Belebecha</i> .....	309
A dignidade da pessoa humana e as internações compulsórias determinadas pelo Judiciário <i>Wanderlei José dos Reis</i> .....	333

## Apresentação

Em 1999, quando do nascimento da REVISTA JURÍDICA DA UNIC, dizia o então Reitor Dr. Altamiro Belo Galindo em sua breve apresentação:

“(...) Aspiração acalentada há tempo, hoje a Instituição entrega ao público especializado um periódico que visa divulgar a produção acadêmica, quer do curso de graduação, quer de pós-graduação (...)” e, em outro trecho, continuava “(...) Nestes tempos de desesperança, incredulidade e indiferença, a Universidade reafirma sua fé no futuro, na capacidade construtiva de seus professores e alunos, na aptidão indeclinável do homem em buscar horizontes mais amplos e promissores (...)”. Por fim, em outro trecho de sua apresentação o Reitor ainda pré-dizia: “(...) a Universidade de Cuiabá oferece ao Estado de Mato Grosso e ao país mais um instrumento de divulgação do que de mais moderno se produz no campo da pesquisa, cônica da responsabilidade que tal ato lhe impõe, na medida em que sua continuidade é condição indeclinável e sua permanência é importante fator de divulgação da ciência jurídica (...)”

Hoje chega mais uma edição da revista, permeada de pesquisas, estudos e concepções de acadêmicos e professores da graduação e pós-graduação, discutindo e colocando à luz e à discussão de todos temas da atualidade jurídica, como: *“O papel do juiz na delação premiada; O abandono afetivo voluntário; A dignidade da pessoa humana...; Tráfico de drogas...; A fiança como medida de política criminal; e outros que permeiam, no dia a dia, as discussões de professores, acadêmicos e operadores do Direito.*

Caminhar à frente de seu tempo, buscando incessantemente o futuro e novas formas de entender o conhecimento jurídico é tarefa de todos aqueles que, comprometidos com a ciência, tem coragem de colocar à crítica do mundo científico suas conclusões e opiniões contribuindo decisivamente para a transformação da sociedade.

É na trilogia, ensino, pesquisa e extensão que professores e acadêmicos buscam alicerçar novos conhecimentos que através da reflexão, intercâmbio e suas interfaces sedimentam a construção da cidadania e com ela a reconstrução das entidades políticas, interferindo diretamente na ordem social e econômica de modo que seja feito do direito um real instrumento de pacificação e justiça social.

Por esta razão queremos parabenizar professores, acadêmicos e juristas que, capitaneados pelo competente professor Marcos Henrique Machado, ilustre Membro do TJMT, com muito denodo e não menos sacrifício, estão editando mais este número da revista jurídica.

Parabéns a todos e boa leitura.

Cuiabá, março de 2017.

Antonio Alberto Schommer  
Diretor da Faculdade de Direito da UNIC.

# Regulamentação específica da fundamentação da sentença (Novo CPC)

## *Specific regulation of the fundamentals of the sentence*

Augusta Prutchansky Martins Gomes Negrão Nogueira<sup>1</sup>

### RESUMO

A liberdade do Magistrado em fundamentar sua decisão é muito questionado por alguns doutrinadores; se está o mesmo obrigado a fundamentá-la de forma inovadora, quer dizer, de maneira autêntica, sem reproduzir fundamentação pré-existente, ou se o mesmo possui a faculdade de reportar-se à outra decisão para fins de motivação da sentença ou do acórdão; se ele precisa rebater todas as teses aduzidas pelas partes ou se basta manifestar-se acerca daquela que foi decisiva para seu convencimento; se basta mencionar o ato normativo como forma de justificar seu convencimento ou se precisa reproduzir em que aspecto aquele ato fora fundamental para a decisão proferida. Este artigo científico pretende elucidar as inovações trazidas pelo projeto do novo Código de Processo Civil no que concerne à fundamentação das sentenças e acórdãos, elencadas nos artigos 489, § 1º, 926 e 927, todos da Lei nº 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil, que impõem aos julgadores a observação e aplicação dos precedentes e jurisprudências ao caso concreto, este trabalho procurará em âmbito acadêmico, trazer à pauta a discussão de até onde o julgador, diante de toda dialeticidade recursal, estará vinculado a decidir fundado nos precedentes e jurisprudências trazidos aos autos pelas partes. Igualmente, serão apresentados os pontos favoráveis e desfavoráveis que poderão surgir pela nova sistemática proposta. Será realizada uma análise da evolução do instituto no sistema pátrio, para, ao final, apresentar as possibilidades previstas pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil.

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito, titular da 2ª Vara Criminal da Comarca de Barra do Garças. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, MBA em Direito: Poder Judiciário pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas – FGV.

## PALAVRAS-CHAVES

Fundamentação de sentença; Lei nº. 13.105/2015; Obrigatoriedade.

## ABSTRACT

*Freedom of the Magistrate in base his decision is very questioned by some scholars; it is the same obliged to support it in an innovative way, that is, authentically, without playing pre-existing foundation, or if it has the right to refer to another decision for the purpose of motivation of the sentence or judgment ; if he needs to bounce off all the arguments put forward by the parties or simply manifest about that was decisive for his conviction; This scientific article intends to elucidate the innovations brought by the project of the new Code of Civil Procedure with regard to the basis of the judgments and judgments, listed in articles 489, §1, 926 and 927, all of Law 13.105 / 2015, New Code of Civil Procedure, which impose on the judges the observation and application of precedents and jurisprudence to the concrete case, this work will seek in the academic field, bring to the agenda the discussion of how far the judge, before any recusals dialectic, will be bound to decide based on precedents And case-law brought by the parties. Likewise, the favorable and unfavorable points that will be presented by the new systematic proposal will be presented. An analysis will be made of the evolution of the institute in the country system, in order to present the possibilities foreseen by the New Code Civil Procedure Project.*

## KEYWORDS

*Sentence of reasons; Law nº. 13105/2015; Mandatory.*

## Introdução

Os tribunais compreenderam a importância de se estabelecer uma lógica interpretativa, mesmo mutável no tempo, mas que norteia o direito a seu tempo, sem, contudo, deixar de observar a estabilidade do direito, essencial à segurança jurídica.

Seguindo o caminho do desenvolvimento da aplicação do direito, dando sequência à evolução histórica na forma de aplicação das leis, o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, traz em

seu bojo, nos art. 926 e 927, o dever de fundamentação adequada e específica na superação de precedentes.

Determina, ainda, a possibilidade de modulação da eficácia temporal dos novos precedentes, o dever de fundamentação adequada na formação e aplicação dos precedentes judiciais, a publicidade qualificada dos precedentes, a ideia de *ratio decidendi* e de *obiter dictum* respectivamente como parte obrigatória e não obrigatória do precedente –, a expressa permissão para realização de distinções, procedimentos qualificados para a superação de precedentes prevendo forte participação, e a disciplina das razões suficientes para uma modificação de norma advinda de precedente judicial.

Vale lembrar que a jurisprudência não se confunde com o precedente judicial, a teoria dos precedentes trabalha a partir da importância de uma única decisão, respeitados determinados requisitos, para a produção de Direito; por outro lado, a força normativa da jurisprudência pressupõe a inexistência de relevância da decisão em sua unidade, sendo sua formação apresentada a partir de um grupo de precedentes, e, mais ainda, da repetição de julgados no mesmo sentido.

Os deveres de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência estão presentes no Novo Código de Processo Civil; mantem-se no caput do artigo 926, a modulação de efeitos, assim é possível a construção do *stare decisis* a partir do esforço doutrinário e jurisprudencial, envolvendo os precedentes que a originaram.

Portanto, este estudo coloca como questão problema até qual ponto a segurança jurídica, sem nenhuma dúvida, passa pela uniformização das decisões e pela boa fundamentação das mesmas, mantendo-as atreladas a precedentes e jurisprudências aplicadas simultaneamente por todas as instâncias do Poder Judiciário?

O objetivo deste artigo é definir as consequências da aplicação da Lei 13.105/2015 no que tange à fundamentação obrigatória da sentença.

A pesquisa é do tipo bibliográfica quanto aos fins e, quanto aos meios, é um estudo onde enfocará conceitos que foram considerados importantes para se alcançar o objetivo.

## Fundamentação da sentença na Lei nº. 13.105/2015

Estamos a frente de novos modelos de prolação de sentença, os quais advieram recheados de críticas.

Todavia, a Lei Federal nº. 13.105/2015 chegou para regulamentar o processo judicial civil, bem como institui o novo Código de Processo Civil. Foi aprovada e publicada no Diário Oficial da União em 17 de março de 2015, substituindo o antigo Código, vigente desde 1973.

Dessa forma, a Lei nº 13.105/2015 estabelece que não se considera fundamentada a decisão que invoca razões capazes de ser aplicadas a qualquer caso.

É dever do magistrado, segundo o novo código, examinar e se manifestar especificamente sobre a tese que tenha aplicado na decisão ao caso e que tenha sido impugnada pela parte, o que não ocorria sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, pois a decisão de um caso poderia, por exemplo, ser repetida para muitos outros casos, sempre em fundamentação geral e hipotética.

Por essa razão, o novo tratamento dado ao dever de fundamentar atende a uma vindicação dos advogados. A Constituição da República já estabelece que a sentença deve ser fundamentada, sob pena de nulidade.

O novo Código fornece elementos concretos e objetivos para o cumprimento desse dever do magistrado, ou seja, a rigor, a exigência já existia no ordenamento, mas carecia de especificidade.

### Conceito de sentença e seus elementos essenciais

A Lei nº 13.105/2015 define que a sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz encerra a fase cognitiva do procedimento comum, com ou sem resolução do mérito – art. 485 e 487, bem como extingue a execução. A decisão interlocutória é qualquer procedimento judicial decisório que não se enquadre na descrição de sentença – art. 203.

Segundo Neves, para que o ato judicial seja considerado sentença, não basta que seu conteúdo corresponda a um dos fundamentos do

art. 485 – sem resolução do mérito ou do art. 487 – com resolução do mérito como parecia fazer crer o texto legal do CPC revogado<sup>2</sup>.

Para Câmara, o termo sentença é considerado o mais importante dos provimentos judiciais, assim menciona que:

Nos termos do que dispõem o 1º do art. 203, ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim a base cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Esta definição legal, porém não é imune a críticas, sendo relevante buscar-se determinar com mais precisão o conceito de sentença.<sup>3</sup>

Importa afirmar, desde logo, que o conceito de sentença não é universal, mas decorre do direito positivo. Assim, por exemplo, nada impediria que algum sistema processual estabelecesse que sentença é qualquer ato decisório do juiz, ou que se trata do ato pelo qual o juiz provê sobre o mérito.

Não é assim, porém que se conceitua a sentença no direito brasileiro, devendo tal conceito ser extraído do modo como o ordenamento processual pátrio, compreendido sistematicamente, trata este ato jurisdicional. É importante, ainda, estabelecer o conceito de sentença por uma razão de ordem prática: é que, proferida a sentença, torna-se possível a interposição de um recurso denominado apelação – art. 1.009<sup>4</sup>.

O direito processual civil brasileiro trata a sentença como um ato de encerramento. Dito de outro modo, a sentença é definida pela posição que o pronunciamento judicial ocupa no procedimento que deve ser uma posição de encerramento do procedimento ou de alguma de suas fases.

Explique-se um pouco melhor: o processo, como já visto, é um procedimento que se desenvolve em contraditório. A este conjunto

---

2 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC - Lei nº. 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 188.

3 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 265.

4 *Ibidem*, p. 265.

formado pelo binômio “procedimento + contraditório” pode se chamar “ modulo processual”.<sup>5</sup>

Ocorre que há processos formados por mais de um modulo processual. Nesse sentido, Câmara menciona que no sistema processual civil brasileiro podem ser encontradas três diferentes situações:

- (a) o processo cujo objetivo é a produção de um julgamento;
- (b) o processo cujo é a transformação da realidade fática, de modo a fazer com que as coisas sejam como deveriam ser;
- (c) o processo que tem por objetivo a produção de ambos esses resultados.<sup>6</sup>

No primeiro caso, tem-se o processo de conhecimento. No segundo, processo de execução. E no último, tem-se o processo sincrético, assim chamado aquele que se desenvolve em duas fases, a primeira de conhecimento e a segunda de execução ou, como se diz na linguagem adotada pelo CPC, “cumprimento de sentença”.

Daniel Neves explica que o ato judicial de exclusão de um dos litisconsortes, por exemplo, por não implicar a extinção de toda a relação processual e, portanto, de toda a fase cognitiva, não será considerado sentença, nos termos da Lei nº 13.105/2015<sup>7</sup>.

Há, então, processos formados por um só modulo processual e processos formados por dois ou mais, porque poderá haver casos em que se terá, após a fase de conhecimento, o desenvolvimento de mais de uma fase executiva, bastando pensar no caso em que tenha havido condenação ao cumprimento de duas ou mais prestações de naturezas distintas, como fazer e entregar coisa, sendo estes módulos processuais.

Dessa forma, Câmara pontua que:

A sentença é o ato que põe fim a um módulo processual. Assim, nos casos em que processo se desenvolva em um só módulo (processo

---

5 Ibidem, p. 265.

6 Ibidem, p. 265.

7 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC – Lei nº. 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 189.

de conhecimento ou processo de execução), a sentença será o ato de encerramento do procedimento em contraditório (ou, como se costuma dizer no jargão forense, o ato que põe fim ao processo) e nos casos em que haja mais de um módulo processual ou, se preferir, mais de uma fase do processo), há verã tantas sentenças quantos sejam os módulos, cada uma delas encerrando um desses módulos (isto é, um desses procedimentos em contraditório).<sup>8</sup>

O pronunciamento a finalizar o último desses módulos processuais será o ato de encerramento do processo, sendo a sentença um ato do juiz que põe fim ao processo ou a alguma de suas fases.

O art. 203, § 1º estabelece, porém, uma ressalva, relativa aos procedimentos especiais. É que existem alguns desses procedimentos (como é o caso da “ação de demarcação”) em que existe a previsão de um pronunciamento judicial que, sem encerrar a fase cognitiva do processo, resolve parcialmente o mérito da causa (art.581) e, posteriormente, se prevê outro ato, este sim destinado a dar por encerrada a fase cognitiva do processo (art.587). Pois a lei dá a ambos esses pronunciamentos o nome de sentença. É que há procedimentos “bifásicos”, em que a fase cognitiva se divide em duas partes bem distintas. Nesses casos, o ato de encerramento do primeiro segmento do módulo cognitivo é uma “sentença parcial” (e o ato de encerramento do segundo segmento é a “sentença final”). E sendo ambos tratados como sentenças, contra ambos é cabível a interposição de apelação.<sup>9</sup>

Assim, o conceito de sentença estará ligado às consequências processuais (extinção total da fase cognitiva ou da execução) e ao recurso cabível (apelação), mas o sistema não impedirá a existência de resoluções de mérito que não se enquadrem no conceito de sentença<sup>10</sup>.

---

8 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 266.

9 Idem, p. 266.

10 Idem, p. 189.

Deve-se explicitar uma alteração estrutural nas sentenças que não enfrentam o mérito. A Lei nº 13.105/2015 não reproduziu preceito semelhante à segunda parte do art. 459 do CPC, que autorizava julgamentos concisos.

### Sentença: requisitos e tipos

Com essa nova redação, a sentença não mais pode ser qualificada como pronunciamento que põe fim ao processo, com enfrentamento ou não do mérito, mas a decisão que resolve ou não o mérito.

Segundo Mendes, o artigo 458 traz os requisitos essenciais que são: relatório, fundamentação e dispositivo:

- a) Relatório – é a parte em que o julgador indicará qual o conteúdo da postulação do autor, da resposta do réu e de eventual nova manifestação do autor. Tudo o que for relevante para a decisão deve ser exposto no relatório, é nele que o julgador deve demarcar o que deverá ser discutido e resolvido pela sentença.
- b) Fundamentação – é o momento em que o julgador irá desenvolver o seu raciocínio à luz do material carreado aos autos, para assim, aplicar sobre as premissas fáticas que estabelece as regras de direito.
- c) Dispositivo – é a parte final da sentença que encerra ou que conclui as premissas lançadas nos relatórios e na parte da fundamentação da sentença, é onde a regra abstrata de direito é aplicada ao caso concreto. É a parte que indicará os efeitos que poderão ser sentidos, de acordo com o pedido formulado pelo autor.<sup>11</sup>

Ainda segundo Mendes, os tipos de sentença são classificados em: terminativa e definitiva:

- a) Terminativa – é aquela em que o processo é extinto sem a resolução é extinto sem resolução do mérito. Esse tipo de sentença, em regra, produz apenas coisa julgada formal, os elementos da ação (partes,

---

11 MENDES, Filgueira. *Novo CPC aumenta a responsabilidade do julgador*. Disponível em: <http://fernandoquercia.com>. Acesso em: 15 nov. 2016.

causa de pedir e pedido) no bojo da processual finda, não poderão ser discutidos nesta demanda, porém, esses elementos poderão serem revistos em outra demanda judicial, quando for possível afastar a causa que gerou a extinção do processo. A sentença terminativa tem previsão no art. 267.

b) Definitiva – é aquela em que o mérito da causa é decidido, no todo ou em parte, produzindo assim, coisa julgada material. Não permite a renovação das razões que determinaram a extinção do processo.<sup>12</sup>

Neste tipo de sentença, o processo percorre todas as suas etapas, com tramitação normal, evidenciando a prática dos atos esperados.

### Espécies de sentença

Quando se classificavam as sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias, sempre se levava em conta o objeto (o conteúdo do ato decisório).

Já quando se cogitou das sentenças executivas ou mandamentais, o que se ponderou foram os efeitos de certas sentenças.

Não pode, como é evidente, uma classificação ora lastrear-se no objeto, ora nos efeitos, sob pena de violar comezinha regra de lógica: toda classificação deve compreender todos os objetos do universo focado e deve observar um só critério para agrupar as diversas espécies classificadas.

Pode haver, portanto, classificação por objeto e classificação por efeitos. Não pode, todavia, admitir-se como correta uma classificação que utiliza, para formação de alguns grupos de elementos, o critério do conteúdo e, para outros, o dos efeitos.

### Sentenças terminativas

Na redação atual artigo 485, optou o legislador por substituir a palavra julgamento por resolução, por considerar o posicionamento

---

<sup>12</sup> MENDES, Filgueira. Op cit.

de boa parte da doutrina, que associava a palavra julgamento ao exame do mérito.

Desta forma temos como sentenças terminativas como as que “põem fim ao processo, sem lhe resolverem, entretanto, o mérito”, previstas no artigo 485, que segundo Teresa Wambier:

O art. 485 indica, a exemplo do art. 267 do CPC de 1973, as hipóteses em que será proferida sentença terminativa, isto é, sem resolução de mérito. Não há nos incisos nenhuma novidade substancial, apenas redacional e sistemática com necessárias adaptações feitas para harmonizar as regras com as novidades do novo CPC. Os §§ 1º a 4º do art. 485 também conservam, com ajustes e aperfeiçoamento redacionais, as regras dos § 1º a 4º do art. 267 do CPC de 1973, além dos melhoramentos contidos nos §§ 5º e 6º sobre ser a sentença o momento final para a desistência da ação e sobre a extinção do processo por abandono do autor depender, quando apresentada a contestação, de pedido do réu. Não obstante, cabe destacar que o prazo para que a parte supra o abandono retratado nos incisos II e III foi ampliado de quarenta e oito horas para cinco dias (§ 1º). Também chama a atenção que acabou prevalecendo, no § 3º, a viabilidade de o magistrado conhecer de ofício também a matéria relativa ao inciso IX (intransmissibilidade do direito controvertido [não da ‘ação’] na hipótese de morte da parte). O § 7º inova, aqui substancialmente, ao permitir a retratação do magistrado na hipótese de ser interposta apelação. É novidade que merece ser destacada, porque generaliza o ‘efeito regressivo’, previsto no CPC de 1973 somente para as hipóteses de apelo da sentença de indeferimento da petição inicial e improcedência liminar do pedido, também preservadas pelo novo CPC (art. 331, caput e § 1º, e art. 332, §§ 3º e 4º, respectivamente).<sup>13</sup>

Desse modo, pode-se afirmar que há certa liberdade atribuída ao magistrado para a escolha da forma de fundamentação das decisões judiciais. Note-se bem: o magistrado não possui a faculdade

---

13 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Ordem cronológica no julgamento deve aumentar transparência no Judiciário*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 15 nov. 2016.

de fundamentar as decisões. Trata-se de dever inerente à própria validade da jurisdição, estabelecido por norma constitucional.

A sentença terminativa faz coisa julgada formal, com exceção da que acatar a perempção, a litispendência ou a coisa julgada. Temos perempção como a situação em que o autor por três vezes dá causa à extinção do processo<sup>14</sup>.

Na litispendência temos a situação de ajuizamento de uma demanda idêntica à outra já ajuizada, conforme dispõe o § terceiro do artigo 337 do CPC. A coisa julgada é a decisão de que já não caiba recurso, na definição do § quarto do artigo 337 do CPC.

### Sentença de mérito

As sentenças definitivas são os pronunciamentos do juiz que decidem, total ou parcialmente, o mérito da causa, assegurando à parte a tutela jurisdicional (objeto da demanda) pretendida mediante o exercício do direito de ação.

Segundo Medina, a sentença de resolução de mérito, que resolve o objeto do processo, dar-se-á nas hipóteses do art. 487 do CPC:

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

§ único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.<sup>15</sup>

---

14 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op cit.

15 MEDINA, José Miguel Garcia. *No novo CPC, a ordem cronológica de julgamento não é inflexível*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

É assim, de acordo com Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, a classificação de um pronunciamento judicial de natureza decisória como “sentença” independe do conteúdo da decisão.

Para fins classificatórios, na sistemática do código, importa – isto sim – saber se o pronunciamento do juiz põe (ou não) fim ao processo – ao, ao menos, a uma de suas fases<sup>16</sup>.

Apesar disso, seja a sentença terminativa, seja a sentença definitiva, os seus elementos componentes permanecem incólumes. Haverá sempre a necessidade de relatório, fundamentação e dispositivo.

Em relação à teoria dos capítulos da sentença, destaca-se o conceito de dispositivo, que, segundo Medina, é:

A conclusão a que chega o julgador após a exposição de ideias na fundamentação, que embasa e informa as suas razões de decidir de tal ou qual maneira em meio a tantas opções igualmente viáveis. Mas o dispositivo não é uma conclusão qualquer. É uma conclusão de conteúdo decisório, que contém um comando, uma ordem judicial que incidirá sobre o mundo dos fatos (realidade fática), podendo transformá-lo ou não.<sup>17</sup>

O dispositivo de uma sentença pode ser decomposto. Trata-se de uma decomposição das ideias formuladas pelo magistrado, cabível em determinadas circunstâncias, não obstante a sentença em si seja um ato jurídico-formal único.

À possibilidade de decomposição ideológica do conteúdo decisório (dispositivo) de uma decisão judicial, dá-se o nome em doutrina de teoria dos capítulos da sentença<sup>18</sup>.

Segundo essa teorização, o dispositivo de uma sentença é passível de divisão em capítulos. Os capítulos, assim, são unidades de um todo formalmente único, isto é, a sentença. Cada capítulo

---

16 MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit.

17 Idem.

18 Idem.

corresponde a uma unidade autônoma de conteúdo decisório e que está contida no dispositivo da decisão judicial, como explica Gajardoni:

Seguindo o mesmo raciocínio aplicado à classificação tradicional de uma sentença, que a divide em sentença terminativa ou definitiva, de conformidade com a maneira pela qual extingue o processo (com ou sem resolução de mérito), a parte dispositiva de uma decisão judicial pode apresentar capítulos de conteúdos distintos, a depender se analisa questões processuais de admissibilidade do julgamento do mérito ou se julga o mérito propriamente dito.<sup>19</sup>

Sendo assim, num mesmo dispositivo, pode haver capítulos puramente processuais como pode haver capítulos de mérito. Se uma sentença contém apenas capítulos de um tipo, ela será considerada uma sentença homogênea (p. ex.: sentença contém apenas capítulos que resolvem o mérito, pois o réu não alegou em sua resposta nenhuma das preliminares processuais constantes do art. 337 do CPC).

Já na hipótese de a sentença conter capítulos mistos, que ora decidem questões puramente processuais, ora conferem resolução a questões de mérito, ter-se-á uma sentença heterogênea. Vale ainda mencionar que, nos processos em que há cumulação de pedidos, caberá ao juiz proferir um pronunciamento para cada deles. Portanto:

Como o dispositivo da sentença conterà a resolução de vários pedidos cumulados, a decisão sobre cada um deles constituirá um capítulo. É o que ocorre em uma ação de indenização na qual o autor pede indenização por danos morais e materiais. Nessa hipótese, o juiz decidirá de tal forma a que, na parte dispositiva da sentença, haja um capítulo para o dano material e outro para o dano moral.<sup>20</sup>

Ainda, segundo Luco, poderá ocorrer nos capítulos de sentença o dispositivo da decisão que julga questões preliminares,

---

19 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Novo CPC trabalha com utopia de ser capaz de resolver problemas na justiça*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 15 nov. 2016.

20 Idem.

mas, rejeitando-as, adentra a resolução do mérito, como é o caso, exemplarmente:

- a) de uma ação na qual o réu, em sua contestação (CPC, art. 335),
- b) alega preliminarmente ao mérito a incompetência absoluta ou relativa do juízo (CPC, art. 337, II)
- c) ou a ausência de legitimidade ou de interesse processual (CPC, art. 337, XI).<sup>21</sup>

Em todos esses casos, caso o juiz decida pela rejeição das questões puramente processuais, lavrará um capítulo na parte dispositiva da sentença a esse respeito, para atestar que o procedimento, nas circunstâncias em que a parte invoca-as, viabiliza a resolução do mérito e, portanto, o acerto do objeto da demanda.

Outra matéria fundamental em relação a sentença, diz respeito aos recursos, que Medina assim conceitua:

Os recursos preconiza que, quanto ao efeito devolutivo, a sua extensão medir-se-á pela matéria efetivamente impugnada pela parte recorrente. É assim que se pode conceber a ideia de um *recurso total* (impugna todos os capítulos) ou *recurso parcial* (impugna apenas alguns capítulos).<sup>22</sup>

É assim igualmente que se desenvolve a estratégia processual da parte, que pode devolver ao tribunal o conhecimento de toda a matéria impugnada ou limitar o efeito devolutivo do recurso, conferindo à devolução um caráter mais restrito.

Medina, ainda, explica que, nesse compasso, aplica-se aqui a tradição construída desde os idos do Direito Romano, segundo a qual *tantum devolutum quantum appellatum*, brocardo incorporado pelo *caput* do art. 1.013 do CPC:

---

21 AJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit.

22 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: RT, 2015. p. 251.

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

§ 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.<sup>23</sup>

Em análise ao §1º do art. 1.013 do CPC, é clara a decorrência da teoria dos capítulos da sentença, utilizados na sistemática recursal do código como parâmetro limitador da extensão do efeito devolutivo do recurso de apelação.

Finalmente, a teoria dos capítulos da sentença aparece de modo implícito nas regras de liquidação de sentença, prescritas no art. 509 do CPC, *in verbis*:

---

23 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: RT, 2015. p. 251.

Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:

I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação;  
II - pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

§ 1º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

§ 2º Quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, o credor poderá promover, desde logo, o cumprimento da sentença.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça desenvolverá e colocará à disposição dos interessados programa de atualização financeira.

§ 4º Na liquidação é vedado discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.<sup>24</sup>

Em relação ao artigo acima mencionado, há a autorização por parte do artigo em tela a execução da parte líquida da sentença concomitantemente à liquidação, em autos apartados, da parte ilíquida. Essas “partes” a que se reporta o texto legal devem, em verdade, ser lidas como as “partes dispositivas” do provimento jurisdicional.

Portanto, a norma do art. 509, § 1º, só é inteligível se se admitir que o CPC/15 trabalha em sua sistemática de liquidação a partir da teoria que permite capitular o dispositivo de uma decisão judicial.

Dessa maneira, à luz de todos esses exemplos conjugados, seja na teoria da decisão judicial – sobretudo no que concerne aos elementos da sentença, seja na liquidação de sentença, seja na extensão do efeito devolutivo dos recursos (*tantum devolutum quantum appellatum*), conclui-se que a teoria dos capítulos da sentença encontra-se amplamente incorporada à sistemática geral do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/15.

---

24 MEDINA, José Miguel Garci. Op. cit., p. 252.

### Sentença *ultra, citra* ou *extra petita*

#### O julgamento *ultra petita*:

Ofende os princípios do contraditório e do devido processo legal, haja vista que leva em conta fatos ou pedidos não discutidos no processo, ou ainda porque estende seus efeitos a sujeito que não pôde participar em contraditório da causa.<sup>25</sup>

Diz-se *ultra petita* a decisão que: I - concede à parte mais do que ela pediu; II - analisa não apenas os fatos essenciais postos pelas partes como também outros fatos essenciais; ou III - resolve a demanda em relação aos sujeitos que participaram do processo, mas também em relação a outros sujeitos, não-participantes.

#### O julgamento *citra petita*:

Viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, quando se revela pela ausência de manifestação sobre pedido ou pela ausência de deliberação quanto a determinado sujeito da relação processual, e ofende o princípio do contraditório, sob sua perspectiva substancial, nos casos em que o magistrado deixa de analisar fundamento relevante invocado pela parte.<sup>26</sup>

Simplificando é a decisão que deixa de analisar I - pedido formulado; II - fundamento de fato ou de direito trazidos pela parte; ou III - pedido formulado por ou em face de um determinado sujeito do processo.

#### Já a decisão *extra petita*:

Fere todos esses princípios, tendo em vista que consubstancia hipótese em que o magistrado deixa de analisar algo que deveria ser apreciado e examina outra coisa em seu lugar.<sup>27</sup>

---

25 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC – Lei nº. 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 259.

26 *Ibidem*, p. 260.

27 *Idem*.

Diz-se *extra petita* a decisão que I - tem natureza diversa ou concede à parte coisa distinta da que foi pedida; II - leva em consideração fundamento de fato não suscitado por qualquer das partes, em lugar daqueles que foram efetivamente suscitados; ou III - atinge sujeito que não faz parte do processo. Sobre a decisão *extra petita* que se caracteriza por extrapolar.

### Comparações entre o CPC de 1973 e 2015

O Código de Processo Civil de 2015 destinou os artigos 458 até 508 para regulamentar a sentença e a coisa julgada. O referido diploma legal adotou a técnica de alocar no capítulo os artigos que listam as situações em que a sentença resolve ou não o mérito que são meramente terminativas vez que extingam o processo sem julgar seu mérito.

Há de se salientar que existe uma diferença entre resolver o mérito e julgar o mérito, que, segundo Donizetti, as partes possuem o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito. O que acarreta a aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito.<sup>28</sup>

Evidentemente, o juiz deve sempre que possível, superar os vícios processuais, estimulando e viabilizando seu saneamento e correção ou complementação, a fim de que possa realmente examinar o mérito e resolver o conflito de interesses.<sup>29</sup>

Nota-se assim que o princípio da primazia do exame do mérito forçosamente abarca a instrumentalidade das formas, estimulando a correção e ainda a sanção de vícios, bem como o aproveitamento de atos processuais, com a colaboração mútua das partes e do juiz para que se viabilize a apreciação do mérito.

Donizetti argumenta que:

A decisão do mérito proferida no processo deve ser o resultado de trabalho comum do juiz e das partes, pois afinal, todos os sujeitos do

---

28 DONIZETTE, Elpidio. *Curso Didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 402.

29 *Ibidem*, p. 402.

processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável a decisão de mérito justa e efetiva.<sup>30</sup>

Existem muitas disposições dispersas no novo CPC que enfatizam o princípio da precedência do mérito. Desta forma, para resolver o mérito os métodos autocompositivos podem surtir bons efeitos, mas também, o exame do mérito pelo juiz, avaliando a quem cabe o direito e em qual medida também...

Já o julgamento do mérito se afasta diametralmente dos meios alternativos de resolução da lide.<sup>31</sup>

Existem muitas disposições dispersas no novo CPC que enfatizam o princípio da precedência do mérito. Desta forma, para resolver o mérito os métodos autocompositivos podem surtir bons efeitos, mas também, o exame do mérito pelo juiz, avaliando a quem cabe o direito e em qual medida também.

Já o julgamento do mérito se afasta diametralmente dos meios alternativos de resolução da lide.

Segundo Câmara, resta-nos, agora, apenas a missão de nos preocuparmos em extrair o máximo de efetividade do novo ordenamento, interpretando esta regra em consonância com os motivos que a geraram, assim, o novo CPC exige, também, nova mentalidade, ainda que essa nos remeta à doutrina de 200 anos.

## A obrigatoriedade da fundamentação da sentença

A Carta Política de 1988 estabelece, em seu art. 93, IX, que toda decisão judicial será fundamentada, sob pena de nulidade. O princípio da fundamentação das decisões judiciais, portanto, é um dos integrantes do modelo constitucional de processo que deve necessariamente ser observado no processo civil brasileiro – art. 1º.

---

30 DONIZETTE, Elpidio. Op. cit.

31 DONIZETTE, Elpidio. Op. cit., p. 403.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.<sup>32</sup>

É exatamente por isso que o art. 11 determina, reproduzindo a disposição constitucional, que serão fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, sendo esta uma das normas fundamentais do processo civil, estudadas em passagem anterior deste trabalho.

Segundo Câmara:

A fundamentação da decisão judicial é o elemento consistente na indicação dos motivos que justificam, juridicamente, a conclusão a que se tenha chegado. Este é um ponto essencial: fundamentar é justificar. É que a decisão precisa ser legitimada democraticamente, isto é, a decisão precisa ser constitucionalmente legítima. Para isso, é absolutamente essencial que o órgão jurisdicional, ao decidir, aponte os motivos que justificam constitucionalmente aquela decisão, de modo que ela possa ser considerada a decisão correta para a hipótese. E esses fundamentos precisam ser apresentados substancial e não em uma dimensão meramente formal –, o mesmo deve ser aplicado ao direito fundamental a uma decisão fundamentada.<sup>33</sup>

A citação acima pontua que o princípio constitucional da fundamentação das decisões, se o pronunciamento judicial contiver uma fundamentação meramente formal, que é a rigor um simulacro de fundamentação, ou seja, uma fundamentação fictícia.

Câmara, ainda, pontua algumas argumentações:

---

32 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2016.

33 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 277.

Afirmações como presentes os requisitos, defere se a medida, ou indefere-se por falta de amparo legal não são verdadeiras fundamentações, porque não justificam as decisões. Por que se podem considerar presentes os requisitos? E que requisitos são esses? O que significa falta de amparo legal? Há alguma vedação? Onde está a proibição? Por que ela se aplica ao caso? Nenhuma dessas perguntas é respondida por fundamentações simuladas, fictícias, como as que foram indicadas acima.<sup>34</sup>

Desta forma, o autor menciona que uma fundamentação verdadeira é suficiente para justificar a decisão, de modo a demonstrar que ela é constitucionalmente legítima. E daí se extrai a íntima ligação que há entre o princípio do contraditório e o da fundamentação das decisões.

Ocorre que, sendo a decisão construída em contraditório, através da participação de todo os sujeitos do processo, torna-se absolutamente fundamental que a decisão judicial comprove que o contraditório foi observado, com os argumentos deduzidos pelas partes e os suscitados de ofício pelo juiz, todos eles submetidos ao debate processual, tendo sido considerados na decisão<sup>35</sup>.

Sempre vale recordar que um dos elementos formadores do princípio do contraditório é o direito de ver argumentos considerados que a doutrina alemã chama de *Recht auf Berucksichtigung*, pois só se poderá saber, no caso concreto, se os argumentos da parte foram levados em consideração na decisão judicial e, portanto, se o contraditório substancial foi observado pela leitura dos fundamentos da decisão.

Dá a intrínseca ligação entre contraditório e fundamentação das decisões, por força da qual é possível afirmar que, sendo o processo um procedimento em contraditório, torna-se absolutamente essencial que toda decisão judicial seja substancialmente fundamentada.

Ademais, é sempre importante lembrar que as decisões judiciais são atos praticados por agentes estatais. Por força disso, e sendo o juiz um agente estatal que atua em nome do Estado Democrático de

---

34 CÂMARA, Alexandre Freitas. Op cit., p. 278.

35 Ibidem, p. 278.

Direito – art. 1º da CF/88, é preciso que tais atos sejam revestidos de legalidade e de legitimidade.

Alvim, explica que a legalidade da decisão entendida como juridicidade, isto é, como compatibilidade com o ordenamento jurídico compreendido em seu todo é exigida expressamente pelo art. 8º do CPC. A legitimidade é, porém, uma exigência do Estado Democrático de Direito, e precisa estar presente na atuação dos juízes e tribunais<sup>36</sup>.

Ocorre que, diferentemente dos agentes que atuam no Poder Legislativo e no Poder Executivo os quais legitimados pelos votos que recebem, o magistrado não é eleito e, assim, não recebe legitimidade a priori da sociedade.

Câmara explica que sua legitimidade, então, deve ser estabelecida posteriori:

O que se quer dizer comisso é que, enquanto administrador público e legislador são legitimados previamente, e com base nessa legitimidade, conquistada pelo voto, exercem suas funções, o juiz não recebe sua legitimidade previamente por escolha da sociedade. Daí a necessidade de que o juiz se legitime ato a ato. Cada decisão que um juiz ou um tribunal profere precisa ser constitucionalmente legitimada. E isto só ocorrerá se cada uma dessas decisões for proferida em conformidade com a Constituição da República.<sup>37</sup>

Acontece que isso só pode ser aferido pela fundamentação da decisão judicial. Os fundamentos da decisão, portanto, são os elementos que permitem a aferição da legitimidade constitucional e democrática dos pronunciamentos judiciais.

E tudo isso se revela fundamental, segundo Câmara quando se considera que uma das características essenciais do exercício do poder em um Estado Democrático de Direito é a controlabilidade dos atos de poder<sup>38</sup>.

---

36 ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016. p. 259.

37 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 279.

38 *Ibidem*, p. 279.

Em outros termos, não haverá Estado Democrático se não existirem mecanismos capazes de permitir algum tipo de controle dos atos de poder do Estado. Afinal, não há Democracia sem controle do poder.

Segundo Calmon:

Decidir sem fundamentar é incidir no mais grave crime que se pode consumir num Estado de Direito democrático. Se a fundamentação é que permite acompanhar e controlar a fidelidade do julgador tanto à prova dos autos como às expectativas colocadas pelo sistema jurídico, sua ausência equivale à prática de um ilícito e sua insuficiência ou inadequação causa de invalidade.<sup>39</sup>

Logo, é pela fundamentação da decisão judicial que se permite o exercício de dois tipos de controle das decisões:

- a) o controle forte, aquele exercido por órgãos superiores ao que tenha proferido a decisão, e que permite, através de mecanismos destinados a promover o reexame das decisões (como os recursos, a remessa necessária e as demandas autônomas de impugnação), a cassação de decisões erradas; e
- b) o controle fraco, isto é, controle que não pode levar a cassação de atos, mas que, sendo exercido de forma difusa pela sociedade, permite que se debata acerca da correção das decisões judiciais, de modo a contribuir para melhoria constante da qualidade dos pronunciamentos jurisdicionais.<sup>40</sup>

Por força de tudo quando até aqui se afirmou, o § 1º do art. 489 estabelece uma espécie de conteúdo mínimo da fundamentação da decisão judicial que permita afirmar sua validade.

Câmara declara, ainda, que é perfeitamente possível comparar os incisos do art. 489, § 1º que indicam o que deve constar na decisão judicial para que ela seja tida por válida – com os incisos do art. 319 que indicam os requisitos mínimos para uma petição inicial seja apta

---

39 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *O magistrado, protagonista do processo jurisdicional*. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 14.

40 *Ibidem*, p. 16.

a viabilizar o regular desenvolvimento do processo.

Ambos esses dispositivos são roteiros, um a ser seguido por juízes, outro a ser observado por advogados. E do mesmo modo como advogados bem capacitados não precisam ler o art. 319 a cada vez que vão elaborar uma petição inicial, juízes adequadamente capacitados não precisam ler o dispositivo no §1º do art. 489 a cada vez que forem proferir uma decisão. O que se quer com tal dispositivos é, tão somente, evitar decisões ineptas, absurdamente não fundamentadas.<sup>41</sup>

E nem se diga que a exigência de fundamentação substancial da decisão seria um fator de entrave à duração razoável do processo. Em primeiro lugar, não há qualquer exigência de que as decisões sejam longamente fundamentadas.

A fundamentação pode ser objetiva, concisa, desde que suficiente. Além disso, a garantia de duração razoável do processo destina-se a assegurar que, no processo, não haja dilações indevidas, mas todas as dilações devidas devem ocorrer.

Uma decisão judicial bem fundamentada, fruto de um contraditório efetivo, pleno e substancial, é uma decisão que mais dificilmente será reformada ou anulada em grau de recurso, e isto, certamente, será um fator de desestímulo a recursos, permitindo um aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, que conseguirá, fatalmente, ser alcançada em tempo razoável<sup>42</sup>.

Assim é que, nos termos do já citado § 1º do art. 489, não se considera fundamentada a decisão que se limitar á indicação, á reprodução ou á paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, §1º, I).

Deste modo, decisões judiciais que nada mais fazem do que indicar o dispositivo legal, sem apresentar uma justificativa para sua incidência no caso concreto (algo como art. X, defiro, ou como art. Y da Lei Z, indefiro) devem ser reputadas nulas por ausência de fundamentação.

---

41 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 280.

42 *Ibidem*, p. 280.

A rigor, o Código de Processo Civil de 2015 só desenha, incorpora ou prevê o que já existe, ou deveria existir. Não há nada, no dispositivo, que já não decorra naturalmente do direito fundamental à motivação das decisões judiciais.

AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO RESCISÓRIA – INDEFERIMENTO DE LIMINAR – PEDIDO DE SUSPENSÃO DA AÇÃO ORIGINÁRIA – DEMANDA JÁ SUSPensa POR OUTRADECISÃO JUDICIAL – AUSÊNCIA DO PERIGO NA DEMORA – ABERTURA DE INSTRUÇÃO – QUESTÕES DE DIREITO E DE FATO – CONJUNTO PROBATÓRIO RECONHECIDO PELO AUTOR COMO SUFICIENTE NA INICIAL – DESNECESSIDADE DE PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL – JULGADOR – DESTINATÁRIO DAS PROVAS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O ajuizamento desta ação rescisória não implica em suspensão do julgado rescindendo, conforme prescrito no art. 489 do CPC, cabendo à parte autora, quando postula tutela de urgência, demonstrar os inerentes requisitos. 2. Neste instante, ausente a configuração do requisito do perigo na demora da prestação jurisdicional, pois, o levantamento do valor bloqueado perante o juízo de primeiro grau já se encontra suspenso. 3. Versando a rescisória sobre questões de direito e de fato, cujos elementos probatórios existente nos autos foram reputados suficientes pela própria parte, desnecessária a abertura de instrução. 4. O destinatário imediato da prova é o juiz, a quem compete, com exclusividade, apreciar sobre a conveniência e necessidade da instrução (art. 130 do CPC), não se apresentando como direito subjetivo da parte. 5. Decisão mantida. (AgR 30800/2016, DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO, PRIMEIRA TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 07/04/2016, Publicado no DJE 13/04/2016).<sup>43</sup>

Também é nula por vício de fundamentação – art. 489, §1º, II - a decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados,

---

43 MATO GROSSO, Tribunal de Justiça. AgR 30800/2016, Des. Sebastião de Moraes Filho, 1ª Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Privado, Julgado em 07/04/2016, Publicado no DJE 13/04/2016. Disponível em: [www.tjmt.jus.br](http://www.tjmt.jus.br). Acesso em: 15 nov. 2016.

sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. Como sabido, há conceitos jurídicos que são vagos, de definição imprecisa, caracterizando-se por uma fluidez.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.<sup>44</sup>

O artigo, inclusive, constata as falhas rotineiramente observadas para combatê-las, solidificando, assim, a garantia constitucional. Isto posto, não há outro caminho que não a sanção do dispositivo.

Câmara declara, ainda, que uma decisão devidamente fundamentada, além de consolidar a congruência entre a atividade judicial e a atuação das partes, fortalece o controle da atuação do Poder Judiciário, seja interna, mediante recursos, seja externa, mediante crítica social, além de consagrar o sentimento de segurança jurídica e de credibilidade da prestação jurisdicional<sup>45</sup>.

É fundamental que as decisões judiciais estejam coerentes com os fatos apresentados pela parte. Assim dispõe:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.<sup>46</sup>

Então, a fundamentação do julgado não pode se mostrar incompreensível ou contraditória, ao ponto de gerar dúvida acerca da conclusão apresentada pelo magistrado.

Assim, deve-se levar em consideração que a jurisdição tem como característica a criatividade, incumbindo ao órgão jurisdicional

---

44 DONIZETTE, Elpídio. *Curso Didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 623.

45 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 282.

46 DONIZETTE, Elpídio. *Op. cit.*, p. 624.

respeitar as peculiaridades de cada caso concreto.

Vale ainda mencionar que a decisão judicial deve ser construída ao longo do processo, após a análise das alegações das partes, da apreciação da prova e das demais circunstâncias do caso concreto, como dispõe:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.<sup>47</sup>

A citação acima demonstra tudo o que de relevante for produzido, deduzido e percebido no processo deve ser levado em consideração no momento de se proferir uma decisão, especialmente em se tratando de sentença ou de acórdão.

Vale ainda pontuar com relação à hipótese do juiz ter que apreciar todo e qualquer argumento constante nos autos. É quando ocorre, em ação de divórcio, uma das partes enumera as razões pelas quais se está propondo a demanda, não há necessidade de que o juiz se manifeste sobre elas, mas apenas que verifique se estão preenchidos os pressupostos necessários à concessão do pedido.

Donizette aponta ainda outro exemplo:

Quando as partes apresentam diversos fundamentos, mas todos eles são capazes de lhe proporcionar um julgamento favorável. Se o juiz examina o primeiro e conclui pela procedência da demanda, não há necessidade de apreciar os demais. Por outro lado, se apenas um dos argumentos é levado em consideração para a prolação de uma decisão desfavorável, deve o juiz informar um motivo único para todos os argumentos.<sup>48</sup>

Em rápida análise, cabe destacar que a necessidade de justificar a não aplicação dos argumentos apresentados pelas partes não vigora

---

47 DONIZETTE, Elpidio. Op. cit., p. 624.

48 Ibidem, p. 624.

no nosso sistema jurídico atual.

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - REVISIONAL DE CONTRATO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - NULIDADE DE SENTENÇA - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - PERÍCIA CONTÁBIL - DESNECESSIDADE - DECISÃO CITRA PETITA - INOCORRÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Tratando-se a matéria de mérito unicamente de direito, a ausência de realização de perícia contábil não constitui cerceamento de defesa. O juiz pode dispensar a produção das provas que achar desnecessária à solução do feito, conforme lhe é facultado pela lei processual pátria, sem que isso configure supressão do direito de defesa das partes. Verificando-se que o Magistrado sentenciante apreciou todos os fatos arguidos na inicial, ainda que de forma sucinta, não havendo qualquer vício ou omissão que enseje a declaração de nulidade da sentença, O juiz, quando do exame da questão posta em juízo, não está manietado à apreciação de todos os fundamentos invocados pelas partes, tanto menos dispor, de forma organizada, e na ordem invocada pela parte, a análise das teses, competindo-lhe, apenas, a fundamentação adequada à sua decisão, quando mais se os argumentos apresentados foram todos analisados, porém não acolhidos, não havendo que se falar em decisão *citra petita*. (Ap 15570/2016, DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 20/04/2016, Publicado no DJE 28/04/2016).<sup>49</sup>

Sobre o inciso IV, vale ainda relacionar os enunciados da Escola de Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam<sup>50</sup>, que podem indicar uma futura interpretação desses dispositivos:

---

49 MATO GROSSO, Tribunal de Justiça. Ap 15570/2016, Des. Sebastião e Moraes Filho, 2ª Câmara Cível, Julgado em 20/04/2016, Publicado no DJE 28/04/2016. Disponível em: [www.tjmt.jus.br](http://www.tjmt.jus.br). Acesso em: 15 nov. 2016.

50 A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) é o órgão oficial de treinamento de juízes de direito e juízes federais brasileiros. A ela cabe regulamentar, autorizar e fiscalizar os cursos oficiais para ingresso, vitaliciamento e promoção na carreira da magistratura.

Enunciado nº 6 - Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.

Enunciado nº 10 - A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.

Enunciado nº 12 - Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

Enunciado nº 13 - O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.<sup>51</sup>

Donizetti argumenta que nem sempre o dever de fundamentação é observado dentro dos limites que efetivamente o processo reproduziu. Assim, as questões de fato e de direito postas em julgamento muitas vezes são desconsideráveis em detrimento da aplicação rápida e prática de entendimento jurisprudencial que sequer tem relação com o caso concreto<sup>52</sup>.

A argumentação acima tem referência ao inciso V, que dispõe: Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.<sup>53</sup>

Assim, Donizetti esclarece que criou uma falsa ideia de que a fundamentação das decisões, na forma prevista no Código de Processo

---

51 DONIZETTE, Elpídio. *Curso Didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 625.

52 Idem, p. 625.

53 Ibidem, p. 625.

Civil de 2015, acarretaria em uma maior morosidade para o julgador proferir a decisão, o que seria um em contrassenso à celeridade tão almejada<sup>54</sup>.

Juridicamente e de forma ampla, o Código 2015 é resolutivo ao determinar que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, se, nos termos do inciso V do §1º do art. 489, “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” e, de acordo com o inciso VI do mesmo dispositivo, “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”<sup>55</sup>.

Portaisrazões, o novo CPC de 2015 traz regras expressas que visam evitar as decisões meramente repetitivas de julgados, jurisprudências ou enunciados de súmulas, que não demonstrem a aplicabilidade do entendimento consolidado ao caso efetivamente apreciado.

Em relação ao inciso VI, da mesma forma que o magistrado deve lançar as razões pelas quais aplicou determinado entendimento ao litígio posto sob sua apreciação, também deve justificar a inadequação de precedente, súmula ou jurisprudência quando a parte a invocar como forma de subsidiar o seu pleito.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.<sup>56</sup>

Na citação acima, nota-se que a parte invoca um precedente vinculante e o juiz entende que ele não se aplica ao caso concreto,

---

54 DONIZETTE, Elpídio. Op. cit., p. 625.

55 BRASIL. *Lei nº 13.105.2015 novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2016.

56 DONIZETTE, Elpídio. *Curso Didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 626.

deve, de forma fundamentada, demonstrar que a situação fática apresentada é distinta daquela que serviu para o precedente.

O inciso VI, § 1º, do art. 489, do CPC/2015 respeita a sistemática de precedentes, recém-instituída, decretando não fundamentada a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento (*distinguishing*) ou a superação do entendimento (*overruling*).

O *distinguishing* é, em verdade, a não coincidência fática ou jurídica quanto à *ratio decidendi* da súmula, jurisprudência ou precedente. Essa diferenciação, de modo a autorizar decisão em sentido diverso do entendimento jurisprudencial firmado, deve ser devidamente detalhada, sem o quê incidirá nulidade por ausência de fundamentação<sup>57</sup>.

O *overruling*, por sua vez, é a superação do precedente, o que, segundo parcela expressiva da doutrina, somente pode ser levada a efeito pela Corte firmadora da súmula, jurisprudência ou precedente vedada aos juízos inferiores: A interpretação constitucional possui nuances diferenciadas, com metodologia complexa, donde não se parece que a simples posituação no NCPC/2015 de como deve se dar (§ 2º) seja suficiente a resolver o imbróglio. O § 2º respeita *exclusivamente* aos direitos fundamentais e entre princípios constitucionais. A hermenêutica jurídica clássica ainda aplica-se às normas jurídicas em geral, ou seja, aos casos que não envolvam direitos fundamentais e princípios constitucionais<sup>58</sup>.

O § 3º do art. 489 do CPC/2015 fala sobre a presunção de boa-fé da decisão judicial, demandando interpretação a partir de todos os seus elementos, como cláusula geral que rege todos os atores da cena processual. Versa-se sobre uma leitura coerente e lógica da sentença: seus elementos, na medida em que obrigatórios, devem ser lidos conjuntamente. É dizer: há de existir conexão entre relatório, fundamentos e dispositivo.

---

57 DONIZETTE, Elpidio. Op. cit., p. 706.

58 Ibidem, p. 704.

Os fóruns Fonajef e Enfam que se têm prestado à discussão do CPC/2015 apresentam uma perspectiva de abrandamento por parte dos magistrados, assim resumida:

- a) azeitamento pragmático do art. 489 do CPC/2015, com vistas à razoável duração do processo;
- b) inaplicabilidade total ou parcial do art. 489 do CPC/2015 à sistemática dos juizados especiais estaduais, federais e da Fazenda Pública;
- c) legitimação do entendimento quanto à fundamentação suficiente.<sup>59</sup>

Já os eventos em que predominam os advogados – FPPC, há uma demanda forte pelo preciosismo quanto à fundamentação. O tempo dirá, exatamente, como se comportará a jurisprudência.

#### Pontos favoráveis e desfavoráveis na obrigatoriedade da fundamentação da sentença

O Código de Processo Civil de 2015 foi instituído para tentar remediar a necessidade de um procedimento ainda mais democrático, participativo e colaborativo, e que seja ferramenta de busca para uma decisão completa, clara e coesa e ao mesmo tempo, um procedimento rápido que busque atender a demanda do judiciário.

O CPC/2015 foi produzido para acompanhar a dinâmica desta nova sociedade, que vê, no judiciário, a principal forma de sanar os seus conflitos.

Para Calmon, a fundamentação das decisões judiciais no Código de Processo Civil de 2015 ganhou importante destaque, trazendo hipóteses específicas – art. 489, § 1º, em que a decisão será considerada como não fundamentada.

O novo ordenamento exige cuidado maior do magistrado, que terá de abolir as decisões padrão, que não guardam correlação com o objeto da causa<sup>60</sup>.

---

59 DONIZETTE, Elpídio. Op. cit., p. 704.

60 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *O magistrado, protagonista do processo jurisdicional*. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 39.

Para o autor acima mencionado, a uniformização das decisões deve ser empregada somente como regra para aplicação de teses em questões de direito já consolidadas nos precedentes, o que é previsto no CPC/2015.

A razoável duração do processo e a celeridade podem ser alcançadas através de medidas capazes de evitar dilações indevidas que, em sua maioria, são ocasionadas pela própria atuação jurisdicional.

Não seria adequando, nem tampouco razoável, suprimir ou mitigar a fundamentação que, no novo regramento, permite ao sistema uma maior segurança e às partes um processo amparado no devido processo legal.

Donizetti ainda esclarece que o CPC/2015:

Potencializa o princípio da fundamentação das decisões, no entanto, ainda não é possível definir a intensidade da repercussão processual do instituto e a dimensão da sua aplicação prática, sendo necessária a entrada em vigor do novo regramento para uma constatação fidedigna, porém, as mudanças apresentam-se como coerentes e capazes de conduzir à perspectiva de uma adequada fundamentação das decisões judiciais.<sup>61</sup>

Assim, entende-se que o Código de Processo Civil de 2015 estabelece que as decisões judiciais sejam fundamentadas, para que possa ser verificado se o Estado legitimamente prestou a atividade jurisdicional ou se nela há alguma falha. De forma alguma se pode admitir que o magistrado atue arbitrariamente, não deixando claro às partes os motivos do seu convencimento.

Consta que não são consideradas fundamentadas quaisquer decisões que:

- a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; b)
- empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; c) invocar motivos que se

---

61 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Op. cit., p. 199.

prestariam a justificar qualquer outra decisão; d) não enfrentar todos os argumentos trazidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; f) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar existência de distinção no caso em julgamento ou a separação do entendimento.<sup>62</sup>

A fundamentação é garantia de um processo justo, em que se é observado o devido processo legal. Ela se relaciona de forma íntima com outros princípios processuais, como o contraditório, publicidade, reserva legal e congruência.

A publicidade permite que todos possam controlar a decisão, observando se ela foi proferida de forma imparcial, longe do arbítrio e subjetivismo dos magistrados, bem como se o contraditório e as alegações das partes foram utilizados na construção do provimento decisório.

Assim, o disposto no art. 489, § 1º, do CPC/2015 torna mais denso o dever constitucional de fundamentação, garantia inerente ao Estado Democrático de Direito.

## Conclusão

O artigo científico em destaque foi elaborado com base na Ata da 10ª Reunião Ordinária em 21.10.2016 do grupo de estudos da magistratura de Mato Grosso, instituído pela Portaria Conjunta nº. 00112014, da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso – Esmagis-MT e da Escola da Magistratura Mato-Grossense – EMAM, coordenada pelo Des. Marcos Machado.

Após as apresentações dos magistrados presentes, apresentou-se um estudo com o tema “Regulamentação Específica da Fundamentação da Sentença – Novo CPC”, pela Relatora a Dra. Augusta Prutchansky Martins Gomes Negrão Nogueira, sendo

---

62 ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016. p. 286.

Revisor o Dr. João Bosco Soares da Silva, também foi aprovado, à unanimidade, gerando a Ementa 18:

Para a fundamentação da sentença cível disciplinada pelo novo Código de Processo Civil, não há necessidade de o juiz analisar todas as teses deduzidas pelas partes, desde que: a) uma das causas de pedir ficar desde logo demonstrada e for, por si só, suficiente para o acolhimento do pedido, o juiz proferirá sentença de procedência sem analisar os demais argumentos; b) em relação aos fundamentos de defesa ou contestação, se um deles ficar provado, e for suficiente para levar à improcedência do pedido, o juiz proferirá sentença, afastando a pretensão inicial, sem analisar os demais argumentos.

Dessa forma, nesta linha de pesquisa, tornou-se fundamental delinear as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, pois não se trata de simples alterações, afinal não é possível romper com a história, as palavras, os conceitos e os institutos utilizados no CPC de 2015 que, em grande parte, constituem reprodução do conteúdo do Código de 1973 que, por sua vez, também, seguem a linha do Código de 1939.

Contudo, a lógica do CPC de 2015 é totalmente diferente, as mudanças começam pela própria estrutura e divisão.

Portanto, o Código de Processo Civil de 2015 foi elaborado a partir da firme consciência de que o processo deve ser pensado a partir da Constituição Federal. É que impende reconhecer a existência de um modelo constitucional de direito processual, que estabelece princípios constitucionais de que estabelecem o modo como o processo civil deve desenvolver-se.

Ocorre também que a ambição por uma justiça cada vez mais ágil, que assegure uma prestação jurisdicional mais eficaz, tem conduzido grandes reformas constitucionais e processuais que, numa luta sem descanso contra a burocracia judicial, busca diminuir os prejuízos da demora na prestação dos serviços do Estado, buscando solucionar mais rapidamente o litígio.

O conflito de interesses é uma realidade constante e inerente ao convívio em sociedade, no entanto, a cultura beligerante, ainda

fortemente atuante no país, conduz o litígio às portas do Poder Judiciário com o intuito de solucionar a contenda por intermédio de uma solução adjudicada.

Ocorre atualmente nos tribunais uma inundação de ações judiciais procrastinando o andamento normal do poder judiciário, impossibilitando, sobretudo, uma prestação jurisdicional condizente com o acesso qualificado à justiça.

Interpretar sentença e decisão é tarefa do cotidiano dos que atuam em juízo, ainda que os envolvidos não se deem conta disto. A parte interpreta-as para recorrer, a outra para responder ao recurso, o órgão julgador deste para decidir. Depois, na fase de liquidação ou da execução, novamente exercita-se a tarefa interpretativa, para que seu cumprimento se dê dentro daquilo que terá sido decidido.

Dessa forma, o processo civil brasileiro é um procedimento em contraditório, que se desenvolve de forma isonômica perante o juiz natural, destinado a permitir a construção de decisões fundamentadas em tempo razoável sobre qualquer pretensão que se deduza em juízo.

Assim, com a chegada da Lei nº. 13.105.2015, não deverá o magistrado enfrentar todas as teses trazidas pelas partes, mas apenas aquelas que forem suficientes para o acolhimento do pedido inicial ou para a sua improcedência.

De forma conclusiva o magistrado não deverá, necessariamente, examinar tudo o que foi discutido no decorrer do procedimento, até porque há questões prévias que podem impedir ou prejudicar a análise de outras questões.

É desse modelo constitucional de processo que foi constituído do CPC/2015, e alguns dispositivos mostram muito claramente, como é o caso dos que tardam do princípio do contraditório, compreendido como garantia de participação com influência e não surpresa, e do que estabelece os casos em que se considera haver vício de fundamentação na decisão judicial, previsto no art. 489, §1º.

O regime de fundamentação judicial do CPC empregou algumas premissas: permissão de sentenças concisas, quando não enfrentarem mérito; desnecessidade de relatório para as decisões interlocutórias; e

validade do julgamento sob a técnica do fundamento suficiente.

Dentre as modificações significativas do novo diploma encontra-se a parte que regula a sentença, ou seja, os provimentos jurisdicionais em geral. Mantendo a exigência quanto às partes componentes da sentença (relatório, fundamentação e dispositivo), chamadas de requisitos no Código anterior (art. 458) e de elementos no novo (art. 489), este, contudo, deu realce à necessidade de fundamentação dos provimentos decisórios, ao tempo em que definiu situações em que ela será considerada não fundamentada.

A aplicação do artigo 489 do novo Código de Processo Civil mostra-se perfeitamente possível, indo ainda mais longe, vem efetivar os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, dar maior efetividade ao princípio da motivação das decisões judiciais, além de dirimir possíveis discordâncias doutrinárias e jurisprudências quanto ao que se trata especificamente de fundamentar uma decisão.

Portanto, sua aplicabilidade não é apenas possível, e sim necessária para a efetivação dos direitos fundamentais dos jurisdicionados, para contraditório, defesa, e controle do poder estatal.

Por outro lado, vale lembrar que o CPC/73 continha apenas um dispositivo que, de forma indireta, tratava da interpretação da sentença (art. 469, I, reproduzido no art. 504, I do CPC/2015), ao passo que o novo CPC contém um artigo que, agora diretamente, trata dessa interpretação: é § 3º do artigo 489, que dispõe que o provimento judicial deve ser interpretado de maneira global e segundo os ditames da boa fé.

Para que a Lei nº. 13.105/2015 obtenha triunfo dentre os jurisdicionados e na sociedade em geral, faz-se imprescindível a existência de qualidade na prestação dos serviços, o que engloba um conjunto de ações que passam, incontestavelmente, pelos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, para se buscar a cultura de paz, e por consequência diminuir o número de processos e ajudar no melhor funcionamento do judiciário, se faz necessário várias medidas, de vários setores da sociedade em conjunto.

Conclusivamente, nota-se que o CPC/2015 é bastante ordenado, bem redigido, sintonizado com as necessidades contemporâneas, especialmente com o problema da justiça de massa, com a simplificação do processo.

Finalmente, vale ainda mencionar que os inúmeros caminhos possíveis de soluções que se encontram no CPC/2015 decorrem dos problemas atuais, que assolam a justiça brasileira.

## Referências

ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.105.2015 novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *O magistrado, protagonista do processo jurisdicional*. Belo horizonte: Fórum, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas, 2009.

DONIZETTE, Elpídio. *Curso Didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Novo CPC trabalha com utopia de ser capaz de resolver problemas na justiça*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 15 nov. 2016.

LUCO, Paulo Henrique dos Santos. *Técnica criada no novo CPC permite decisões com mais qualidade*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 15 nov. 2016.

MATO GROSSO, Tribunal de Justiça. Ap 15570/2016, Des. Sebastião de Moraes Filho, 2ª Câmara Cível, Julgado em 20/04/2016. *DJE* 28/04/2016. Disponível em: [www.tjmt.jus.br](http://www.tjmt.jus.br). Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. AgR 30800/2016, Des. Sebastião de Moraes Filho, 1ª Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Privado, Julgado em 07/04/2016, DJE 13/04/2016. Disponível em: [www.tjmt.jus.br](http://www.tjmt.jus.br). Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Ap 427/2015, Des. Rubens de Oliveira Santos Filho, Sexta Câmara Cível, Julgado em 29/04/2016, DJE 05/05/2016. Disponível em: [www.tjmt.jus.br](http://www.tjmt.jus.br). Acesso em: 15 nov. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. *No novo CPC, a ordem cronológica de julgamento não é inflexível*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 15 nov. 2016.

MENDES, Filgueira. *Novo CPC aumenta a responsabilidade do julgador*. Disponível em: <http://fernandoquercia.com>. Acesso em: 15 nov. 2016.

MENDES, Gilmar. *Especialistas internacionais elogiam resolução do CNJ sobre conciliação*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 15 nov. 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da sentença e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC - Lei nº. 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2016.

NUNES, Dierle. *CPC Referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/1973 – Lei nº. 13.105.2015*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SANTOS, Jeová. *Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Ordem cronológica no julgamento deve aumentar transparência no Judiciário*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2008.

# Instrumentos internacionais: fenômeno cultural versus direito penal – Caso Hakani<sup>1</sup>

*International instruments:  
cultural phenomenon versus criminal law – Hakani case*

Edilene Dias Virmieiro Balbino<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho visa, no contexto da cultura indígena, compreender a noção de pessoa humana. Ou seja, busca entender se sua cosmovisão de pessoa converge para a nossa, dos “ditos” ocidentais. Mediante tal paradigma de pessoa na cultura indígena, então, trabalhamos um caso concreto de eventual crime de infanticídio ou homicídio cultural. Sobre esse assunto, há o Projeto de Lei nº 1.057/2007, que se encontra em trâmite no Legislativo, e, relativamente a esse projeto, desenvolvemos reflexão sobre a possibilidade de criminalizar os bens jurídicos advindos desse fenômeno cultural. Tendo em vista que o Estado brasileiro é eminentemente multicultural, enfrentamos, no âmbito da ciência jurídica penal, a possibilidade de criminalização, contudo, sempre, considerando os princípios penais sob a ótica do direito penal mínimo. Ainda, sobre o aventado caso concreto, refletimos quanto a eventuais respostas no âmbito da culpabilidade, aqui, especialmente, na possibilidade de inexigibilidade de conduta diversa suprallegal.

## PALAVRAS-CHAVE

Tratados Internacionais; Direito Penal; cultura indígena; criminalização e culpabilidade.

- 
- 1 O presente artigo corresponde, no essencial e exceto alterações pontuais, ao relatório apresentado na disciplina Direito Penal, lecionada no ano letivo 2014/2015 do curso de doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa-Portugal, sob a regência da Professora Doutora Teresa Beleza.
  - 2 Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais. (Universidade Nova de Lisboa - Portugal) Mestre em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade “Clássica” de Lisboa - Portugal). Especialista em Filosofia pela UFMT. Professora e advogada (e-mail: advbalbino1@gmail.com ou edilene.balbino@hotmail.com)

## ABSTRACT

*This work aims to, within the context of indigenous cultures, understand the notion of human person. In other words, it seeks to understand if their cosmivision of personhood and ours – of us “said” Westerns – converge. Understanding such notion of person in the indigenous culture, then, we studied a specific case of an eventual infanticide or cultural homicide. The bill of law nº 1057/2007, currently waiting to be voted by the federal legislative, addresses this issue. Regarding this bill, we reflected upon the possibility of criminalizing the legal assets that derive from this cultural phenomenon. Considering that the Brazilian State is eminently multicultural, we face the possibility of criminalization in the realm of penal law science, however keeping always in mind the penal principles under the light of minimal penal law. Still regarding the aforementioned specific case, we reflected about the responses within the realm of culpability, especially about the supralegal possibility of inexigibility of a different conduct.*

## KEYWORDS

*International treaties; Criminal Law; indigenous culture; criminalization; culpability.*

## Introdução

Após a Segunda Guerra Mundial, com o nazismo, o fascismo e as ditaduras militares, houve consequências drásticas à ordem mundial, o que culminou em despertar, sobretudo, nas autoridades europeias, o fortalecimento do Sistema Europeu, por conseguinte, ampliando os meios de proteção aos direitos humanos no sentido de que os Estados promovessem os princípios da Declaração dos Direitos Humanos (1948). O fortalecimento do Sistema Europeu, conseqüentemente, influenciou no fortalecimento do Sistema Interamericano (1978); Africano (1986) e debates profícuos em torno da concretização do sistema regional asiático e árabe.

Os direitos, humanos ou não, nas convenções, cartas, pactos, recomendações, declarações, entre outras, pode, por vezes, colidir

com o direito interno do Estado aderente. Posto isso, o objeto que nos interessa pesquisar, quanto à questão cultural minoritária: é como resolver o conflito entre os Direitos à cultura e à *vida tutelados nos instrumentos internacionais versus Direito Penal*.

O direito penal origina-se do meio social e salvaguarda os bens jurídicos fundamentais de uma sociedade e do homem, mas, hodiernamente, recai, sobre nosso Direito punitivo, o famigerado expansionismo e a ilusão de que a “punição é a solução para todas as coisas”<sup>3</sup>. Diante disso: como conciliar os direitos humanos com o direito penal e os seus princípios estruturantes?

Com o orientamento do direito penal com intervenção mínima na esfera do humano, dessa forma, respeitando a cultura e as tradições – desenvolvemos este estudo da seguinte maneira:

Em primeiro momento – analisamos “A cultura aborígene e sua cosmovisão quanto ao conceito de pessoa e não pessoa”, assim, explanamos sobre o modo de compreensão do indígena quanto ao que é pessoa no seu habitat e na sua cultura, simbologias, rituais e entes que com eles convivem e interferem em suas decisões.

Na perspectiva de que a cultura é direito fundamental na esfera humana, protegida por instrumentos internacionais, tratamos de um caso concreto: “infanticídio/homicídio de natureza cultural no Brasil”.<sup>4</sup>

No segundo momento – centramos nossa atenção para o caso concreto de infanticídio/homicídio cultural – caso “Hakani”. Este estudo deu-se na perspectiva do direito penal e seus princípios estruturantes no sentido de compreender a cosmovisão indígena, na medida em que a compreensibilidade da cultura do indígena proporcionará

3 PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La Influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho Penal: La Defensa del Modelo Ideológico Neoliberal en las Teorías Funcionalistas y en el Discurso Ético de Habermas sobre Selección de los Intereses Penales. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El Análisis Crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 105-106.

4 Augusto Silva Dias analisa criteriosamente um caso da Guiné Bissau – África. Vejamos: “Prática de ‘infanticídio ritual’ (pesquisa) das etnia Mancanha, Manjaco e Pepel de matriz cultural comum, dialecto semelhante e religião animista de grande influência de rituais entre os seus membros. Veja; DIAS, Augusto Silva. Problemas do Direito Penal numa Sociedade Multicultural: O Chamado Infanticídio Ritual na Guiné-Bissau. In: CONFERÊNCIA PROFERIDA NO INSTITUTO MAX-PLANCK DE FREIBURG. *Anais...* em Abril 1996.

como devemos valorar o fato social de modo a criminalizá-lo ou não o punir. Ainda, analisaremos a imputabilidade penal na Lei 6.001-73 – Estatuto do Índio – relacionando-a com os Direitos Humanos, Constituição Federal, Direito Penal e princípios.

### A cultura ABORÍGENE: sua cosmovisão quanto ao conceito de pessoa

Para perceber se determinado fenômeno cultural dá origem a ilícito penal — ou mesmo para que se valore a culpabilidade/desculpa penal (inexigibilidade de conduta diversa), é imprescindível que focalizemos as cosmologias dos indígenas, para que se compreenda o seu modo de vida, a noção de vida e, acima de tudo, qual a compreensão que eles possuem quanto à formação e ao desenvolvimento de pessoa no mundo. Compreende como nós, isto é, de acordo com a doutrina civil adotando a teoria da personalidade?

Na cultura indígena, não se define a noção de pessoa a partir da corporeidade, conforme nós, ocidentais. Para os povos indígenas, já levando em conta variâncias mínimas entre as etnias, o corpo não se reduz ao redutível dualismo (corpo e mente), mas o social cria o corpo<sup>5</sup>. Para eles, para que alguém se torne pessoa humana, faz-se necessário, além da presença do corpo individual, de outros atributos, *v.g.*: cerimônias, nomeação, ritos, pinturas sobre o corpo, perfurações, sangue, sêmen, adornos (plumas, estojo peniano – sexo masculino).

Para os bororos<sup>6</sup>, é necessário: alimentação adequada, regras na sexualidade, danças, presença do outro invisível sobrenatural que é a alma, espírito ou força vital, pois “perguntar sobre o lugar do corpo é o começo da indagação sobre as formas da construção de pessoa”<sup>7</sup>. Geralmente, esses termos possuem uma simbologia própria e peculiar

---

5 CASTRO, Eduardo B. Viveiros de. *A fabricação do corpo na sociedade xinguana*. Rio de Janeiro: Boletim do Museu Nacional (UFRJ), 1979, p. 41-49.

6 Povo indígena do Brasil que fala a língua bororo e vive no estado de Mato Grosso, numa localidade que se denomina Sangradouro, próxima a uma cidade que se chama Primavera do Leste.

7 SEEGER, Anthony; MATTA, Roberto da. *A Construção da pessoa nas sociedades indígenas brasileiras*. Rio de Janeiro: *Boletim do Museu Nacional (UFRJ)*, 1979, p. 3.

e indicam valoração incrementadora para indicar que alguém será pessoa na sua totalidade, ou seja, *no devir*.

Para os indígenas, não é porque alguém possui anatomia biológica de pessoa humana, tal como concebemos, que, necessariamente, isso indique status de pessoa com humanidade, para que assim seja, necessita-se de muito mais; segundo Anthony Seeger, corpo e nome nas sociedades indígenas parecem indicar que a pessoa se define numa pluralidade de níveis estruturados internamente<sup>8</sup>.

Nas várias comunidades orientadas por cosmovisões peculiares (bororo; jê, yanomani, tukanos, entre as 305 etnias brasileiras<sup>9</sup>), não é porque se deu o nascimento que isso signifique, automaticamente, a pertença ao contexto da vida social, mas é com as relações sociais, os contatos com os outros, visíveis e invisíveis, numa lógica simbólica de transformações constantes e harmonizadoras, que se tornará pessoa – no devir – pessoa humana<sup>10</sup>.

Por exemplo, o bebê indígena bororo passa por todo um processo relacional com os símbolos para se elaborar e adentrar pela esfera de pessoa/humanidade: de partida, há rituais e simbologias na indicação de um nome à criança. O nome associa-se à perfuração do lábio inferior dos meninos e dos lóbulos das orelhas de ambos os sexos; colocando o nome na criança, ela sai do anonimato e integra-se à sociedade dos nominados, passando a fazer parte do estado de força vital, com personalidade social.

O que significa ser nominado? Nas palavras de Viertler, “representa a superação do isolamento e sua inserção gradativa nas estradas da vida social e ao perfurar o corpo do bebê este passa a pertencer à sociedade dos ‘acordados’ para a vida, seja caçando os

8 SEEGER, Anthony; MATTA, Roberto da. Op cit., p. 13.

9 BRASIL. Funai - Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

10 Não é só a pertença a uma comunidade de substância que garante a vida, pois ela não pode existir fora do social. E o social se funda na moralidade humana. É a partir do estabelecimento de limites e fronteiras entre o que é e pertence que ocorre o distanciamento de tudo aquilo que se inscreve enquanto alteridade. É essa estrutura que funda o social-relacional das cosmologias ameríndias: a diferença dando corda ao movimento da vida. Veja: HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem São os Humanos dos Direitos? Sobre a Criminalização do Infanticídio Indígena*. Brasília: UNB, 2008. (Dissertação de Mestrado não Publicada). p. 25

animais ou mesmo recriando as fronteiras entre animais e homens”<sup>11</sup>.

Já os indígenas da Amazônia entendem que pessoalidade<sup>12</sup> é atributo daqueles que possuem “alma” ou “vitalidade; termos que significam componentes espirituais que encarnam o corpo de uma pessoa e, no mesmo passo, podem separar-se. Além de as pessoas possuírem a vitalidade (alma) habitando o corpo, *também, os animais, as plantas, ou seja, todo o ecossistema é portador de alma*, assim, pessoas, animais e plantas são pessoas. Contudo nem todas as pessoas são consideradas humanas.

Para os indígenas, há “pessoas e pessoas não verdadeiras”<sup>13</sup>. Saber quem é pessoa verdadeira, para os ameríndios, encerra-se num círculo de incertezas, por motivos de que a “força vital energizante de todos os seres vivos é finita, fixa e maldistribuída e em constante circulação”<sup>14</sup>, que se traduz numa contínua luta para preservar a humanidade indígena.

A humanidade não se garante por nascer de mãe humana, porque as mulheres podem ser fecundadas “por animais, espíritos e outras pessoas não humanas que visam avançar os interesses da sua espécie em detrimento dos seus competidores”<sup>15</sup>. Com a confirmação concreta de que a criança é realmente pessoa humana, então, os pais, parentes e membros da comunidade acolhem-na e dispensam-lhe todos os cuidados necessários<sup>16</sup>.

Após o nascimento da criança, por exemplo, na comunidade yanomani, seus membros demoram a procurar por um nome, somente quando a criança conta com mais de ano e eles estão convictos de que não morrerá, é que a inserem no rol dos nominados, a saber,

---

11 VIERTLER, Renate Brigitte. *A noção de pessoa entre os bororo*. Rio de Janeiro: Boletim do Museu Nacional (UFRJ), 1979, p. 20-29.

12 GRANERO, Fernando Santos. *Hakani e a Campanha contra o Infanticídio Indígena: Percepções Contrastantes de Humanidade e Pessoa na Amazônia brasileira*. Rio de Janeiro: Mana, 2011, p. 131-159; DESCOLA, Philippe. *Las cosmologías indígenas de la Amazonia*. In: SURRALLÉS, Alexandre; HIERRO; Pedro García (Eds.). *Tierra adentro – territorio indígena y percepción del entorno*. Perú: IWGIA (Copenhague), 2004, p.25-36.

13 GRANERO, Fernando Santos. op cit., p. 131-159.

14 Ibidem, p. 131-159.

15 Idem.

16 Idem.

atribuem um nome e, daí em diante, a criança já nominada continua em constante interação com as forças visíveis e invisíveis para se tornar integralmente humana<sup>17</sup> ou, nas palavras de Eduardo Viveiros Castro, “o corpo é corpo humano a partir de uma fabricação cultural”<sup>18</sup>.

Assim, para o ameríndio, a noção de pessoa não é um dado biológico, mas é construída ao longo da vida, por meio das relações sociais, e adquire totalidade de homem “pessoa social total” – humana – mediante a participação na coletividade, enfrentando adversidades e, acima de tudo, respeitando os valores culturais e crenças e, sobretudo, sendo aceito na comunidade. Tendo em vista essas diferentes cosmovisões, então, nos dias de hoje, a ótica cosmopolita de direitos humanos advinda do iluminismo necessita de ser revista sob a acomodação dos direitos do “diferente”, acima de tudo, quanto à diferença cultural.

Fato é que, na cultura indígena, há a crença enraizada de que coexistem elementos invisíveis, como a força vital, espíritos de animais ou de inimigos que circulam por todos os lados, *sendo então possível que as mulheres sejam fecundadas por entidade sobrenatural (espírito)*. Assim, por “acreditarem” que as mulheres podem ser fecundadas por elementos invisíveis, conseqüentemente, seus filhos poderão, ao nascer, apresentar más-formações, deficiências físicas ou de desenvolvimento.

Outros ameríndios da Amazônia<sup>19</sup> atribuem as más-formações a casos de quebras de regras (pelos pais), cujas regras são de suprema necessidade, por exemplo: o resguardo. A conseqüência quando se quebra a regra é que o ente (invisível) amaldiçoa o desrespeito dos pais, resultando no nascimento de filhos com deformações. Tais deformações podem, ainda, segundo a sua cultura, resultar das

---

17 HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem São os Humanos dos Direitos? Sobre a Criminalização do Infanticídio Indígena*. Brasília: UNB, 2008. (Dissertação de Mestrado não Publicada). p. 27

18 CASTRO, Eduardo B. Viveiros de. *A fabricação do corpo na sociedade xinguana*. Rio de Janeiro: Boletim do Museu Nacional (UFRJ), 1979, p. 41-49.

19 GRANERO, Fernando Santos. *Hakani e a Campanha contra o Infanticídio Indígena: Percepções Contrastantes de Humanidade e Pessoa na Amazônia brasileira*. Rio de Janeiro: Mana, 2011, p. 131-159.

transgressões quanto à sexualidade inadequada (promiscuidade); incesto<sup>20</sup>, bem como consumo de alimentos inapropriados durante a gestação; concepção fora do casamento, por exemplo. Esses são alguns dos fatores que, na cosmovisão indígena, dificultam ou impossibilitam a entrada da criança na comunidade social dos humanos.

Visto a cosmovisão indígena relativa à noção de pessoa, a seguir, abordamos o direito penal e suas estruturas dogmáticas: culpabilidade, imputabilidade, em especial, concernente ao indígena. Vejamos.

### Fenômeno cultural: criminalização? Culpabilidade ou desculpa penal (inexigibilidade de conduta diversa)?

#### Os direitos do aborígene: Constituição da República Federativa do Brasil, Direito Penal e Estatuto do Índio

O Estado brasileiro, intitulado de constitucional social-liberal, deve traduzir-se, nas palavras de Will Kymlicka, “naquele em que os Estados por suas Constituições e adesão aos instrumentos internacionais garantem o conjunto de direitos sociais, culturais econômicos entre outros, mas que, sobretudo, adote de modo efetivo políticas concretas para os grupos minoritários e acomodem suas diferenças culturais”<sup>21</sup>.

Por força do multiculturalismo, os direitos humanos devem acomodar o direito à cultura e é nesse passo que o Brasil caminha, mas, infelizmente, o seu caminhar é muito lento se comparado aos Estados vizinhos da América Latina, por exemplo, conforme a Constituição do Estado Plurinacional Boliviano, que garante o autogoverno aos povos indígenas<sup>22</sup>. Vejamos as normas constitucionais e infraconstitucionais.

---

20 HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. Op. cit., p. 46. GRANERO, Fernando Santos. op cit., p. 131-159.

21 KYMLICKA, Will. *Las odiseas multiculturales-las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Barcelona: Paidós, 2009. p. 75.

22 Objetiva o Estado Plurinacional da Bolívia a garantia da autodeterminação, autogoverno, reconhecimento da cultura e instituições dos territórios das classes despossuídas. Os idiomas oficiais do Estado são o castelhano e os de todas as nações e povos indígenas (art.5 da Constituição Boliviana).Veja: BOLÍVIA. Constitución Política Del Estado Plurinacional; Lei Del Tribunal Constitucional Plurinacional; Código Procesal Constitucional. (el original). Veja: LECONA & QUIROZ. *Derecho Constitucional Moderno – compatibilizado com el texto constitucional*. Bolívia: [s.n.], 2012.

A norma do § 4º, art. 210 da Constituição do Brasil, estabelece o direito à educação na língua portuguesa, assegurando a língua materna indígena, já nos arts. 231 e 232, garante o direito de preservar os costumes, crenças, tradições, organizações sociais e demarcação de terras, tradicionalmente, ocupadas<sup>23</sup>. Em síntese, o indígena possui os mesmos direitos do brasileiro reputado “civilizado” e outros especiais em consonância aos direitos previstos na Convenção nº. 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos indígenas.

Para cumprir o que determina a Constituição do Brasil, tratados e convenções internacionais, temos, ainda, a Fundação Nacional do Índio – Funai – criada pela Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que regula a situação jurídica dos silvícolas, cuja incumbência é implementar, estabelecer e executar políticas indigenistas no Brasil.

Na seara penal, o atual código, incrustado de ideologia ditatorial dos idos de 1940<sup>24</sup>, nada compatível com o constitucionalismo, reflete concepção de “menosprezo” à cultura do indígena<sup>25</sup>. Pois parte da doutrina, ao abordar sobre a imputabilidade, entende que o silvícola inadaptado, caso seja autor de crime, é considerado inimputável<sup>26</sup> (“desenvolvimento mental incompleto ou retardado” – art. 26 do Código Penal brasileiro). A inimputabilidade lhe é atribuída não

23 Além desses direitos na Constituição, há normas, regulamentos, decretos com relação à questão indígena: por exemplo: Decreto n. 26/1991 Dispõe sobre a Educação Indígena no Brasil; Lei 9394/1996. Diretrizes e Bases da Educação, Artigo 78; Lei 11.645/2008. Inclui no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”; Decreto 6861/2009. Dispõe sobre a Educação Escolar Indígena, define sua organização em territórios etnoeducacionais, e dá outras providências (entre outros) Governo Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Visitado em: 02 out. 2016.

24 O nosso Código Penal de 1940, ainda em vigor, se bem que reformado em 1984, para melhor, na parte geral, teve como modelo imediato o código italiano. Daí os fortes resíduos autoritários incrustados em nossa legislação. Nesse sentido: SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filipo Gramática. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcelo de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio* – actos do colóquio Marc Ancel. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.29

25 Vale lembrar que há países que criminalizam o menosprezo à cultura, nesse sentido, lembramos da China, que, nos termos do art. 147º, pune a violação de usos e costumes relativa às minorias étnicas. Veja: PEREIRA, Júlio A. C. *Comentário à lei penal chinesa*. Macau: Beltrão Coelho, 1996 (Coleção Estudos e Documentos).

26 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal* – parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1. p.501; CHALUB, Miguel; TABORDA, José G. V.; ABDALLA-FILHO, Elias. Perícia de imputabilidade penal. In: CHALUB, Miguel; TABORDA, José G. V. (Orgs.). *Psiquiatria forense*. Porto Alegre: Artmed, 2012. p.139-71.

porque sofre de anomalia mental, mas por participar de outra cultura diferente, que não seja a dos dominantes, a saber, por ser silvícola inadaptado.

A imputabilidade penal – art. 26 do Código Penal brasileiro – adota o critério biopsicológico e, no seu elemento psiquiátrico-psicológico (biológico), estrutura-se em três escalas: doença mental – desenvolvimento mental incompleto ou retardado – traduzidas em anomalias psicopatológicas, podendo chamá-las, apenas, de doença mental ou anomalia psíquica (primeiro elemento – psiquiátrico-psicológico “biológico”)<sup>27</sup>.

Sabemos que a anomalia psíquica ou doença mental tem o condão de afastar a culpabilidade por inimputabilidade, caso o intérprete julgador conclua que, ao imputar a culpabilidade do fato típico penal, o agente, no momento do crime, não era portador do “entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (segundo elemento da imputabilidade), conseqüentemente, resultará na absolvição imprópria, assim, aplicando-se a medida de segurança (art. 96 do Código Penal brasileiro).

Como estabelece o Estatuto do Índio quanto à culpabilidade e imputabilidade do agente indígena?

Caso o indígena, porventura, pratique ilícito penal, aplica-se o sistema de culpabilidade penal em conjunto com a Lei Especial nº. 6.001/1973 e Código Penal brasileiro. Logo a imputabilidade dos índios ou silvícolas gradua-se da seguinte forma, a saber:

- a) A imputabilidade atribui-se ao agente do crime considerado plenamente adaptado ou integrado aos valores da cultura dominante do Estado, cuja consequência será a aplicação da pena, com atenuação obrigatória, por força do art. 56, *caput*, da Lei 6.001/73<sup>28</sup>.

---

27 BALBINO, Edilene Dias Virmieiro. *Culpabilidade e Actio Libera in Causa no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015, p.79

28 “Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.” (BRASIL. Lei Nº 6.001/73 (Estatuto do Índio).In:

- b) Semi-Imputabilidade para o caso de parcial adaptação à cultura dominante, com a conseqüente aplicação da pena, no entanto, por força do mesmo artigo supracitado (Estatuto do Índio), a pena é diminuída.
- c) Inimputável, com a conseqüente aplicação da medida de segurança, por se tratar de agente do crime portador de anomalia psíquica (desenvolvimento mental retardado), mas a inimputabilidade é por sê-lo inadaptado e não estar integrado aos valores culturais dominantes do Estado.

Por que esta conclusão ilógica da letra “c”? Respondemos: por motivos de que o Estatuto do Índio é silente para os casos de absolvição do indígena, por isso, em atenção ao art. 97, caput, do Código Penal brasileiro, considera-se o silvícola inadaptado inimputável e aplica-se a medida de segurança<sup>29</sup>.

Em outras palavras, a inimputabilidade do silvícola inadaptado é pelo simples fato de ser diferente – conseqüentemente – a inadaptação possui a força de equipará-lo ao anômalo mental (doente mental retardado) – o argumento da inimputabilidade: é não estar adaptado aos valores culturais dominantes, a saber, dos outros povos de cultura majoritária com os quais se convive no Estado brasileiro. Daqui, resulta, claro, o estigma, o preconceito com a cultura indígena, refletindo como se fosse cultura inferior e, também, total ausência da compreensibilidade do diferente, sobretudo, quando se diz inimputável por razões de cultura<sup>30</sup>.

A pessoa silvícola inadaptada indica estar irmanada de cultura diferente e não padecimento de fenômenos psicopatológicos – classificados na medicina legal e valorados, normativamente, como inimputabilidade penal. Na perspectiva do Estado Constitucional de

---

*Código Penal e Constituição Federal*. Obra Coletiva (Ed. Saraiva). São Paulo: Saraiva, 2015). Devendo o julgador atentar, sobretudo, para a convencionalidade das normas internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro.

29 GUARAGNI, Fábio André. *A “Herança Maldita” do Tratamento Jurídico-Penal dos Silvícolas Não-Adaptados*. Paraná: FESMP. 2009.

30 DIAS, Augusto Silva. Problemas do Direito Penal numa Sociedade Multicultural: O Chamado Infanticídio Ritual na Guiné-Bissau. In: Conferência Proferida no Instituto Max-Planck de Freiburg. *Anais...* em Abril 1996.

Direitos Humanos, é necessário que o Direito considere a cosmovisão do indígena e o multiculturalismo de maneira que acomode o Direito à diferença.

Pois sabe-se que tanto a cultura como os direitos humanos não são um dado, mas um constructo, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução, haja vista indicar luta e ação social constantes rumo a universalizar a dignidade da pessoa humana.

Isso posto, a seguir, descrevemos suposto caso de *infanticídio* ou *homicídio* – noticiado na mídia brasileira, cujo caso foi abordado em artigos científicos – a partir dele buscamos ofertar respostas em sede de direito penal – dogmática penal, numa compreensão do direito penal mínimo e humanista.

### Caso concreto: “Infanticídio ou homicídio cultural na comunidade aborígene”

O debate sobre o infanticídio cultural indígena no Brasil teve início com a publicação de um vídeo postado no *You Tube* intitulado “Crianças enterradas vivas na Amazônia”, mais tarde, o badalado vídeo viral revelou ser um *trailer* de 35 minutos denominado “Hakani” – produzido pela ONG brasileira ATINI - Voz pela vida – que pertence a missionários evangélicos estadunidenses que objetivam fazer campanha contra o infanticídio indígena na Amazônia brasileira (yanomani). O filme propôs a narrar a verdadeira história de Hakani<sup>31</sup>.

“Hakani é uma menina indígena suruwaka que tinha um irmão chamado Niawi. Ambos, Hakani e Niawi, nasceram com doença neuromotora, cuja doença mais tarde diagnosticou-se como hipotireoidismo. Na época do nascimento, Hakani e Niawi, na maloca (cabana comunitária) cuja família morava e seus membros, foram considerados crianças atacadas por um espírito da floresta, sendo eles

---

31 Veja este fato relatado em: GRANERO, Fernando Santos. *Hakani e a Campanha contra o Infanticídio Indígena: Percepções Contrastantes de Humanidade e Pessoa na Amazônia brasileira*. Rio de Janeiro: Mana, 2011. Disponível em: «[http://www.hakani.org/pt/historia\\_hakani.asp](http://www.hakani.org/pt/historia_hakani.asp)». Acesso em: 14 jun. 2016.

causa de muitos dos seus infortúnios. Por essa razão, a comunidade indígena pressionou os pais a matarem as crianças. Todavia os pais, não quiseram fazer tal ato e suicidaram-se. Então, a incumbência coube ao irmão mais velho, segundo o relato, o irmão bateu neles, até ficarem inconscientes, com um pau, tendo, na sequência, enterrados numa cova rasa. Dizem que Niawi não reagiu e morreu; já Hakani chorou e, conforme relato, acabou sendo salva pelo irmão do meio, que se incumbiu de criá-la por algum tempo e, por fim, entregou-a para um posto de missionários. Neste posto, Hakani recebeu cuidados, sendo, mais tarde, adotada pelos missionários Márcia e Edson Suzuki e, hoje, conta com mais de 12 anos”<sup>32</sup>.

Após a repercussão deste caso na mídia brasileira, houve intensa comoção da sociedade e animosidade dos brasileiros reputados descendentes da “cultura dominante ocidental” em relação aos povos minoritários indígenas. Cujas reações traduzem-se na incompreensão da cultura indígena – suas diversas etnias – línguas, costumes, crenças – e direitos previstos na Constituição, convenções e tratados internacionais.

Ademais, a comoção repercutiu no Legislativo, posto que o Deputado Henrique Afonso, à época, PT/AC, apresentou o Projeto de Lei n. 1.057/2007 – denominado de Lei Muwaji<sup>33</sup> – com vista a criminalizar e punir o infanticídio indígena, mas não apenas isso,

32 GRANERO, Fernando Santos. Op. cit.

33 BRASIL. Câmara dos Deputados. “[...] Art. 2º. Para fins desta lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como: I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores; II. Homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla; III. Homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais; IV. Homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero; V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão; VI. Homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo; VII. Homicídios de recém-nascidos, quando estes possuem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais; VIII. Homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo; IX. Homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto; X. de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição; XI. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas; XII. Maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança. XIII. Todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>. Acesso em: 14 jun. 2016.

também, *criminalizar todas as condutas de maus-tratos às crianças indígenas de maneira generalizada – tipificando como homicídio.*

O projeto, “em tese”, apresenta-se como uma “causa nobre” – por visar defender a vida e os direitos humanos – porém facilmente pode se transformar “em perseguição” das populações vulneráveis e historicamente estigmatizadas, a saber, ser “arma” de acusação e perseguição social e política – ademais – não há dados oficiais sobre o infanticídio no Brasil. Contudo há relatos como aquele supramencionado e, ainda, de outras pessoas envolvidas com as causas indígenas que revelam ocorrer o infanticídio/homicídio entre os indígenas<sup>34</sup>.

O certo é que, nos dias de hoje, em causa está o debate. Por um lado, temos a cultura de um povo, prevista em instrumentos internacionais que buscam que o Estado acomode as diferenças e respeite o direito à diferença; por outro lado, os mesmos instrumentos internacionais migram no sentido de salvaguardar o direito à vida. Eis o conflito e o dever de se buscar a compreensibilidade.

O fenômeno cultural ao qual se almeja criminalizar requer, em sede de direito penal, respostas às seguintes indagações reflexivas: há espaço para criminalizar fenômeno cultural no Direito Penal de intervenção mínima? A norma penal deve recair sobre aquele de cultura diferente que “matou” a criança inocente? Há espaço para a desculpa (inexigibilidade) no caso de fenômeno cultural?

Para nós, a resposta ao fenômeno do infanticídio ou homicídio cultural, criança indígena, não deve ser analisada apenas ao abrigo da punibilidade, mas, sobretudo, a análise deve circunscrever-se na real necessidade de criminalizar e na estrutura da dogmática penal: tipicidade, culpabilidade e punibilidade, sopesando os seguintes princípios, a saber: a) o princípio da idoneidade, b) subsidiariedade e c) ponderação de bens e, por fim, d) princípio do respeito pelas autonomias culturais<sup>35</sup>.

---

34 GRANERO, Fernando Santos. Op. cit. Disponível em: [http://www.hakani.org/pt/historia\\_hakani.asp](http://www.hakani.org/pt/historia_hakani.asp). Acesso em: 14 jun. 2016.

35 BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: IBdF, 2006. p. 309.

## Direito Penal: os princípios penais e o “infanticídio ou homicídio cultural”

Compreendemos que merece o devido cuidado a possível criminalização com a consequente punição das figuras do projeto de Lei 1.057/2007. Criminalizar o fenômeno cultural, dessa forma, atribuindo-lhe pena, revela-se um ato altamente drástico porque a minoria indígena é classe de pessoas desfavorecidas, haja vista ter sido estigmatizada ao longo do processo histórico brasileiro e estar ao abrigo dos instrumentos internacionais.

Em razão disso, seguimos o prisma de um direito penal mínimo que valora a cultura – como em Augusto Silva Dias<sup>36</sup> – e ainda, segundo Alessandro Baratta<sup>37</sup>, ao enunciar que o Estado, nas graves violações aos direitos humanos, pode aplicar penas cuja punição se sustente no princípio da proporcionalidade abstrata, asseverando que este princípio apenas representa condição necessária, e não o suficiente de criminalização e punição, posto ser necessário conter conteúdo, que se dá mediante o princípio da idoneidade. Vejamos.

I) *Princípio da Idoneidade*. O princípio da idoneidade impõe ao legislador o inarredável dever de realizar esmerado estudo dos efeitos socialmente úteis que se espera da pena. O ofício legislativo de criminalizar e punir para tornar-se exitoso precisa pautar seus trabalhos munindo-os de rigorosas pesquisas empíricas e, ainda, observar normas similares de outros ordenamentos, como do “direito comparado” e aplicação de prognoses sociológicas, entre outras; sendo que os estudos requisitados, que se deve fazer na fase legislativa, servem para certificar se realmente a punição produzirá efeitos úteis a determinadas condutas sociais que se almeja encerrar com o efeito punição.

Não resta dúvida que esse conteúdo principiológico punitivo deve ser aplicado ao Projeto de Lei 1.057/2007 – o que, no entanto, o

36 DIAS, Augusto Silva. O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências. In: BELEZA, Teresa Pizarro (Coord.). *Multiculturalismo e Direito Penal*. Lisboa. Almedina, 2012, p.15-31. Idem. Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). *Emoções e Crime-filosofia, ciência, arte e direito penal*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 57-80.

37 BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: IBdF, 2006. p. 309.

legislador brasileiro não fez. Ainda, no caso concreto Hakani, não se percebe os efeitos úteis da pena – pois ela não se reveste do princípio da idoneidade – uma vez que, a cosmovisão indígena é diferente daquela dos povos de cultura majoritária (“dominante”).

II) *Princípio da subsidiariedade*. Por este princípio, é necessário que haja estudo metuculoso apontando que a pena, a saber, sua intervenção, seja o último recurso que realmente conduzirá a pacificação social do fenômeno cultural indígena, ou seja, de que o indígena apenas cessará a conduta de ceifar a vida de inocentes se for punido. Portanto, o princípio da subsidiariedade exige não haver quaisquer outras medidas com eficácia que salvaguadem os direitos humanos, no caso concreto, a vida das crianças indígenas.

Temos que a criminalização e a punição devem ater-se ao princípio da subsidiariedade na seara penal porque apenas jungidos esse princípio e, ainda, o da idoneidade que a punição pode mostrar-se realmente insubstituível por outras medidas eficazes que salvaguadem os direitos humanos<sup>38</sup>. Temos, ainda, que a conscientização, o diálogo e as medidas preventivas são mais capazes, eficazes e úteis de obstarem a prática do infanticídio ou mesmo homicídio praticado, seja por membros de comunidades indígenas ou mesmo dos pais (mães) contra crianças indefesas.

Segundo o princípio da subsidiariedade, questionamos: o legislador brasileiro, ao objetivar punir o infanticídio/homicídio cultural nas comunidades indígenas, não fomentará ainda mais a situação de vulnerabilidade das mais de 305 (trezentos e cinco) etnias?

Há viabilidade prática e eficaz em lançar mão do direito penal com o objetivo de resolver situação de tamanha complexidade? Respondemos, com um sonoro, não! Mas, continuemos com os princípios.

III) *Princípio da proporcionalidade* de bens concreto. A ponderação de bens jurídicos abstratos se reserva à punição tão somente para as graves violações de direitos humanos. No entanto, para cumprir a finalidade para a qual se propõe, deve ater-se ao

---

38 BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 310.

princípio da proporcionalidade de bens concretos, que jamais deve agravar ou aumentar os conflitos daquelas situações sociais às quais se atribuirá a pena. A pena não pode surtir maior efeito (maléfico) ou produzir maiores problemas do que aqueles aos quais almeja resolver, haja vista que essa via a tornará ineficaz e sem propósito<sup>39</sup>.

No caso concreto das crianças indígenas Hakani e do seu irmão Niawi, em causa, está o fenômeno cultural indígena traduzido no conflito, a saber, o direito à cultura versus direito à vida. Postos serem direitos fundamentais e constitucionais previstos em tratados e convenções internacionais – tem-se que – no caso de fenômeno cultural, quando a ordem estatal aventar eventual criminalização, deve-se cuidadosamente atentar para os princípios da proporcionalidade abstrata/concreta, idoneidade e o da subsidiariedade.

Se, porventura, esteja criminalizado o fenômeno cultural, então, em eventual decisão judicial, deve o julgador adentrar pela esfera do mundo vivente de quem é julgado, interagir com a sua cultura, suas crenças e dialogar com seus valores na busca de uma decisão justa de maneira que se concretizem os princípios constitucionais penais e revista o Direito do mínimo de eticidade.

IV) *Princípio do respeito pelas autonomias culturais*. Ainda, para legitimar a criminalização e punição dos fatores culturais, sobretudo, da minoria, aqui, indígena, torna-se imprescindível que se observe o *modus vivendi* do grupo, sua cosmovisão, a percepção do mundo e das coisas ao seu redor. Dentro do mesmo Estado, comumente, coexistem várias culturas, crenças e maneiras diferentes de se viver e conceber o mundo da vida. Sendo este o conteúdo exigível neste princípio.

As “diferenças” demandam, por parte do Estado, que se promova a tutela dos direitos humanos da minoria, que se acomode o direito a ser diferente de modo tal que estimule a consciência do respeito mútuo, sobretudo, o exercício da interculturalidade das culturas minoritárias e da cultura da maioria “dominante”.

Em termos de tutela efetiva dos direitos das comunidades indígenas brasileiras, inclusive, dos direitos humanos, não há muito o

---

39 BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 310.

que “festejar” em terra *brasilis*, pois a desigualdade social é intensa entre o brasileiro indígena e aquele da cultura predominante, pois, mesmo após a Constituição de 1988, para se concretizar os direitos indígenas se deparou com o desrespeito de muitos setores da classe econômica (garimpeiros, grandes latifundiários, entre outros), culminando em aproximadamente 60 (sessenta) indígenas assassinados no ano de 2009<sup>40</sup>.

Apenas nos últimos anos, o Estado brasileiro começou efetivamente a tutelar os direitos dos indígenas, por exemplo, com demarcações de terras. Posto isso, visto o Estado brasileiro encontrar em *deficit* quanto à implementação de direitos da minoria indígena – temos que – *a criminalização e punição de condutas indígenas que se fundamentam em práticas culturais, crenças e rituais não possuem legitimidade estatal*.

Jungidos e irmanados nos princípios estruturantes de um direito penal mínimo, como da proporcionalidade abstrata, idoneidade, subsidiariedade e o do respeito pelas autonomias culturais, cujo direito de extrema *ratio* oferece interferência mínima em bens jurídicos e legitimidade social e democrática para o direito penal – temos que o Projeto de Lei 1.057/2007 – Lei Muwaji – se, porventura, criminalizar fatos advindos de fenômenos culturais (comunidade indígena), carecerá totalmente de legitimidade democrática.

O Estado apenas demonstrará a ineficácia em promover, por outras vias, a salvaguarda dos direitos humanos, aqui, no caso, criança indefesa indígena – temos que o direito civil, administrativo, ou mesmo, os órgãos que zelam pela proteção dos direitos indigenistas podem atuar preventivamente mediante diálogo, conscientização para que se evitem as mortes de crianças como a do irmão de Hakani e a própria tentativa de homicídio de Hakani.

---

40 Ao abordar a violência contra os indígenas, em especial, quanto à morosidade dos Tribunais em julgarem os litígios, além de descaso dos órgãos oficiais do Governo em demarcar as terras indígenas, Boaventura de Sousa Santos informa que vários indígenas foram assassinados ou criminalizados pelos direitos dos seus povos, e, de acordo o relatório do CIMI, no ano de 2009, foram registrados 60 assassinatos de indígenas, número igual ao de 2008 (SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Para uma revolução democrática da justiça*. Lisboa: Almedina, 2014, p. 129).

Com relação ao caso concreto, ainda, é necessário respondermos: poderia esse fenômeno cultural se caracterizar como crime? Preponderaria a culpabilidade ou a desculpa penal? Como sopesar os bens jurídicos vida *versus* cultura?

“Infanticídio/homicídio cultural”: espaço para a criminalização ou desculpa penal (inexigibilidade de conduta diversa)?

No fenômeno cultural – caso concreto Hakani e seu irmão Niawi – posto se referir a crianças não recém-nascidas, mas já “maiores”, em que os próprios pais recusaram matá-las, cabendo o encargo ao irmão mais velho de Hakani, de imediato já se constata que o crime não se enquadra na tipificação da moldura penal do art. 123 do Código Penal brasileiro<sup>41</sup> e art. 136<sup>o</sup> do Código Penal português<sup>42</sup>. Trata-se do crime de homicídio consumado (vítima Niawi) com a tentativa de homicídio (vítima Hakani) em concurso material.

Contudo o irmão mais velho de Hakani responde por esses crimes?

Visto que o injusto penal (ilicitude e antijuricidade), no homicídio doloso, exige a presença da imputação subjetiva (dolo e suas modalidades) – somos da postura de que – *no caso – o irmão de Hakani e Niawi não detinha conhecimento e a vontade de praticar crime de homicídio ou qualquer outro crime.*

Pois a noção de pessoa para o indígena é diferente daquela da cultura majoritária (dominante). Para o irmão de Hakani, e, também, para sua comunidade indígena, a concepção de pessoa é processo de construção social, ninguém nasce pessoa, mas faz-se pessoa humana. Outro fator preponderante é que a comunidade yanomani (Maloca), na qual moravam a família de Hakani, *considerava que as crianças tinham sido atacadas por um espírito da floresta*, sendo eles

---

41 BRASIL. Código Penal brasileiro. Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos [...].

42 PORTUGAL. Art. 136<sup>o</sup> Infanticídio. A mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a influência perturbadora, é punida com pena de prisão de 1 a 5 anos. (Códigos Penal e de Processo Penal. Lisboa: Porto Editora, 2014).

causa de muitos males de seus infortúnios.

Isto posto – “os motivos que levaram os supostos ilícitos penais decorreram da incerteza de que se realmente as crianças tratavam-se de pessoas com humanidade”, a saber, não eram pessoas que viabilizassem a participação e o convívio naquela comunidade – “no nosso entendimento, tanto os indígenas da comunidade (yanomani) – e sobretudo – o irmão das vítimas Hakani e Niawi – pensavam que as crianças eram fruto (fecundação) de ente sobrenatural, enviados (as crianças) para amaldiçoá-los”.

Para nós, não resta outra resposta, também, defendida por Augusto Silva Dias no caso de infanticídio ritual na Guiné-Bissau, ou seja, “do ponto de vista da dogmática penal trata-se de uma espécie de erro sobre o objeto<sup>43</sup>” (*error in persona vel objecto*), erro invertido, a saber, representação errada da realidade objetiva, visto que o objeto, que o irmão de Hakani representou extirpar da comunidade, é a maldição que recaía sobre a tribo na figura das crianças, e não de matar seus irmãos – temos que nem a comunidade nem o irmão de Hakani concebiam Hakani e Niawi no sentido de pessoa construída ou que se constrói socialmente com humanidade.

Como resolver, no Estado Democrático de Direitos Humanos, o direito à cultura versus o direito à vida? Como resolver o conflito entre os bens jurídicos? No caso, caberia a desculpa penal (direito brasileiro = inexigibilidade de conduta diversa supralegal)?

Na colisão de princípios, na ótica doutrinária de Robert Alexy, não existe um princípio superior a outro, pois se um é inferior a outro, então, resultaria em colocar um deles no patamar de norma, por esse prisma, no caso de colisão de princípios, resolve-se mediante a proporcionalidade e ponderação<sup>44</sup>. Compreendemos que tal exegese aplica-se à tutela da preservação da identidade cultural de um povo versus vida humana.

---

43 DIAS, Augusto Silva. Problemas do Direito Penal numa Sociedade Multicultural: O Chamado Infanticídio Ritual na Guiné-Bissau. In: CONFERÊNCIA PROFERIDA NO INSTITUTO MAX-PLANCK DE FREIBURG. *Anais...* em Abril 1996.

44 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Fonseca. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 95.

No caso de ser eventual crime – segundo nossa óptica – ao haver conflitos de interesses jurídicos protegidos, traduzidos na preservação da vida de crianças inocentes versus o direito à cultura, a saber, o de ser diferente, resta invocar o estado de necessidade desculpante (art. 35º, nº.2 do Código Penal português) ou a inexigibilidade de conduta diversa (supralegal- direito penal brasileiro). Com isso, evitaria a consequente aplicação da pena que não teria efeito algum; e a decisão exculpatória fundamentar-se-ia no interesse de preservar a cultura de um povo e a sua maneira de viver.

Mesmo porque a punição de suposto crime de fenômeno cultural, no caso, na comunidade indígena, poderia desestabilizar todas as crenças, todos os rituais e valores da comunidade, pois, atribuir pena apenas para punir, não há sentido e é totalmente fora de lógica. Nesse caso, o que incutiria à cultura indígena minoritária é que a cultura majoritária (dominante) é superior. Então, não resta dúvida que no caso concreto Hakani seria totalmente cabível a desculpa penal.

Resta, ainda, questionar o seguinte: *como ficam as crianças indefesas?*

Acreditamos que o Estado possa lançar mão de medidas preventivas<sup>45</sup>, ações de conscientização com profissionais habilitados e conhecedores da causa indígena e dos costumes da comunidade – para praticar o diálogo intercultural – abstendo-se da postura de assimilá-los ou mesmo integrá-los na comunidade da cultura majoritária. Naqueles casos em que a comunidade indígena realmente não suporta a presença da criança em seu meio, devido ao medo e receio, então, que o Estado promova políticas públicas utilizando-se, por exemplo, do direito civil e do instituto da adoção. Com essas atitudes, realmente o Estado promoverá os direitos humanos.

---

45 Sobre essa questão o autor Bruce Albert retrata que as comunidades indígenas, inclusive, os Yanomani, em razão da intensificação das relações com a sociedade de cultura majoritária, produziu muitas transformações no seu contexto social. (ALBERT, Bruce. “Infanticídio: Esclarecimentos e Comentários”. In: RICARDO, C.A.; RICARDO, F. (Orgs.). *Povos Indígenas no Brasil (2006-2010)*. [S.l.]: Instituto Socioambiental, 2011. p. 284-286.

## Conclusão

O Estado da República Federativa do Brasil, por ser multicultural, deve ater-se aos instrumentos internacionais, como o Sistema Interamericano dos Direitos Humanos, promoventes da cultura e do respeito aos grupos de cultura minoritária. Mais do que nunca é necessário o diálogo entre as culturas, a saber, o exercício da interculturalidade – de modo bidirecional – jamais concebendo uma cultura melhor do que a outra, no máximo, culturas diferentes, a saber, o multiculturalismo no Estado.

O Projeto de Lei 1.057/2007, proposto por autoridade legislativa do Estado brasileiro, originado de fato sociocultural, indiretamente, busca criminalizar e punir crença advinda da cultura. Atentos ao projeto de lei e ao caso concreto – fenômeno cultural “infanticídio/homicídio – caso Hakani” – a partir do diálogo com a cultura indígena – concluímos que pessoa para os aborígenes não nasce pessoa humana, ela se faz no social, a saber, em conformidade com seus rituais e crenças, mediante o processo de convivência na comunidade.

Para a comunidade indígena na qual nasceu Hakani, assim como para seus familiares, inclusive, irmãos, constata-se a crença de coexistirem, vivendo junto com eles, elementos invisíveis, como a força vital, espíritos de animais ou de inimigos, que circulam por todos os lados, inclusive, plantas e objetos que, para eles, são “pessoas” portadoras de alma. Nesse contexto, em razão da crença, o irmão mais velho (autor de crime) de Hakani e de seu irmão Niawi, bem como sua comunidade pensavam que esses tinham sido fecundados por entidade sobrenatural ou amaldiçoados por espíritos, pois apresentavam problemas relativos ao desenvolvimento (hipertireoidismo).

Posto que Hakani e seu irmão Niawi não eram crianças recém-nascidas, então, ao amoldar esse fato sociocultural à moldura penal do Direito brasileiro – lembrando – direito da cultura majoritária (dominante), tipificar-se-ia como suposto homicídio consumado (vítima Niawi) em concurso material com a tentativa de homicídio

(vítima indígena Hakani), e não infanticídio cultural.

Contudo – concluímos – que deveria preponderar, nessa questão, o direito penal de intervenção mínima, cujo legislador, para legitimar sua atuação, deve atentar para os princípios da proporcionalidade abstrata com conteúdo de idoneidade, da subsidiariedade, da proporcionalidade de bens em concreto e, sobretudo, respeitando o princípio da autonomia das culturas, dessa forma, o Estado acomodará o respeito à cultura dos povos minoritários. Posto isso, o Projeto de Lei nº. 1.057/2007 é totalmente inviável.

Em consonância à dogmática penal – do dolo e de suas modalidades – defendemos que o irmão de Hakani e Niawi não detinha nem conhecimento e muito menos vontade de praticar crime de homicídio, ou qualquer outro crime, pois sua percepção de pessoa não é igual à da cultura majoritária brasileira, assim, nesse caso, não se vislumbrou a imputação subjetiva. E, aqui, seguimos Augusto Silva Dias, no caso de infanticídio ritual na Guiné-Bissau, ou seja, “do ponto de vista da dogmática penal tratou-se de uma espécie de erro sobre o objeto”<sup>46</sup> (*error in persona vel objecto*), erro invertido, a saber, representação errada da realidade objetiva.

Tanto para o irmão de Hakani e Niawi como para os membros da sua comunidade – os motivos que ensejaram aos supostos ilícitos penais decorreram da incerteza de que realmente as crianças se tratavam de pessoas com humanidade, a saber, se eram pessoas com viabilidade para participarem do convívio da comunidade. Então, não há crime e, se o fosse, para o irmão de Hakani e Niawi, caberia a desculpa penal (inexigibilidade de conduta diversa supralegal).

Todavia deve o Estado, na perseguição de tutela do bem jurídico vida da criança indígena – fazer uso do instituto da adoção prevista no direito civil, implementar políticas preventivas fomentando a conscientização e munindo-se de profissionais habilitados e competentes para lidar com a questão indígena e, sobretudo,

---

46 DIAS, Augusto Silva. Problemas do Direito Penal numa Sociedade Multicultural: O Chamado Infanticídio Ritual na Guiné-Bissau. In: CONFERÊNCIA PROFERIDA NO INSTITUTO MAX-PLANCK DE FREIBURG. *Anais...* Abril 1996.

fortalecer as competências preventivas administrativas dos órgãos do Governo Federal, ou seja, a Fundação Nacional do Índio – Funai.

Ademais, faz-se necessário que respeitem a autonomia das culturas minoritárias e pratiquem o diálogo intercultural, pois não há culturas “inferiores”, mas somente cosmovisões diferentes. Com essas ações, temos que se concretize a verdadeira promoção dos bens jurídicos fundamentais de direitos humanos, vida e cultura, aos quais os instrumentos internacionais almejam a devida proteção.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Fonseca. 2. ed. São Paulo: Mallheiros, 2012.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders-DSM-5*. 5. ed. Arlington: APA, 2013.

BALBINO, Edilene Dias Virmieiro. *Culpabilidade e Actio Libera in Causa no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.

BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal*. Lisboa: AAFDL, 1984.

BERRAONDO LÓPEZ, Mikel (Coord.). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto: 2006.

BOAS, Franz. *Antropologia Cultural*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BOLÍVIA. *Constitución Política Del Estado Plurinacional*. Disponível em: «<http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>» Visitado em: 22 jun. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposições*. Disponível em: «<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>». Visitado em: 14 jun. 2016.

BRASIL. *Caso Hakani*. Disponível em: «[http://www.hakani.org/pt/historia\\_hakani.asp](http://www.hakani.org/pt/historia_hakani.asp)». Visitado em: 14 jun. 2016.

BRASIL. *Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado da República, 2015.

BRASIL. Funai - Fundação Nacional do Índio. *Índios no Brasil: quem são*. Disponível em: «<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>». Visitado em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio). *Código Penal e Constituição Federal*. Obra Coletiva (Ed. Saraiva). São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Nações Unidas*. Disponível em: «<http://nacoesunidas.org/docs/>». Visitado em: 08 jun. 2016.

CASTRO, Eduardo B. Viveiros de. *A fabricação do corpo na sociedade xinguana*. Rio de Janeiro: Boletim do Museu Nacional (UFRJ), 1979.

CHALUB, Miguel; TABORDA, José G. V.; ABDALLA-FILHO, Elias. Perícia de imputabilidade penal. In: CHALUB, Miguel; TABORDA, José G. V. (Orgs.). *Psiquiatria forense*. Porto Alegre: Artmed, 2012.

ALTHAUS, Ingrid Giachini; BERNARDO, Leandro Ferreira (Org.). *O Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Iglu, 2011.

COLÔMBIA. *Corte Constitucional da República da Colômbia*. Disponível em: «<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-254-94.htm>». Visitado em: 06 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm). Acesso em: 4 jun. 2016.

CUCHE, Denys. *A noção de cultura – nas ciências sociais*. Trad.: Miguel Serras Pereira. 3. ed. Lisboa: Margens, 2003.

DESCOLA, Philippe. Las cosmologías indígenas de la Amazonia. In: SURRALLÉS, Alexandre; HIERRO, Pedro García (Eds.). *Tierra adentro – território indígena y percepción del entorno*. Perú: IWGIA (Copenhague), 2004.

DIAS, Augusto Silva. Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coords.). *Emoções e Crime-filosofia, ciência, arte e direito penal*. Lisboa: Almedina, 2013.

DIAS, Augusto Silva. Problemas do Direito Penal numa Sociedade Multicultural: O Chamado Infanticídio Ritual na Guiné-Bissau. In: CONFERÊNCIA PROFERIDA NO INSTITUTO MAX-PLANCK DE FREIBURG. *Anais...* Abril, 1996.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal- parte geral-questões fundamentais a doutrina geral do crime*. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 2007.

DREYFUS, George François; MARX, Roland; POIDEVIN, Raymond. *História Geral da Europa-de 1789 aos nossos dias*. Lisboa: Europa América, 1996.

GUARAGNI, Fábio André. *A “Herança Maldita” do Tratamento Jurídico-Penal dos Silvícolas Não-Adaptados*. Paraná: FESMP. 2009.

GRANERO, Fernando Santos. *Hakani e a Campanha contra o Infanticídio Indígena: Percepções Contrastantes de Humanidade e Pessoa na Amazônia brasileira*. Rio de Janeiro: Mana, 2011.

HENRIQUE. Miguel Gorjão (Org.). *Tratado de Lisboa*. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2015.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem São os Humanos dos Direitos? Sobre a Criminalização do Infanticídio Indígena*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - UNB, Brasília, 2008.

JULLIEN, François. *O diálogo entre as culturas – do universal ao multiculturalismo*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship – a liberal theory of minority rights*. Oxford, Press, 1995.

KYMLICKA, Will. *Las odiseas multiculturales-las nuevas políticas internacionales de la diversidad*. Barcelona: Paidós, 2009.

LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco. Autonomías Indígenas en América: de la Demanda de Reconocimiento a su Construcción. In: BERRAONDO LÓPEZ, Mikel (Coord.). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. 2. ed. Milão: Cedam, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos – e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.). *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo*. El Análisis Crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

PORTUGAL. *Códigos Penal e de Processo Penal*. Lisboa: Porto, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Lisboa: Almedina, 2014.

SANTOS, Admaldo Cesário. *O caso Aisanan Kamayurá – a problemática do infanticídio cultural nas comunidades indígenas brasileiras e o binômio multiculturalismo/criminalização*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2012.

SEEGER, Anthony; MATTA, Roberto da. *A Construção da pessoa nas sociedades indígenas brasileiras*. Rio de Janeiro: Boletim do Museu Nacional (UFRJ), 1979.

SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramática. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcelo de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio – actos do colóquio Marc Ancel*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

VIERTLER, Renate Brigitte. *A noção de pessoa entre os bororo*. Rio de Janeiro: Boletim do Museu Nacional (UFRJ), 1979.

## Tráfico de drogas: razões fáptico-jurídicas de sua hediondez

*Drug Trafficking: factual and legal causes of its heinousness*

Fernando Henrique de Moraes Araújo / Rafael de Oliveira Costa  
Rafael Abujamra / Daniele Volpato Sordi de Carvalho Campos  
Luciano Gomes de Queiroz Coutinho / Aluísio Antonio Maciel Neto  
Rogério Sanches Cunha / Olavo Evangelista Pezzotti  
José Reinaldo Guimarães Carneiro / Tomás Busnardo Ramadán  
Cássio Roberto Conserino / Luís Cláudio Davansso / Tiago Dutra Fonseca  
Maurício Fagnani Zuanase / Rafael Ribeiro do Val / Werner Dias de Magalhães  
Vinicius Rodrigues França / Elaine Taborda de Ávila  
Paula Augusta Mariano Marques / Orlando Brunetti Barchini e Santos  
Camila Bonafini Pereira / Ana Brasil Rocha Pena / Vera Cecília Moreira  
Juliana Amelia Gasparetto de Toledo Silva / Juliana Velasque Pellacani Figueiredo  
Gustavo Albano Dias da Silva / Fernanda Gomez Damico  
Luiz Henrique Brandão Ferreira / Marina França Faria  
Marcela Figueiredo Bechara Ferro<sup>1</sup>

### RESUMO

A escolha do tema deste artigo decorre de recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em caso de tráfico de drogas, por meio da qual acabou criando uma nova espécie delitiva: “do tráfico de drogas não hediondo”. No estudo se promove uma digressão histórica a respeito da criminalização do tráfico de drogas na legislação brasileira, bem como são apontadas as razões fácticas da hediondez que impregna o tráfico de drogas, bem como os aspectos jurídicos que levam à conclusão de que a decisão do STF é equivocada.

### PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; tráfico de drogas; crimes hediondos; vedação à proteção penal insuficiente; Supremo Tribunal Federal.

---

1 Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

### ABSTRACT

*The reason to choose the theme of this article is the recent decision by Brazilian's Supreme Court (STF) in case of drug trafficking, which ended up creating a new "crime specie": "non heinous drug trafficking." In the study there is a historical digression about the criminalization of drug trafficking in the Brazilian legislation and the factual reasons for the heinousness that drug trafficking are identified, as well as the legal aspects that lead to the conclusion that the Supreme Court's decision is mistaken.*

### KEYWORDS

*Criminal Law; drug trafficking; heinous crimes; prohibition of insufficient penal protection; Brazilian Supreme Court.*

## Brasil: país símbolo de impunidade

Dois casos emblemáticos marcarão a história da Justiça Penal no enfrentamento da corrupção no país. O primeiro é o conhecido caso do "Mensalão" (ação penal 470 que tramitou contra 37 réus julgados pelo Supremo Tribunal Federal, 24 condenados e 13 absolvidos), primeiro caso de condenação de importantes políticos brasileiros<sup>2</sup>. O segundo, com excelentes resultados, a conhecida "Operação Lava Jato", que já levou ao banco dos réus e ao cárcere, poderosos políticos corruptos e alguns dos maiores empresários do setor da construção civil brasileira.

Ainda assim, tais casos não retiram do Brasil a má reputação de "país da impunidade". Não por acaso.

Tamanha a notoriedade de tal característica, que muitos são os relatos de perigosos estrangeiros foragidos de outros países, tendo como destino o Brasil. Desde nazistas como o conhecido "Anjo da Morte", o alemão Josef Mengele<sup>3</sup>, o italiano homicida Cesare Battisti<sup>4</sup>,

---

2 Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/como-ficaram-as-penas-dos-condenados-no-mensalao/>.

3 Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2014/02/07/politica/1391769715\\_190054.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2014/02/07/politica/1391769715_190054.html).

4 Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/entenda-o-caso-cesare-battisti.html>.

o mafioso e traficante Tomaso Buscetta<sup>5</sup>, o colombiano Juan Carlos Abadia<sup>6</sup>, traficante e líder do Cartel Valle del Norte, chegou a ser considerado pelo FBI (Agência Federal de Investigação dos EUA) o homem mais procurado do mundo. Responsável pelo uso de dezenas de submarinos para transportar cocaína aos EUA. Vivia, em razão de sua fortuna calculada em bilhões de dólares, em um condomínio fechado em Aldeia da Serra, na Grande São Paulo, quando foi preso em 2007. Em 2008 o Supremo Tribunal Federal autorizou sua extradição aos EUA, onde foi condenado a mais de 250 anos de prisão<sup>7</sup>.

Em maio de 2015, foi a vez do italiano Pasquale Scotti, preso em Recife e apontado pela policia italiana como um dos mafiosos mais procurados da Justiça Penal daquele país por ser braço direito nos crimes de tráfico de drogas, armas e cigarros<sup>8</sup>. Vivia há 30 anos no Brasil com identidade falsa.

Já em 2016, a Polícia Federal prendeu, em Ribeirão Preto, Eduard Fernando Giraldo Cardoza, considerado um dos líderes do cartel Los Urabeños, grupo paramilitar mais poderoso e mais bem estruturado da Colômbia. Considerado atualmente o maior traficante de drogas da Colômbia e dos Estados Unidos. Ainda segundo a Polícia Federal, Giraldo tem ligações com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (Farc), acusado de tráfico de drogas, assassinato, massacres de civis, policiais e de membros das forças de segurança e ataques terroristas com bombas<sup>9</sup>.

A primeira razão para a vinda de fugitivos criminosos para o Brasil é simples: a facilidade de ingresso, o que se confirma em carta recentemente descoberta e redigida por um Comandante da SS a outro colega nazista, de que no período pós-guerra era possível ingressar

---

5 Disponível em: <http://rederecord.r7.com/video/fazenda-do-sertao-de-minas-gerais-serviu-de-esconderijo-para-mafioso-italiano-52a91fac596f998cfd009625/>.

6 Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/retrospectiva2007/interna/0,,O12121900-E110676,00.html>.

7 Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-07-15/traficante-da-quadrilha-internacional-de-juan-carlos-abadia-e-presos-em-sp.html>.

8 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1634300-brasil-e-um-pais-atraente-para-os-mafiosos-fugitivos-diz-especialista.shtml>.

9 Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2016/04/pf-em-sp-pren-de-trafficante-procurado-na-colombia-e-nos-eua.html>.

sem passaporte, sendo suficiente uma carteira de identidade<sup>10</sup>.

Mas não é só a facilidade de ingresso que leva líderes de organizações criminosas de países estrangeiros a virem para a Terra de Santa Cruz. Para Walter Maierovitch, o Brasil é um país atraente para os mafiosos fugitivos porque tem dificuldade em prender tais criminosos<sup>11</sup>.

De acordo com a Direção Investigativa Antimáfia da Itália, estimava-se que até no ano de 2000, 60 mafiosos estariam escondidos no Brasil desde 1993, 70% deles condenados por tráfico de drogas<sup>12</sup>.

Claro também que os criminosos, brasileiros e estrangeiros, sabem que a Justiça Penal não é rigorosa. Daí a razão de muitos criminosos estrangeiros cometerem crimes no Brasil, outros tantos fugirem para o país e os nacionais cometerem tranquilamente seus delitos, pois todos sabem de tais fatores incentivadores: penas desprovidas de maior rigor e institutos penais benéficos cada vez mais ampliados.

Mas o órgão que mais tem surpreendido com exemplos negativos de combate ao crime tem sido justamente aquele que deveria caminhar em sentido oposto: o Supremo Tribunal Federal.

Logo de início, impende destacar que referida Corte, no Recurso Extraordinário 635.659/SP, reabriu discussão – outrora já consolidada<sup>13</sup> – acerca da descriminalização do porte de drogas para uso próprio. Durante o julgamento desse recurso, ocorrido no segundo semestre de 2015, 3 Ministros já votaram favoráveis à nefasta tese de descriminalização no tocante à *maconha*, promovendo evidente atividade legislativa em prejuízo da sociedade, selecionando até mesmo a espécie de droga e quantidade a ser descriminalizada.

---

10 Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/31314/em+carta+wachter+afirma+que+nazistas+entravam+no+brasil+sem+passaporte.shtml>.

11 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1634300-brasil-e-um-pais-atraente-para-os-mafiosos-fugitivos-diz-especialista.shtml>.

12 MAGALHÃES, Mario. *O Narcotráfico*. São Paulo: Publifolha, 2000. p. 41.

13 O tema já havia sido objeto de apreciação pelo mesmo STF em 13/02/2007, por ocasião do julgamento da questão de ordem no REXT 430105-9 (RJ), ocasião em que a Corte, por meio de voto do Min. Sepúlveda Pertence considerou ter havido “despenalização”, mas não “descriminalização” do porte de drogas para uso próprio.

Mas na data de 23 de junho de 2016, o STF foi além e criou uma nova figura criminal, inexistente no ordenamento jurídico.

Ao julgar o HC n. 118533 impetrado pela Defensoria Pública da União, em caso envolvendo crime de tráfico de drogas, no qual o envolvido transportava nada mais nada menos que 772 quilos (quase 1 tonelada) de maconha, a Suprema Corte “concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas”, vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski.

Uma análise cuidadosa da razão de ser do rigor na punição do tráfico de drogas; o problema de saúde pública envolvido; o número de crianças e adolescentes que deixam a Escola porque aliciados pelo narcotráfico; as cifras bilionárias movimentadas pelo tráfico de drogas; o nível de organização daqueles que comercializam substâncias entorpecentes no Brasil e nos demais países da América do Sul e demais países de outros continentes; o grau de periculosidade dos líderes ligados ao narcotráfico; as consequências nefastas de tal espécie delitiva, permitirá a demonstração do equívoco da recente decisão do STF.

Passa-se ao esboço histórico da criminalização do tráfico e comércio de drogas no Brasil.

## História da criminalização do tráfico de drogas no Brasil

Desde o período do Brasil-colônia, nas Ordenações Filipinas de 1603, havia previsão de penas de confisco de bens e degredo para a África para os que portassem, usassem ou vendessem substâncias tóxicas.

No quinto livro das Ordenações Filipinas, título LXXXIX dispunha a norma vigente à época:

Que ninguém tenha em sua casa rosálgar, nem o venda nem outro material venenoso.

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosálgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem água delle, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for Boticário examinado, e que tenha

licença para ter Botica, e usar do Officio.

E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o acusar, e seja degradado para África até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trazer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticários.

De se ver que a criminalização do tráfico de drogas existe no país desde seu albor. O Código Criminal do Império do Brasil (1830) não possuía disposições sobre uso ou venda de drogas.

Contudo, o Decreto nº 828, de 29 de Setembro de 1851 tratou do tema apenas na esfera administrativa, na regulamentação da Junta de Higiene Pública.

Disponha o artigo 67 que:

Art. 67. Os medicamentos compostos, de qualquer denominação que sejam, ou quaesquer outros activos, não poderão ser vendidos senão por pessoa legalmente autorizada. Os droguistas não poderão vender drogas ou medicamentos por peso medicinal, nem poderão vender os medicamentos compostos chamados officinaes.

No Código Penal de 1890, o tema não foi novamente tratado, de forma direta, sob o prisma penal:

Art. 159. Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios:

Pena – de multa de 200\$ a 500\$000.

Em 1921, já sob a presidência de Epitácio Pessoa, jurista pernambucano, foi aprovado o Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921 que assim dispunha:

Art. 1º Vender, expôr á venda ou ministrar substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios:

Pena: multa de 500\$ a 1:000\$000.

Posteriormente foi editado o Decreto n. 20.930, de 11 de janeiro de 1932, que regulamentava de forma mais abrangente a fiscalização, o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, catalogando-as:

Art. 1º São consideradas substâncias tóxicas de natureza analgésica ou entorpecente, para os efeitos deste decreto e mais leis aplicáveis, as seguintes substâncias e seus sais, congêneres, compostos e derivados, inclusive especialidades farmacêuticas correlatas: I – O ópio bruto e medicinal. II – A morfina. III – A diacetilmorfina ou heroína. IV – A benzoilmorfina. V – A dilandide. VI – A dicodide. VII – A eucodal. VIII – As folhas de coca. IX – A cocaína bruta. X – A cocaína. XI – A ecgonina. XII – A “canabis indica”.

Referido regulamento criminalizava o tráfico de drogas e seu respectivo uso, nos artigos 25 e 26:

Art. 25 Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias. Penas: De um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$0 a 5:000\$0.

§ 1º Se o infrator exercer profissão ou arte, que tenha servido para praticar a infração, ou que a tenha facilitado, penas além das supra indicadas, suspensão do exercício da arte, ou profissão, por seis meses a dois anos.

§ 2º Sendo farmacêutico o infrator, penas: de dois a cinco anos de prisão celular, multa de 2:000\$0 a 6:000\$0 além de suspensão do exercício da profissão por três a sete anos.

§ 3º Sendo médico ou cirurgião dentista o infrator, penas: de três a 10 anos de prisão celular, multa de 3:000\$0 a 10:000\$0, além de suspensão do exercício da profissão por quatro a 11 anos.

Art. 26 Quem for encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substância compreendida no art. 1º, em dose superior, à terapêutica determinada pelo Departamento Nacional de Saúde Pública, e sem expressa prescrição médica ou de cirurgião

dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substâncias.

Penas: três a nove meses de prisão celular, e multa de 1:000\$0 a 5:000\$0.

Em 1940, com a aprovação do novo Código Penal, o tráfico de drogas foi regulamentado no artigo 281, do Estatuto Penal vigente:

Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III - contribue de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

Em seguida foi aprovada a Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971 que dispunha sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes, primeira legislação especializada

com tratamentos penal e processual penal sobre drogas.

Porém, após alguns anos depois, já sob o Governo Geisel, a Lei 5.276/71 foi substituída pela Lei n. 6.368/76, de 21 de outubro de 1976, mais ampliada sobre o tráfico e uso de drogas.

A Lei de Tóxicos, como ficou conhecida, durou até 2002, quando sobreveio a Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que não perdurou por muito tempo, sendo revogada pela Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, vigente até os tempos atuais.

Portanto, de se ver que a criminalização do tráfico de drogas sempre existiu no país, desde os tempos de Brasil-colônia, pois sempre se compreendeu a gravidade e os prejuízos decorrentes de tal atividade, bem como do porte para uso próprio.

A seguir serão expostos os fundamentos fáticos que esclarecem e justificam por que o tráfico de drogas foi e é considerado um crime hediondo pelos legisladores constitucional e infraconstitucional.

### Tráfico de drogas: o Brasil no “topo” do ranking mundial de consumo de cocaína

Adotada a premissa do Min. Marco Aurélio, lançada na ADI 4424, é preciso partir do “princípio da realidade, do que ocorre no dia a dia em relação ao tráfico de drogas para se conhecer os efeitos nefastos de tal espécie delitiva”. E tal como se verifica em relação à violência doméstica, “os dados estatísticos são alarmantes”.

Com fronteira terrestre de mais 16 mil quilômetros, por divisar com os maiores produtores mundiais de drogas como a *maconha* (Paraguai) e a cocaína (Peru, Bolívia e Colômbia), assim também como reflexo da ineficiência punitiva é fácil compreender por que o País é líder no consumo e considerado a principal porta de saída de entorpecentes para outros continentes.

De acordo com relatório elaborado em 2014 pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos, o Brasil ocupa o segundo lugar no ranking mundial de países consumidores de cocaína, conforme divulgado pelo periódico *El País*:

O Brasil é o segundo maior consumidor de cocaína no mundo e, muito provavelmente, o maior consumidor de produtos que têm a cocaína como base, como o crack. É o que diz o relatório do Departamento de Estado dos Estados Unidos sobre as estratégias internacionais de controle de narcóticos. Segundo o informe, o Governo brasileiro, apesar de estar comprometido com o combate ao tráfico de drogas “não tem a capacidade necessária para conter o fluxo de narcóticos ilegais através de suas fronteiras”. As fronteiras do país são porosas e têm três vezes o tamanho da linha que separa os Estados Unidos do México, uma das regiões mais críticas do continente, segundo o relatório.<sup>14</sup>

Magalhães traz informações interessantes sobre o papel do Brasil nesse ranking de comércio ilícito mundial:

#### SEGUNDO MERCADO, PRINCIPAL CORREDOR

Até os anos 80, o Brasil era um mercado emergente, mas secundário, e um corredor pelo qual a cocaína colombiana, boliviana e peruana (98% do suprimento mundial) escoava para o exterior. Na década seguinte, consolidou-se como mercado consumidor de drogas, o segundo do mundo, atrás só dos Estados Unidos (...)

(...)

Foi na década de 90 que o Brasil se consolidou como maior entreposto da droga enviada da Colômbia (fabricante de no mínimo 80% da produção mundial) para os EUA e a Europa. É o maior produtor de éter e acetona da América Latina. Essas substâncias são utilizadas na produção do cloridrato de cocaína, a dita “cocaína pura”.<sup>15</sup>

Levantamento realizado em 2011 pela Organização das Nações Unidas revela que 1,75% da população brasileira consome droga, percentual que dobrou na última década e representa o quádruplo da média mundial, atualmente estagnada em 0,4%<sup>16</sup>.

---

14 Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/21/politica/1411333264\\_428018.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/21/politica/1411333264_428018.html).

15 MAGALHÃES, Mario. *O Narcotráfico*. São Paulo: Publifolha, 2000. p. 27.

16 Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2015/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-de-2015--o-uso-de-drogas-e-estavel--mas-o-acesso-ao-tratamento-da-dependencia-e-do-hiv-ainda-e-baixo.html>.

O relatório elaborado pelo Departamento de Estado Norte-americano ainda aponta o Brasil como um dos principais países da América do Sul que serve como rota do tráfico de drogas do mundo<sup>17</sup>.

Segundo dados da Polícia Federal, somente no ano de 2015 foram apreendidas mais de 876 toneladas de drogas no País<sup>18</sup>.

Somente no Estado de São Paulo, de 2011 a março de 2015, as forças policiais estaduais apreenderam mais de 332,2 toneladas de drogas<sup>19</sup>.

O tráfico de drogas também gera evidente prejuízo à infância e juventude, afastada que é da Escola por conta do recrutamento em tal atividade ilícita, o que será em seguida avaliado.

### Tráfico de drogas: a infância fora da Escola

O número de adolescentes que prematuramente iniciam vida criminosa relacionada ao tráfico de drogas triplicou na última década.

Em reportagem publicada em 2013, a Folha de São Paulo apresentou dados assustadores, indicando que em 2002 apenas 7,5% dos adolescentes internados tinham cometido atos infracionais de tráfico de drogas e em 2011 o número atingiu 26,6%, dados relativos a 22 das 27 unidades da Federação<sup>20</sup>.

Um dos adolescentes ouvidos pela reportagem disse, *verbis*:

Com 16 anos, eu comecei como aviãozinho, fui crescendo de cargo, virei traficante, depois gerente, depois conquistei um espaço só meu, virei dono de uma boca.<sup>21</sup>

Frise-se que esse envolvimento traz evidente evasão de crianças e adolescentes do sistema educacional brasileiro, motivo por si só suficiente a ensejar medidas drásticas de combate ao narcotráfico.

---

17 Disponível em: <http://www.state.gov/documents/organization/222880.pdf>. p. 73.

18 Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/drogas>.

19 Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/noticia/lenoticia.aspx?id=35591>.

20 <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/08/1324683-triplica-parcela-de-jovens-internados-por-trafico.shtml>.

21 Idem.

Afinal, um país que se deseja evoluído não pode permitir que crianças, adolescentes e jovens prefiram o comércio ilícito de drogas à alfabetização e escolarização.

Somente em São Paulo, entre os anos de 2010 e 2011, o número de adolescentes com idade entre 12 e 14 anos internados na Fundação Casa (antiga Febem) cresceu 18%, de 484 para 572. Nesse período, o total de adolescentes internados no Estado subiu de 7.058 para 8.220, um salto de 16%<sup>22</sup>.

No ano de 2012, apenas no Estado de São Paulo, a Fundação Casa (responsável pela gerência das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade) recebeu mais de 8 mil adolescentes. Dessa população, 41% estavam internados por atos infracionais de tráfico de drogas, número superior a atos infracionais de roubo, que chegavam ao índice de 38,7% dos internos<sup>23</sup>.

Já no ano de 2000, Mario Magalhães explicava alguns motivos que seduziam os jovens – e ainda permanecem os mesmos – a fazer parte da malha criminosa do narcotráfico:

Integrar o aparato do tráfico passou a ser, para milhares de jovens, um alvo ambicionado, projeto de vida, a única saída aparente. Nas favelas, integrantes do “movimento” calçam tênis de grife, se impõem com armamento sofisticado, namoram mulheres desejadas.

As quadrilhas oferecem remuneração que a esmagadora maioria nunca terá como trabalhador da economia formal. Na vila Beira-Mar, um garoto recebe no mínimo R\$ 100 por semana. Seus pais, quando logram uma assinatura na carteira de trabalho, raramente superam, no mês, o salário mínimo.<sup>24</sup>

Não sem razão, a Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho, acolhida internamente pelo Decreto no 3.597, de 12 de setembro de 2000, e que dispõe sobre Proibição

---

22 Disponível em: <http://portal.aprendiz.uol.com.br/arquivo/2011/09/02/numero-de-internos-de-ate-14-anos-cresce-em-sp/>.

23 Dados apresentados em 16/04/12, pela Presidente da Fundação Casa em seminário realizado na sede do Ministério Público de São Paulo.

24 MAGALHÃES, Mario. *O Narcotráfico*. São Paulo: Publifolha, 2000. p. 16.

das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação, prevê em seu artigo 3º, “b”:

Artigo 3º

Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:

(...)

c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;

Também a Constituição Federal previu em seu artigo 227, o princípio da prioridade absoluta, no qual confere a tríplice responsabilidade, à família, à sociedade e ao Estado, para evitar a exploração de crianças, adolescentes e jovens pelo tráfico de drogas, colocando-os a salvo da violência, além do dever de garantir sua educação:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Outro prejuízo considerável é o relativo ao drama de saúde pública causado pelo tráfico de drogas, pois atinge um numero cada vez maior de usuários abusivos, produzindo inúmeros dependentes químicos em todo o país.

Por óbvio que se o Sistema Único de Saúde não é capaz de acolher a demanda referente a outras especialidades, igual resultado é causado na área de tratamento de usuários e dependentes de drogas, como será a seguir indicado.

## Tráfico de drogas e dependência química: danos à saúde pública

Dois dos principais estudiosos a respeito dos efeitos das drogas no corpo humano, os médicos psiquiatras Ronaldo Laranjeira (do Departamento de Psiquiatria da Unifesp) e Valentim Gentil (do Departamento de Psiquiatria da USP) apontam os prejuízos à saúde pública decorrentes do uso de drogas.

De acordo com Laranjeira:

A utilização contínua de qualquer substância psicoativa produz uma doença cerebral em decorrência do uso inicialmente voluntário. A consequência é que, a partir do momento que a pessoa desenvolve uma doença chamada “dependência”, o uso passa a ser compulsivo e acaba destruindo as melhores qualidades da própria pessoa, contribuindo para a desestabilização da sua relação com a família e com a sociedade.<sup>25</sup>

Para Gentil:

Embora nem todos os que se expõem à Cannabis fiquem psicóticos, não é verdade que só quem já está em processo de desenvolver psicose ficará esquizofrênico após seu uso.

A interação entre predisposição genética e demais fatores físicos e emocionais que resultam na constituição do indivíduo, o início precoce do uso, a frequência do consumo e o alto teor de THC pode causar – e não só desencadear – psicoses, antecipar a idade do primeiro surto e levar a persistência da psicose mesmo após a interrupção do uso da droga. Isso foi comprovado por 10 estudos, em oito países.

(...)

A esquizofrenia não é o único dano irreversível. O uso de maconha na infância e na adolescência aumenta o risco do transtorno esquizotípico da personalidade, considerado uma forma atenuada de psicose e

---

25 LARANJEIRA, Ronaldo. Legalização de drogas e a saúde pública: Drugs legalization and public health, *Ciência & Saúde Coletiva, Ciênc. saúde coletiva*, v. 15, n. 3, Rio de Janeiro, may 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232010000300002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000300002)

caracterizado por experiências sensoriais incomuns, crenças inusitadas e isolamento social.

O prejuízo grave mais bem documentado do uso contínuo da Cannabis se dá sobre o funcionamento cognitivo e a aprendizagem. Além da redução do quociente de inteligência (QI), é possível identificar déficits de atenção e de funções executivas, especialmente em quem começa a usar a droga precocemente.<sup>26</sup>

Os efeitos nefastos da cocaína no corpo humano também são descritos de há muito pela literatura médica internacional, conforme análise do toxicólogo forense W. M. Asselin, que descreve a droga como:

Estimulante do sistema nervoso central extremamente potente, com elevados índices de dependência entre os usuários. Diferentemente do que ocorre com a heroína, o uso da cocaína alcança todas as classes sociais (...) e seus usuários frequentemente apresentam um estado de completa dependência, experimentando desastres financeiros, familiares e pessoais. (...) usuários sensivelmente viciados têm substituído o uso da cocaína por inalação pela via intravenosa, o que tende a conduzi-los a um estado superior de euforia, maior dependência psicológica e efeitos tóxicos mais críticos.<sup>27</sup>

Michael A. Evans ainda esclarece que a cocaína apresenta potencial letalidade, de maneira que, quando consumida em excesso, conduz o usuário a um estado de repentina depressão do sistema nervoso central, causando a morte por asfixia<sup>28</sup>. Referido autor acrescenta que  $\frac{1}{4}$  (um quarto) das mortes relacionadas à cocaína não decorrem dos efeitos tóxicos da substância entorpecente, mas de homicídios, suicídios ou acidentes relacionados ao uso da droga<sup>29</sup>.

---

26 GENTIL, Valentin. *Maconha: proibição e uso: descriminalizar, legalizar, regulamentar, promover, prevenir?* Disponível em: [http://www.uniad.org.br/images/stories/pdf/Dr\\_Valentin\\_Gentil.pdf](http://www.uniad.org.br/images/stories/pdf/Dr_Valentin_Gentil.pdf).

27 ASSELIN, W. M. Cocaine, Crack, Ice and Cannabis: Pharmacological effects, dosage forms and recent trends in abuse. *The Advocate (Vancouver Bar Association)*, Vancouver, vol. 48, Parte I, p. 533-536, jan. 1990. Tradução Livre.

28 EVANS, Michael A. Metabolic Disposition and Toxicity of Cocaine. *Medicine and Law: an international journal*, New York, vol. 3, p. 89-104, spring 1989. Tradução livre.

29 Idem.

No Brasil, outros renomados médicos psiquiatras, Marcelo Ribeiro e Luciana Pires de Lima, também da UNIFESP, trazem importante observação sobre o cenário de mortalidade que envolve os usuários de crack:

Os indivíduos que consomem substâncias psicoativas apresentam índices de mortalidade mais elevados do que a população em geral. Nos últimos 40 anos, o padrão de uso dessas substâncias sofreu mudanças significativas, aumentando consideravelmente o número de mortes entre seus usuários, em especial os jovens. Tais alterações estão relacionadas à popularização do uso de drogas injetáveis e de drogas sintéticas (*crack*, *ecstasy*, entre outras); ao comportamento sexual de risco, que aumenta a probabilidade de infecção pelo HIV; e ao crescimento do narcotráfico, comumente relacionado a mortes por homicídio.<sup>30</sup>

Os primeiros estudos realizados pela UNIAD em 1994/1995, serviço do Departamento de Psiquiatria da Escola Paulista de Medicina da Universidade Federal de São Paulo com pacientes que se internaram por dependência de crack na Unidade de Desintoxicação do Hospital Geral de Taipas são expressivos:

A mortalidade entre os usuários de crack internados no Hospital Geral de Taipas (1992-1994) mostrou-se elevada, superando em mais de sete vezes a mortalidade em geral da cidade de São Paulo no mesmo período. A maioria deles morreu vítima de homicídio (n=16), enquanto um quarto faleceu em decorrência da AIDS (n=6) e da hepatite B (n=1). Houve três casos de overdose e um de afogamento. A maioria dos pacientes que morreram era composta por homens solteiros com menos de 30 anos.<sup>31</sup>

Em outro importante estudo, são apontados os prejuízos gravíssimos provocados pelo uso de crack durante a gestação:

---

30 RIBEIRO, Marcelo; LIMA, Luciana Pires de. Mortalidade entre usuários de crack. In: *O Tratamento do usuário de crack*. Marcelo Ribeiro e Ronaldo Laranjeira (Orgs.). São Paulo: Artmed, 2012. p. 92.

31 RIBEIRO, Marcelo; LIMA, Luciana Pires de. *Op cit.*, p. 102.

Era um choro agudo, penetrante, um tanto desesperado. Se fosse possível traduzi-lo, a palavra certamente seria socorro. (Relato de um pesquisador a respeito de um bebê exposto à cocaína durante a gestação em estudo realizado em gestantes adolescentes de uma maternidade pública de São Paulo).

A gestação é um período de grandes transformações na vida da mulher, causando modificações significativas em seu organismo, seu psiquismo e seu papel sociofamiliar. Nesse contexto, o uso, o abuso e a dependência de substâncias psicoativas, por se tratar de comportamentos capazes de provocar consequências físicas potencialmente graves e irreversíveis tanto para a mãe como para o feto, representam uma grande preocupação para as diversas esferas da sociedade.

O *crack*, que tem efeitos altamente destrutivos tanto no plano individual quanto no coletivo, tem tais características amplificadas na gravidez.

(...)

O consumo de cocaína no período perinatal, intervalo que vai da vigésima segunda semana de gestação ao sétimo dia de nascimento, está associado a maior risco de complicações, como descolamento prematuro da placenta, sofrimento fetal com presença de mecônio, ruptura precoce da bolsa amniótica, baixa estatura e baixo peso ao nascer, além de anormalidades geniturinárias e da parede abdominal. Esses efeitos ocorrem independentemente do uso de outras substâncias psicoativas.<sup>32</sup>

Os dados acima citados conferem com preocupante levantamento realizado pela Fiocruz em 2011, que confirma o elevado número de mulheres grávidas usuárias de crack:

Entre as mulheres usuárias de crack/similares que participaram da pesquisa, **cerca de 10% relataram estar grávidas no momento da entrevista**. Mais da metade das usuárias já havia engravidado

---

32 MOREIRA, Márcio Mariano; MITSUHIRO, Sandro Sendin; RIBEIRO, Marcelo. O consumo de crack durante a gestação. In: *O Tratamento do usuário de crack*. Marcelo Ribeiro e Ronaldo Laranjeira (Org.). São Paulo: Artmed, 2012. p. 548-549.

ao menos uma vez desde que iniciou o uso do crack/similares. Trata-se de achado preocupante devido as consequências importantes do consumo do crack durante a gestação sobre o desenvolvimento neurológico e intelectual das crianças expostas.<sup>33</sup> (grifo nosso)

Outra doença que tem aumentado entre os usuários abusivos e dependentes químicos é a sífilis.

Recente reportagem produzida em maio de 2016 esclareceu que o número de gestantes com sífilis aumentou 360% em sete anos no Brasil. Em 2008 foram quase oito mil casos. Em 2015, mais de 28 mil.

A estratégia dos agentes comunitários de saúde da Municipalidade de São Paulo foi de aproveitar o café da manhã oferecido por uma igreja situada no centro da capital paulista para abordar o tema relativo a doenças sexualmente transmissíveis aos moradores de rua. De acordo com as informações, metade dos usuários de drogas que moram na rua tem sífilis. Um dos repórteres registrou como é difícil tratar esta população. É o caso de Bruno, de 27 anos, que usa crack desde os 18. Ele tem sífilis, mas desaparece na Cracolândia nos dias em que precisa fazer o tratamento<sup>34</sup>.

Logo, além do fato notório de permanência nas ruas e abandono do lar, o consumo abusivo gerador da dependência traz evidentes e nefastos danos à saúde pública brasileira.

No estudo inédito realizado pela Fundação Oswaldo Cruz (2011) foram apresentados também números relevantes sobre a intoxicação aguda, conhecida por overdose e seus impactos nas portas de entrada do Sistema Único de Saúde:

#### 12) Intoxicação Aguda – Overdose

Entre os usuários de crack/similares, 7,8% (IC95%: 5,8-10,6) afirmaram que nos últimos 30 dias anteriores à pesquisa haviam tido episódios de intoxicação aguda. Embora a autopercepção do que é, de fato, overdose seja bastante difícil e imprecisa frente a diversos outros

---

33 Disponível em: <http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/maior-pesquisa-sobre-crack-j%C3%A1-feita-no-mundo-mostra-o-perfil-do-consumo-no-brasil>.

34 Disponível em: <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2016/05/profissao-reporter-mostra-o-aumento-no-numero-de-casos-de-sifilis-no-pais.html>.

problemas de saúde (por exemplo, outros problemas respiratórios e cardiovasculares graves, como pneumonias), é expressiva a proporção de usuários que relataram ter vivenciado tal experiência. Destes, 44,7% (IC95%: 33,4-56,6) disseram ter sido pelo uso excessivo do crack; e 22,4% (IC95%: 14,9-32,3) em decorrência do abuso do álcool. A questão é grave, com um imenso impacto potencial para a atenção de urgência/emergência no âmbito do SUS, em termos de diagnóstico diferencial das diversas emergências e seu manejo adequado.<sup>35</sup>

Em 2014, o psicólogo Jairo Bouer alertou para outras novas modalidades de drogas perigosas que começaram a ser introduzidas no Brasil, as denominadas drogas “sintéticas”, com consequências seríssimas à saúde pública, pois capazes de produzir efeitos muito perigosos aos usuários.

Novas drogas sintéticas atraem um número maior de usuários no mundo todo. Uma reportagem do *Fantástico*, da TV Globo, mostrou grandes quantidades de drogas apreendidas pela Polícia Militar, em São Paulo. Eram substâncias pouco conhecidas no país: a metilona e a 25I-NBOMe.

A metilona produz efeitos semelhantes aos do ecstasy (MDMA). É um derivado das anfetaminas. Portanto, um estimulante que gera euforia e dá mais energia, e que também pode alterar a percepção sensorial. Produz taquicardia e elevação da temperatura corporal. Isso pode levar a hipertermia, desidratação, arritmias cardíacas, convulsão e até à morte.

A multiplicação das drogas

A droga 25I-NBOMe (ou 25i) é um potente alucinógeno, que guarda algumas similaridades com o LSD (ácido lisérgico, hoje uma espécie de “avô” das novas drogas sintéticas, mas ainda um dos mais consumidos no mundo). O 25i produz euforia e alucinações. É usado, em geral, por via sublingual (selos colocados embaixo da língua). Pode levar até seis horas para produzir alterações de comportamento. Efeitos colaterais

---

35 Disponível em: <http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/maior-pesquisa-sobre-crack-j%C3%A1-feita-no-mundo-mostra-o-perfil-do-consumo-no-brasil>.

incluem paranoia, confusão mental, convulsão e morte.

Em 2013, no Reino Unido, algumas mortes de adolescentes foram atribuídas a outro parente do ecstasy: o PMA (parametoxianfetamina). Como ele leva mais tempo para atuar, muitos jovens podem ter consumido mais droga porque não sentiram o efeito, e isso pode ter provocado uma superdosagem.

Um relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime de 2013 aponta um aumento de quase 50% no número de novas substâncias psicoativas. Elas saltaram de 166, em 2009, para 251, em 2012. Esse número hoje já deve estar desatualizado.<sup>36</sup>

Tal como advertia o psicólogo no início de 2014, naquele mesmo ano, mais precisamente em 20/09/14, a morte do estudante Victor Hugo Santos de 20 anos, participante de festa no velódromo da USP (cujo corpo só foi encontrado na raia olímpica 3 dias depois - já afogado) em razão do consumo da droga 25-I-NBOMe confirmou os efeitos devastadores de tal substância entorpecente<sup>37</sup>.

Como visto, os prejuízos decorrentes do uso de drogas, a criação da dependência química e as consequências para o Sistema Único de Saúde são claros. E essa dependência química cria situação de exclusão social cada vez mais comum em qualquer centro urbano no Brasil: a formação de “Cracolândias” para usuários dependentes que deixaram seus lares, tema do próximo tópico.

### Tráfico de drogas: a formação de “Cracolândias” e as zonas de exclusão social

O tráfico de drogas não atinge única e exclusivamente a comunidade que vive sob o terror e comando de organizações criminosas que formam um Estado paralelo de ordem, mas também traz prejuízo social às pessoas que fazem uso abusivo e se tornam

---

36 Disponível em: <http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/jairo-bouer/noticia/2014/03/novas-drogas-bnovos-perigosb.html>.

37 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/10/1533238-estudante-encontrado-morto-usou-droga-e-se-afogou-na-usp-diz-laudo.shtml>.

dependentes químicas. A maioria delas acaba dilapidando seu patrimônio pessoal e deixa seus lares, passando a viver nas ruas em situação absolutamente indigna.

Em 2011, o próprio Senado Federal revelou em publicação daquela Casa Legislativa estudo sobre “a proliferação de crackolândias em todo o país”<sup>38</sup>.

No fim de referido ano foi publicada reportagem que indicava que “em 17 capitais brasileiras, já há atualmente 29 “Cracolândias” com alta concentração de consumidores. Todas são itinerantes e vão se movimentando segundo o ritmo das incursões policiais e brigas entre traficantes”<sup>39</sup>.

Reportagem relacionada ao Município de São Paulo e produzida em 2015 relacionou o aumento das chamadas “Cracolândias” na Capital paulistana<sup>40</sup>.

De acordo com estudos realizados pela Fundação Oswaldo Cruz no primeiro semestre de 2011, em São Paulo foram identificadas pelo menos cinco “Cracolândias” com mais de cem usuários por região<sup>41</sup>, cuja população, como em qualquer destas áreas, sofre evidente exclusão social, consoante relato dos próprios entrevistados no levantamento realizado:

15) Acesso a serviços de atenção a saúde e de cunho social  
Perguntados em relação aos aspectos considerados importantes para que eles [usuários e usuárias] possam acessar os serviços de saúde, destacam-se os serviços associados a assistência social, como distribuição de alimento, oferta de serviço de saúde e higiene, e apoio para conseguir emprego, escola/curso e atividades de lazer.<sup>42</sup>

38 Disponível em: [https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/Upload/201104%20-%20agosto/pdf/em%20discuss%C3%A3o!\\_agosto\\_2011\\_internet.pdf](https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/Upload/201104%20-%20agosto/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_agosto_2011_internet.pdf).

39 Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-ja-tem-pelo-menos-29-grandes-cracolandias-dispersas-por-17-capitais,809340>.

40 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/03/1597235-cracolandias-crescem-fora-do-centro-de-sp-e-viram-favelinhas.shtml>.

41 Consta do item 6 – Moradia: “Não se pode afirmar de maneira simplista que os usuários de crack são uma população de/na rua, mas é expressiva a proporção de usuários nesta situação - aproximadamente 40% (IC95%: 34,2-44,1) dos usuários no Brasil se encontravam em situação de rua”.

42 Disponível em: <http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/maior-pesquisa-sobre-crack-j%C3%A1-feita-no-mundo-mostra-o-perfil-do-consumo-no-brasil>.

Por outro lado, em escala inversamente proporcional ao que ocorre com os seres humanos que iniciam processo de autodestruição por conta do uso e dependência química de drogas, o lucro e as cifras relacionadas ao comércio ilícito aumentam vertiginosamente a cada ano, o que será relacionado no item seguinte.

### Tráfico de drogas: os lucros bilionários

Em 2011, relatório da ONUDC (United Nations Office on Drugs) indicou que “o tráfico de drogas teria lavado cerca de 1,6 trilhão de dólares, ou seja, 2,7% do PIB mundial em 2009, mas apenas uma parte ínfima desse montante astronômico foi apreendida”. De acordo com a ONU, “a cifra corresponde a mais de 2%, podendo chegar a 5% do PIB mundial, estabelecido pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) para estimar a amplidão da lavagem de dinheiro”<sup>43</sup>.

Ainda, de acordo com o relatório da ONU, o tráfico de drogas é considerado o crime mais lucrativo entre as atividades ilícitas:

O comércio ilícito de drogas – que representa a metade dos lucros da criminalidade transnacional organizada e um quinto de todas as suas receitas – é o setor mais rentável”, segundo o estudo.

Este concedeu uma “atenção particular ao mercado da cocaína, provavelmente a droga mais lucrativa para o crime entre fronteiras”.

Assim, “o lucro bruto de traficantes, advindos do comércio da cocaína nos Estados Unidos, se elevavam a cerca de 84 bilhões de dólares em 2009”, segundo o estudo.

Enquanto os produtores andinos de coca “ganharam cerca de um bilhão de dólares, a grande quantidade de lucros gerados pela cocaína foi registrada na América do Norte (35 bilhões de dólares) seguida pela Europa Ocidental e Central (26 bilhões de dólares)”<sup>44</sup>.

---

43 Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/10/trafico-de-droga-cifras-astronomicas-apreensoes-minimas-segundo-a-onu.html>.

44 Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/10/trafico-de-droga-cifras-astronomicas-apreensoes-minimas-segundo-a-onu.html>.

Poderão alguns dizer que tais cifras seriam fantasiosas. Ledo engano.

De acordo com outro traficante colombiano preso em fevereiro de 2009 no Brasil, Ramon Manuel Yepes Penagos, também ligado ao mesmo Cartel Colombiano de Abadía, este último teria escondido cerca de 70 milhões de euros em espécie (cerca de R\$ 208 milhões) em uma caminhonete, em um prédio situado no bairro dos Jardins em São Paulo, área nobre da cidade<sup>45</sup>.

E os dados constantes do relatório podem ser considerados reais. Sozinho, Juan Carlos Abadía, líder do tráfico de drogas colombiano preso no Brasil em 2009, teve sua fortuna avaliada em 3,4 bilhões de dólares<sup>46</sup>. Somente no Brasil, os bens apreendidos – aviões, embarcações, fazendas, metais preciosos, drogas e até um cemitério particular foram avaliados pelo Sistema Nacional de Bens Apreendidos, no dia 15 de abril de 2010, no montante de R\$ 1.065.142.696,08<sup>47</sup>.

As informações obtidas em investigações realizadas pela polícia e pela imprensa dão conta de que os lucros movimentados pelo narcotráfico são realmente impressionantes, razão de ingresso de cada vez mais crianças e adolescentes na atividade ilícita:

B. B. F., 35 anos, atua há 15 anos no mesmo ramo. Apesar dos altos e baixos do mercado, ele sempre se manteve fiel à venda do mesmo produto. Do dia 1º ao dia 10 de cada mês, ganha R\$ 15 mil. Nos 20 dias que restam, garante cerca de R\$ 20 mil. Por ano, seu faturamento chega a R\$ 420 mil. O lucro líquido obtido com o negócio atinge 80%.

B. é o último elo entre o atacado e o varejo de uma indústria que fatura por ano R\$ 1,4 bilhão no Brasil e US\$ 320 bilhões no mundo: o tráfico de drogas.

(...)

---

45 Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/abadia-escondeu-70-milhoes-de-euros-em-picape-diz-trafficante-bf9khfcpkoyfbesu9otayfxvy>.

46 Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,trafficante-tem-fortuna-avaliada-em-r-3-4-bilhoes,30845>.

47 Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/brasil/policia/bens-de-luxo-apreendidos-e-encostados-passam-de-r-1-bi,47981054a250b310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html>.

### *Commodities agrícolas*

Os preços de produtos como o crack, a maconha, o ecstasy e a heroína também deixam para trás as principais commodities agrícolas. A saca de 60 quilos de café vale US\$ 177, enquanto um só quilo de maconha custa US\$ 150 na cotação internacional. “O tráfico de drogas é um negócio muito lucrativo e vem daí a dificuldade de combatê-lo. Um quilo de pasta de cocaína é comprado por US\$ 5 mil do produtor, mas o produto final é vendido aos consumidores na Europa por US\$ 30 mil o quilo”, diz José Vicente da Silva Filho, ex-secretário nacional de Segurança Pública e diretor do Instituto Pró-Polícia de São Paulo.<sup>48</sup>

Em 2014, de acordo com líderes do tráfico de drogas presos e ouvidos pela Polícia sobre a estrutura de venda e os valores resultantes do narcotráfico, realmente não há fantasia nas elevadas cifras obtidas por referida atividade ilícita:

Além de criminoso, o tráfico de drogas é um negócio muito lucrativo no Rio de Janeiro. Com a venda de maconha, o lucro ultrapassa 1.500%, de acordo com fontes da polícia fluminense ouvidas pelo R7. O quilo é comprado pelos traficantes cariocas por R\$ 300. Com a venda, o faturamento dos criminosos chega a R\$ 5.000.

Já no comércio de crack, o lucro chega a 272%, enquanto com a cocaína fica em 266%, ainda segundo policiais. No caso da cocaína, o lucro com um quilo é de R\$ 20 mil (comprada a R\$ 12 mil e vendida a 32 mil). Já o quilo do crack é comprado por R\$ 11 mil, o quilo, com lucro de R\$ 30 mil.

Preso há um ano pela DHEBF (Delegacia de Homicídios da Baixada Fluminense), o traficante conhecido como Cyborg ou DVD prestou um depoimento impressionante sobre a movimentação financeira do tráfico de entorpecentes na Vila Vintém, em Padre Miguel, na zona oeste do Rio, que, segundo ele, pode faturar mais de R\$ 5 milhões por mês com a venda de drogas.

Ainda de acordo com Cyborg, a Vila Vintém conta com oito bocas de fumo, com sete “vapores” cada, como são chamados os que vendem a droga.

---

48 Disponível em: <http://www.folhapolitica.org/2014/02/trafico-de-drogas-fatura-r-14-bilhao.html>.

Cyborg admitiu vender três cargas de cocaína por dia. Cada carga contém 56 papélotes vendidos a R\$ 10, num total de R\$ 1.680. Dos R\$ 560 faturados por carga, o vapor fica com R\$ 60. Ou seja, por dia, o traficante recebia R\$ 180, mais do que a maioria dos trabalhadores do país. Segundo os cálculos da polícia, o tráfico de drogas na Vila Vintém movimenta mais de R\$ 100 mil, diariamente.

Nos fins de semana, de sexta-feira a domingo, quando são realizados bailes funk, o movimento praticamente triplica. O traficante Cyborg disse que chegava a vender dez cargas de cocaína por dia, num total de R\$ 16.800 movimentados apenas por ele, sem contar outros 55 “vapores”.<sup>49</sup>

Outra fonte de avaliação dos valores que são movimentados pelo tráfico de drogas decorre da apreensão de armas de fogo e drogas pela polícia. Nesse sentido, já se avaliou que entre drogas e armas, o tráfico de drogas perdeu pelo menos R\$ 28 milhões de reais apenas na Vila Cruzeiro e no Complexo do Alemão em 2010:

Os cálculos foram baseados na arrecadação mínima da venda de maconha e cocaína, além do prejuízo com a perda de armamentos, que são obtidos pelos traficantes por um preço até 10 vezes maior que a venda comercial para as Forças Armadas.

O maior golpe das polícias foi em um dos principais produtos de lucro dos traficantes: a maconha. Em cinco dias, foram apreendidas 36,888 toneladas da droga, uma perda de, no mínimo, R\$ 18,444 milhões em venda.

(...)

Perda de R\$ 6 milhões em armamentos

(...) foram apreendidos: 135 armas de cano longo, como fuzis e carabinas, incluindo: 2 metralhadoras; 9 submetralhadoras; 6 espingardas; uma carabina; além de 24 armas de pequeno porte, como pistolas e revólveres; e 120 granadas.

Policiais da Drae (Delegacia de Repressão a Armas e Explosivos) afirmaram ao iG que o preço das armas no chamado mercado negro

---

49 Disponível em: <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/lucro-com-a-maconha-ultrapasa-os-1-500-em-favelas-do-rio-20101227.html>.

é bem maior do que o preço real do armamento. De acordo com um dos inspetores, que obteve as informações através de escutas telefônicas, o preço é calculado tendo como base o fuzil calibre 762. Um fuzil desse porte é vendido para as Forças Armadas por cerca de R\$ 10 mil. Mas no tráfico de armas, uma arma dessas varia de R\$ 50 mil a R\$ 70 mil, disse. Segundo o inspetor, que não quis se identificar, o preço do fuzil é usado como base porque é a arma de grande porte de mais fácil manejo para o traficante.<sup>50</sup>

Em 2000, citando o procurador de justiça norte-americano Charles Intrigo na obra “O Narcotráfico”, Magalhães apontava os valores arrecadados pelo tráfico de drogas no país:

O narcotráfico no Brasil fica com 5% a 10% do bolo mundial. Considerando os U\$ 400 bilhões que o comércio de drogas globalizado envolve por ano, de acordo com a ONU (Organização das Nações Unidas), a fatia nacional iria de U\$ 20 bilhões a U\$ 40 bilhões.

Com U\$ 20 bilhões (o equivalente a R\$ 36 bilhões em maio de 2000) é possível comprar na planta 450 mil apartamentos de três quartos do Plano 100 em São Paulo, 2.320.185 carros Gol Special ou 270 milhões de cestas básicas na capital paulista.

O valor é superior à receita total anual estimada (R\$ 31,9 bilhões) com a indústria turística brasileira, que emprega direta e indiretamente, 5,8 milhões de pessoas.<sup>51</sup>

Ainda, de acordo com investigações realizadas pela Polícia Civil de São Paulo, a facção PCC é responsável por planejar e realizar crimes de roubo praticados contra empresas de transportes de valores ocorridos nos primeiros meses de 2016 e que renderam pelo menos R\$ 138 milhões aos criminosos. Foram três ações: a primeira ocorrida em março, na sede da Protege, em Campinas; a segunda em abril, na Prosegur, em Santos; e a última, no início de julho, também na Prosegur,

---

50 Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/entre+drogas+e+armas+tráfico+p+erde+pelo+menos+r+28+milhoes/n1237842850541.html>

51 MAGALHÃES, Mario. *O Narcotráfico*. São Paulo: Publifolha, 2000. p. 28.

em Ribeirão Preto. Em todas as ações criminosas, os membros da organização utilizaram armamento pesado – a mesma metralhadora ponto 50 utilizada para combate e derrubada de aeronaves, tudo a fim de garantir o êxito dos crimes. Ainda segundo as investigações, a organização criminosa usa dinheiro dos mega-assaltos para comprar armas e drogas na Bolívia e no Paraguai<sup>52</sup>.

De acordo com a Procuradoria Geral da República, o tráfico movimentava 3,7 bilhões de reais por ano no País<sup>53</sup>.

A razão de ser dessa movimentação bilionária será brevemente explicada no tópico seguinte, no qual se demonstra que a relação entre as máfias e organizações criminosas e o tráfico de entorpecentes é antiga e, desde sempre, realizada de forma minimamente estruturada.

### Tráfico de drogas: organização criminosa estruturada

A organização das atividades ilícitas e criminosas, de forma semelhante à de estruturas empresariais é antiga, no Brasil e no mundo.

Em “A história da máfia”<sup>54</sup>, Smith registra com detalhes, sua origem e personagens, além das ramificações existentes nos Estados Unidos da América.

Em outra obra mais investigativa, “Gomorra”<sup>55</sup>, Saviano traz registros a respeito do mais profundo envolvimento da máfia siciliana com inúmeras atividades que parecem lícitas aos olhos dos desavisados.

Em interessante passagem da obra explica essa estrutura e o nível de inserção nos diversos países do mundo:

Era o Sistema que alimentava o grande mercado internacional da moda, o enorme arquipélago da elegância italiana. Cada recante

52 Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,pcc-ficou-com-maior-parte-de-r-138-mi-roubados-de-transportadoras-de-valores,10000062121>

53 Disponível em: [http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_constitucional/artigo-que-criminaliza-porte-de-drogas-para-uso-pessoal-e-constitucional-diz-pgr](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/artigo-que-criminaliza-porte-de-drogas-para-uso-pessoal-e-constitucional-diz-pgr)

54 SMITH, Jo Durden. *A história da máfia*. São Paulo: M.Books, 2015.

55 SAVIANO, Roberto. *Gomorra*. 6. ed. Elaine Niccolai (Trad.). Rio de Janeiro: BertrandBrasil, 2009.

do globo fora atingido pelas grifes, pelos homens, pelos produtos do Sistema. Sistema, um termo aqui conhecido de todos, mas que em outros lugares ainda está por ser decifrado, uma referência desconhecida para quem não conhece as dinâmicas do poder da economia do crime. Camorra é uma palavra inexistente, para policiais. É usada pelos magistrados, pelos jornalistas, pelos cineastas. É uma palavra que faz rir seus filiados, é uma indicação genérica, um termo para estudiosos, relegado à dimensão histórica. O termo com que se definem os pertencentes a um clã é Sistema: “Pertença ao Sistema de Secondigliano.” Um termo eloqüente, um mecanismo mais do que uma estrutura. A organização criminosa coincide diretamente com a economia, a dialética comercial é a estrutura dos clãs.

(...)

Não havia lugar em que não tivessem implantado o seu negócio. Na Alemanha, tinham lojas e armazéns em Hamburgo, Dortmund, Frankfurt. Em Berlim, as lojas Láudano, na Gneisenaustrasse 800 e na Witzlebenstrasse 15. Na Espanha, no Paseo de la Emita del Santo 30; em Madri e também em Barcelona. Na Bélgica, em Bruxelas; e em Portugal, na Avenida da Boavista, no Porto. Em Viena, na Áustria. Na Inglaterra, uma loja de casacos em Londres; e na Irlanda, uma em Dublin. Na Holanda, em Amsterdã, e ainda na Finlândia e Dinamarca, em Sarajevo e Belgrado.

(...)

No Brasil, no Rio de Janeiro e em São Paulo, os *secondiglianesi* dominavam o mercado de roupas.<sup>56</sup>

Mais adiante Saviano aponta os valores auferidos ilicitamente pela organização criminosa, bem como seu envolvimento com o tráfico de drogas, além da quantidade de membros, tudo semelhante aos grupos criminosos estruturados no Brasil:

Alguns empresários, segundo as investigações, organizavam a distribuição dos produtos falsificados, oferecendo assistência logística

---

56 SAVIANO, Roberto. *Gomorra*. 6. ed. Elaine Niccolai (Trad.). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. p. 52-56.

aos agentes, “aos mascates”. Antecipavam as despesas de viagem e hospedagem, forneciam furgões e carros, e, em caso de prisão ou apreensão da mercadoria, garantiam assistência jurídica. E, obviamente, pegavam o dinheiro das vendas. Negócios que faturavam para cada família, no decorrer de um ano, montantes de cerca de 300 milhões de euros.

(...)

Agora, contudo, a flexibilidade da economia determinou que os pequenos grupos de boss gestores com centenas de agregados, cada um com responsabilidades precisas, se impusessem na arena econômica e social. Uma estrutura horizontal, muito mais flexível do que a Cosa Nostra, muito mais permeável a novas alianças da *`ndrangheta* (grupo organizado de mafiosos da Calábria, no dialeto local), capaz de alimentar-se continuamente de novos clãs, de novas estratégias, lançando-se no mercado de vanguarda. Dezenas de operações policiais nos últimos anos demonstram que tanto a Máfia siciliana quanto a *`ndrangheta* tiveram necessidade de negociar com os clãs napolitanos para a aquisição de grandes lotes de droga. Os cartéis de Nápoles e da Campânia forneciam cocaína e heroína a preços convenientes, tornando-se, em muitos casos, mais cômodos e econômicos do que o contato direto com traficantes sul-americanos e albaneses.

Não obstante a reestruturação dos clãs relativamente ao número de filiados, a Camorra é a maior organização criminosa da Europa. Para cada filiado siciliano há cinco da Campânia, para cada *`ndrangheta*, até mesmo oito, ou seja, quase o triplo, o quádruplo das outras organizações.<sup>57</sup>

Desde a década de 1980 cresceram os estudos e pesquisas sobre a relação do tráfico de drogas com o crime organizado. É nesse período que o *crack* surgiu – meados de 1984 e 1985 em determinados bairros de Los Angeles, Nova York e Miami.

Aliás, foi justamente em 31 de dezembro de 1985 que o

---

57 SAVIANO, Roberto. Op. cit., p. 57-60.

traficante de drogas José Carlos do Reis Encina, o Escadinha, foi resgatado de helicóptero do demolido presídio Cândido Mendes na Ilha Grande, Rio de Janeiro. Para a fuga, outro parceiro criminoso do traficante que se passava por um “Dr. Roni” contratou os serviços de vôo de helicóptero pelo valor de CR\$ 6 milhões. Em determinado momento do sobrevôo determinou, após apontar uma metralhadora para o piloto, que este deveria pousar para resgatar o chefe do tráfico de drogas do morro do Juramento<sup>58</sup>.

O tráfico de drogas já era uma das principais atividades ilícitas do crime organizado. Aliás, tal conexão, entre o delito de tráfico de drogas e as organizações criminosas, é comum em todas as estruturas criadas ao redor do mundo, desde a máfia italiana; os cartéis mexicanos e colombianos e no Brasil, o Comando Vermelho e Primeiro Comando da Capital, entre tantas outras.

Nesse sentido há investigações, relatórios, pesquisas e obras produzidas, esclarecendo tal espúria e íntima conexão. Se no passado a organização de atividades como a dos cartéis e grupos ligados ao tráfico de drogas e demais delitos era ignorada pela polícia e pelo Estado, atualmente tal fato é inegável e não pode ser desprezado.

No Rio de Janeiro, já foi descrita a “estrutura” do tráfico de drogas: existem o “dono” da boca; os “gerentes gerais (frentes)”; os “gerentes de boca de fumo”; os “vapores” (responsáveis pela venda direta aos usuários); os “soldados” (responsáveis pela segurança) e os “olheiros” (responsáveis por comunicar a chegada da polícia e rivais). Existem ainda as funções de “endolação” (de embalar as drogas) e de “armeiro” (responsável pela manutenção das armas de fogo). Nesta última função as organizações costumam “recrutar” ex militares que possuem conhecimento técnico.

Existem ainda outras funções auxiliares:

Nas funções auxiliares estão as figuras do “fiel” (trabalha eventualmente para o tráfico, basicamente com a função de esconder armas e drogas em casa, por não ter ligação direta com o negócio, podem

---

<sup>58</sup> Disponível em: <http://acervo.estadao.com.br/noticias/acervo,fuga-de-escadinha-causou-surpresa-pela-audacia,9795,0.htm>.

ser acionados a qualquer momento), “portador” (cargo normalmente ocupado por mulheres, que, na condição de visitantes de presos, transmitem informações entre quem está na cadeia e quem está na favela) e as “tias”, mulheres mais velhas, em sua maioria parentes de presos, que escondem o dinheiro da quadrilha.

Os outros cargos relacionados são os de “matuto” (responsável por abastecer com grandes quantidades de armas e drogas as favelas cariocas, geralmente pegam o material na fronteira com o Paraguai e levam até o Rio), “químico” (presente em poucas favelas, somente naquelas em que há refinarias de cocaína, onde ele transforma a pasta base em cocaína em pó pronta para a venda) e “açougueiro” (especialista em corte de carne, esquarteja os corpos de desafetos mortos pelo tráfico, que são jogados em rios, aos porcos ou queimados, presente em poucas comunidades).

A remuneração dos “funcionários” do tráfico é feita de acordo com o faturamento das bocas de fumo. Um gerente, por exemplo, pode faturar de R\$ 1.000 a R\$ 6.000 mensais. O salário mais baixo de um soldado (segurança) gira em torno de R\$ 600. Já entre os vapores, os ganhos variam de R\$ 300 a R\$ 400.

Investigações feitas pela polícia revelaram no início deste ano que, no morro de São Carlos, no Estácio, um efetivo de 324 ‘funcionários’ gerava uma despesa de R\$ 51 mil por semana. Somente na localidade do Querosene, 57 traficantes ganhavam R\$ 120 cada, e seis ‘chefes de plantão’ recebiam R\$ 300 semanais. Outros chefes de plantão chegavam a receber R\$ 1.500.<sup>59</sup>

Como explica Magalhães, “quando o líder cai, no mesmo dia é sagrado um sucessor, como uma empresa substitui um executivo. Ficou no passado a momentânea desarticulação, o vácuo breve mas tenso. Da prisão, muitos continuam dirigindo suas turmas”<sup>60</sup>.

Cada vez mais transnacional, o tráfico de drogas é delito que não

---

59 Disponível em: <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/trafico-counta-com-estrutura-em-presarial-para-gerir-seus-negocios-20101222.html>.

60 MAGALHÃES, Mario. *O Narcotráfico*. São Paulo: Publifolha, 2000. p. 19.

mais encontra fronteiras, conforme apontam as notícias produzidas pela imprensa.

Em 1997 foi preso em Vinhedo (SP) Antônio Mota Graça, “o Curica”, considerado o principal brasileiro ligado ao Cartel de Cali. Em 1991 ele já havia sido preso na posse de 413 quilos de cocaína. Fugiu em 1992 e era o maior traficante da região amazônica procurado pela Polícia à época<sup>61</sup>. Acabou condenado a 10 anos de reclusão por tráfico de drogas em Ponta Porã (MS). Conforme explica Magalhães:

Piloto de avião, consolidou-se como o grande traficante do Brasil na região amazônica.

A função de seu bando era transportar a droga colombiana. A primeira grande apreensão do “Grupo de Manaus”, como chegou a ser conhecida a quadrilha de Curica, fora em 1985: quatro toneladas de cocaína, transportada por um cidadão norte-americano no navio *Amazon Sky*. Até 1994, a Polícia Federal apreendeu 14,97 toneladas da turma de Curica, impondo-lhe prejuízo de US\$ 150 milhões.<sup>62</sup>

Em 2002 a Justiça federal do Amazonas decretou a prisão preventiva de Curica devido a processo-crime que ele respondia naquele Estado por formação de quadrilha e tráfico internacional de 793 quilos de cocaína para Portugal<sup>63</sup>.

De acordo com Magalhães:

O papel dos grandes traficantes brasileiros é receber os carregamentos vindos da Colômbia e fazê-los chegar aos Estados Unidos e à Europa, especialmente, e à África e à Ásia, onde novos bandos vão tratar de distribuí-los. Os brasileiros, portanto, não são os donos da droga. Eles enriquecem ao levá-la com segurança ao destino.<sup>64</sup>

Em 2002, a Polícia Federal investigou Leonardo Dias Mendonça, considerado um dos principais “barões” do narcotráfico do país,

---

61 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/7/18/cotidiano/31.html>.

62 Ibidem, p. 31.

63 Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,policia-federal-prende-trafficante-internacional,20020517p17319>.

64 MAGALHÃES, Mario. *O Narcotráfico*. São Paulo: Publifolha, 2000. p. 33-34.

chegando a prender 24 pessoas na ação batizada de Operação Diamante, realizada em nove Estados<sup>65</sup>. Foi apontado como o “comandante no Brasil da articulação com o cartel do Suriname, cujo chefe seria o ex-ditador daquele país, Dési Bouterse”, que tinha contra si, na época, mandado de prisão da Holanda por narcotráfico. Sua quadrilha teria 73 integrantes e em três anos a Polícia Federal apreendeu com seus membros 2,4 toneladas de cocaína, 24 aviões e em dinheiro, U\$ 2,1 milhões de dólares e R\$ 1,4 milhões de reais<sup>66</sup>.

Em 2014, o jornal O Estado de São Paulo publicou matéria na qual informava que “Chefes do PCC comandam tráfico a partir dos Estados Unidos e do Paraguai”<sup>67</sup>.

Se à época da publicação, a notícia jornalística poderia parecer exagerada, em 2016, ao ser confrontada com outra mais recente, torna-se evidente a sua confirmação.

Em 15 de junho de 2016, o brasileiro Jorge Rafaat foi executado com tiros de metralhadora ponto 50 (conhecida como antiaérea, pois equipada com munição utilizada para derrubada de aeronaves), em operação que transformou as ruas da cidade paraguaia de Pedro Juan Caballero, na divisa com a cidade de Ponta Porã (MS), em verdadeiro cenário que deixaria atônitos diretores de filmes de ação hollywoodianos. Uma verdadeira cena de guerra entre cartéis que disputam o domínio do tráfico de drogas<sup>68</sup>.

A conexão entre a matéria publicada em 2014 e o episódio ocorrido em 2016 decorre do simples fato de que a pessoa assassinada, o brasileiro Jorge Rafaat, já havia sido condenado em 2014 pela Justiça brasileira a 47 anos de prisão e pagamento de multa de mais de R\$ 400 mil, por tráfico de drogas e contrabando.

Porém, vivia no Paraguai, em condição de absoluta liberdade e era conhecido como “rei da fronteira”, notório líder de organização

---

65 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u64784.shtml>.

66 MAGALHÃES, Mario. *O Narcotráfico*. São Paulo: Publifolha, 2000. p. 38.

67 Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,chefes-do-pcc-comandam-trafico-a-partir-dos-estados-unidos-e-do-paraguai,1529226>.

68 Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/06/traficante-do-paraguai-e-morto-em-emboscada-na-fronteira-com-brasil.html>.

que comandava o tráfico de drogas na região da divisa entre Brasil e Paraguai<sup>69</sup>.

Durante tiroteio que durou cerca de 30 minutos, a caminhonete blindada do traficante brasileiro não resistiu aos disparos da metralhadora da organização rival e o evento teve como saldo a morte de Jorge Rafaat. Após o confronto, apenas oito pessoas foram presas pela Polícia Nacional do Paraguai. Um deles é brasileiro e suspeito de manusear a metralhadora ponto 50 que estava em uma caminhonete adaptada. Os outros sete presos são os seguranças pessoais do narcotraficante que ficaram feridos durante o tiroteio entre as organizações criminosas rivais<sup>70</sup>.

Necessário então analisar o grau de periculosidade e violência que acompanham o delito de tráfico de drogas, tema do próximo tópico.

Tráfico de drogas: “lei do silêncio, toque de recolher”,  
cerceamento dos direitos de ir e vir e de habitação,  
violência e sangue

É preciso deixar claro que o crime de tráfico de drogas não é inofensivo – sendo necessária a exposição de dados que revelam que o cenário é bem outro: de violência extrema e bárbara.

Inúmeros são os casos de “toques de recolher” envolvendo comunidades afetadas pelo tráfico de drogas em todo o Brasil.

Em São Paulo, tal como no Rio de Janeiro, os registros de “toques de recolher” são antigos, como este de 2000:

Tráfico impõe toque de recolher em SP

Supostos traficantes impuseram, na manhã de ontem, toque de recolher para cerca de 30 comerciantes do Jardim Macedônia, na zona sul de São Paulo.

A ordem foi dada horas antes do enterro de Thiago Teles Vasco, o Buiú, de 19 anos, morto no último domingo, em uma favela conhecida

---

69 Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/confronto-de-quadrilhas-termina-com-morte-de-trafficante-no-paraguai.html>.

70 Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2016/06/video-mostra-execucao-de-trafficante-com-metralhadora-no-paraguai.html>.

como rua 13. O secretário-adjunto de Segurança Pública do Estado, Mário Papaterra, admite que a morte do rapaz, que era ex-interno da Febem e que tinha antecedentes criminais por tráfico de drogas, possa ter ligação com traficantes da região.<sup>71</sup>

No Rio de Janeiro, muitas comunidades convivem diariamente com o “toque de recolher” há décadas. Registros como esse, de 2013, são mais que comuns:

Moradores do Complexo do Alemão voltaram a assistir, na manhã desta quinta-feira, a uma demonstração de poder dos traficantes de drogas. Ocupado pela polícia desde dezembro de 2010, o conjunto de favelas amanheceu com comércio e escolas fechados em várias áreas. A ordem para fechar portas teria partido de traficantes de drogas, em represália à morte de um bandido. O problema atinge também parte da Vila Cruzeiro, favela próxima ao Alemão.<sup>72</sup>

Em Salvador (BA), registro de 2016 indica situação semelhante: Mata Escura tem toque de recolher após morte de traficante, diz PM (...)

A segurança foi reforçada no bairro da Mata Escura, em Salvador, após criminosos decretarem toque de recolher na região por conta da morte de um traficante durante um confronto com policiais militares. Os suspeitos também recolheram chaves de alguns ônibus que estavam no final de linha do bairro, porém, a polícia informa que conseguiu inibir a intenção de queima dos veículos.<sup>73</sup>

Em 2014, diversos foram os registros sobre “toque de recolher” determinada pelo tráfico de drogas em Porto Alegre<sup>74</sup> (RS):

Os traficantes que impõem toque de recolher em Porto Alegre são

---

71 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2211200025.htm>.

72 Disponível em: <http://veja.abril.com.br/brasil/traficantes-fecham-comercio-e-escolas-no-complexo-do-alemao/>.

73 Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/05/mata-escura-tem-toque-de-recolher-apos-morte-de-trafficante-diz-pm.html>.

74 Disponível em: <http://gaucha.clicrbs.com.br/rs/noticia-aberta/toque-de-recolher-dos-trafficantes-se-acentou-este-ano-diz-promotora-126124.html>.

suspeitos de estarem envolvidos com criminosos do Rio de Janeiro e também do PCC, em São Paulo.<sup>75</sup>

Belo Horizonte também foi afetada pelo “toque de recolher” em 2016:

Algumas ruas do bairro Conjunto Paulo VI, na região Nordeste de Belo Horizonte, parecem mais “terra de ninguém”, na manhã desta quinta-feira (7). Os comerciantes foram obrigados a fechar as portas e os moradores a ficarem em suas casas, em um “toque de recolher”, anunciado a muitos tiros, segundo relato de uma pessoa que vive na região ao jornal *O TEMPO* e pediu para não ser identificado.

Está tudo fechado. Eles passaram atirando muito e mandaram fechar. As ruas estão desertas. Estou com medo de falar, mas ontem (quarta-feira) teve uma morte aqui”, contou uma moradora da região.<sup>76</sup>

E por óbvio, são os líderes dessas organizações criminosas que as comandam com extrema violência e terror. Alguns exemplos no exterior.

No México: Joaquín Guzmán Loera, conhecido como “El Chapo”. Responde a 7 ações penais nos Estados Unidos. Porém, apenas duas delas foram admitidas pela Justiça Mexicana até o momento. O Ministério de Relações Exteriores mexicano autorizou sua extradição para os Estados Unidos. Nos Estados Unidos responde a acusação, perante a Justiça de San Diego (Califórnia) pelo delito de associação criminosa para vender cocaína. No Texas responde a acusações de homicídio, associação criminosa, crime organizado, narcotráfico, lavagem de dinheiro e posse de armas de fogo<sup>77</sup>.

Na Colômbia: Pablo Escobar. Responsável pela morte de três candidatos à presidência da Colômbia, pela explosão do voo Avianca 203 e do prédio de segurança de Bogotá em 1989<sup>78</sup>. Foi responsável

---

75 Disponível em: <http://noticias.r7.com/fala-brasil/videos/traficantes-determinam-toque-de-recolher-e-fecham-escolas-em-porto-alegre-17102015>

76 Disponível em: <http://www.otempo.com.br/cidades/bandidos-ordenam-toque-de-recolher-ap%C3%B3s-morte-de-trafficante-em-bh-1.1274894>

77 Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/20/internacional/1463769850\\_041094.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/20/internacional/1463769850_041094.html)

78 Disponível em: <http://latinamericanhistory.about.com/od/20thcenturylatinamerica/a/bioescobar.htm>

também pela morte de promotores, juízes, policiais, até mesmo padres. Promoveu o sequestro de políticos e empresários. Sob sua liderança, o cartel de Medellín chegou a controlar 80% da cocaína do mundo produzida na Colômbia<sup>79</sup>. Considerado incrivelmente violento e tamanho o número de pessoas assassinadas por seu Cartel, que esta característica peculiar de suas ações criminosas fez a imprensa cunhar uma nova expressão: narcoterrorismo<sup>80</sup>. Calcula-se que seus métodos de violência provocaram a morte de mais de 4.000 pessoas<sup>81</sup>.

No Brasil: os traficantes José Carlos do Reis Encina, o “Escadinha”, líder da facção criminosa fluminense denominada Falange Vermelha e depois chamada de Comando Vermelho nas décadas de 70 e 80; Luiz Fernando da Costa, “Fernandinho Beiramar”, um dos novos líderes e sucessores de “Escadinha” na década de 2000 na mesma organização criminosa, condenado a mais de 300 anos de prisão por liderar uma guerra de facções, em 2002, dentro do presídio de segurança máxima Bangu I, quando quatro rivais foram assassinados, além de outras condenações por crimes de homicídio e tentativa de homicídio; Marcos Herbas Camacho, o “Marcola”, um dos líderes do Primeiro Comando da Capital (PCC), organização criminosa criada na década de 1990 no Estado de São Paulo, responsável, entre outros crimes, pelo assassinato do juiz Antonio Machado Dias em março de 2003.

O juiz corregedor Antônio Machado Dias foi assassinado no dia 14 de março de 2003, após sair do Fórum de Presidente Prudente. Ele era responsável por julgar casos envolvendo membros da facção, o que teria desagradado o líder da organização criminosa que acabou condenado, além de outros crimes, também por tal delito a 29 anos de reclusão pela morte do magistrado<sup>82</sup>. Na sólida decisão proferida, o Relator e Desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan assim anotou:

---

79 <http://noticias.r7.com/internacional/fotos/poderoso-chefao-conheca-a-vida-de-pablo-escobar-o-maior-trafficante-da-colombia-03122013?foto=10#!/foto/1>.

80 Disponível em: [http://www.huffingtonpost.com/seth-ferranti/the-worlds-baddest-gangst\\_b\\_10383326.html](http://www.huffingtonpost.com/seth-ferranti/the-worlds-baddest-gangst_b_10383326.html)

81 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u66168.shtml>.

82 Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/04/justica-mantem-condenacao-de-marcola-por-morte-de-juiz-em-sp.html>.

“Imputa-se a “Marcola” e Julio Cesar Guedes de Moraes autoria intelectual do homicídio, eis que teriam determinado, como líderes da facção criminosa Primeiro Comando da Capital PCC, juntamente com Sandro Henrique da Silva Santos, vulgo “Gulu” (falecido fls. 1.548 e 1.610), a morte do Magistrado, que era Juiz das Execuções Criminais e Corregedor dos Presídios da Região de Presidente Prudente, onde se encontravam recolhidos os ora acusados em Regime Disciplinar Diferenciado RDD.

(...)

Torpe o motivo da morte, vez que o objetivo seria protestar e pressionar as autoridades do Judiciário e da Secretaria de Assuntos Penitenciários a abolir referido Regime Disciplinar Diferenciado, extremamente rigoroso e indicado para presos perigosos que ameaçavam a ordem pública ou a estabilidade dos presídios.

O crime foi praticado mediante emboscada, recurso que dificultou a defesa da vítima.

O julgamento e a condenação do apelante é a resposta clara, firme, determinada de que a Justiça não se curva a interesses ou atemorizações por parte de criminosos organizados ou não.

As Instituições são perenes e seguem à frente na sua missão de fazer Justiça, independente das tormentas que atravessam, sendo merecedoras da credibilidade dos jurisdicionados, mesmo que alguns integrantes, lamentavelmente, paguem esse alto preço com o sacrifício da própria vida.<sup>83</sup>

Importante registrar que no ano de 2006, em apenas 3 dias de ataques ao Estado de Direito, a organização criminosa denominada PCC promoveu o assassinato de 46 policiais e agentes penitenciários, deixando 78 feridos, 82 ônibus queimados em 280 ataques<sup>84</sup>.

---

83 TJSP, Apelação n. 0408108-07.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCOS WILLIANS HERBAS CAMACHO e apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 5ª Câmara Criminal, Rel. José Damião Pinheiro Machado Cogan, j. em 11/04/13.

84 Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,veja-a-cronologia-dos-ataques-do-pcc-em-2006,1732401>.

As ações do PCC foram comparadas por colombianos ao período de terror vivido pelo país durante o “reinado” de Pablo Escobar no comando do cartel de Medellín, conforme declarou o senador colombiano, à época dos ataques em São Paulo, Antonio Navarro. Para o analista Alfredo Rangel, da Fundação Segurança e Democracia de Bogotá, as “semelhanças” do que ocorreu em São Paulo e aquele período colombiano é que em ambos os casos havia “duas organizações mafiosas, estruturadas e com hierarquia”<sup>85</sup>.

De ressaltar que na apelação referente ao homicídio do juiz Antonio Machado Dias, o Relator e Desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan teceu considerações sobre a organização criminosa PCC:

Os presentes autos trazem um triste relato da proporção que o crime organizado tomou no Estado de São Paulo, tendo sido juntado aos autos um excepcional trabalho realizado pela Polícia Civil e pelo Ministério Público dissecando todas as formas de atuação dos criminosos pertencentes ao Primeiro Comando da Capital, onde se vê o envolvimento em inúmeras atividades criminosas, entre elas, tráfico de drogas, roubos e seqüestros, sendo que as ordens emanavam de presos recolhidos ao sistema prisional que detinham o comando da organização criminosa, sem que nada fosse realizado fora dos muros da prisão sem o seu aval, como os ataques contra policiais, agentes penitenciários, guardas civis e população em geral, que sofreu inúmeros atentados em supermercados, bancos, no comércio, além de graves atentados contra a sede do Ministério Público Paulista, Secretaria de Assuntos Penitenciários e inúmeros fóruns do interior, além de um carro contendo mais de trinta quilos de explosivos que foi deixado no Fórum Criminal da Barra Funda.

Verificou-se ainda uma verdadeira radiografia dessa organização criminosa que pretende aterrorizar as autoridades e os poderes constituídos com atos de verdadeiro terrorismo urbano na busca de menor repressão.

---

85 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u53665.shtml>.

Juntou-se cópia de investigações levadas a efeito onde se enumeram inúmeras centrais telefônicas com mulheres nelas trabalhando para promover a comunicação telefônica entre reclusos de um presídio com presos de outros presídios ligados a organização criminosa.<sup>86</sup>

Em 2014, no Estado de Santa Catarina mais de uma centena de ataques foram registrados, todos ligados a organização criminosa liderada por presos transferidos daquele Estado para penitenciária federal de Mossoró (RN). Em 10 de outubro de 2014 foram contabilizados incêndios em uma escola na cidade de Penha, situada no Litoral Norte, e outro que atingiu dois caminhões em Laguna, no Sul do Estado. A Polícia Militar de Santa Catarina registrou um total de 100 atentados. De acordo com o relatório, desde 26 de setembro de 2014 foram 100 ataques e 23 apreensões de materiais suspeitos, totalizando 123 ocorrências. No total, dois suspeitos foram mortos, 57 presos e 18 adolescentes apreendidos. O nível crítico da Segurança Pública do Estado catarinense exigiu que o Ministério da Justiça determinasse auxílio da Força Nacional de Segurança<sup>87</sup>.

No Mato Grosso do Sul, vivendo sob ameaças, o juiz Odilon de Oliveira, responsável pela condenação de diversos perigosos traficantes de drogas brasileiros e estrangeiros, entre eles “Fernandinho Beira Mar”. O magistrado foi responsável por confiscar 80 fazendas, 75 imóveis, aviões, centenas de automóveis, embarcações e dinheiro do crime organizado<sup>88</sup>.

Em “O Narcotráfico”, lançado em 2000, Mário Magalhães já destacava como eram – e ainda são – absolutamente cerceados os direitos de ir e vir e de habitação em uma comunidade comandada pelas organizações criminosas que comercializam ilícitamente drogas:

---

86 TJSP, Apelação n. 0408108-07.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCOS WILLIANS HERBAS CAMACHO e apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 5ª Câmara Criminal, Rel. José Damião Pinheiro Machado Cogan, j. em 11/04/13.

87 Disponível em: <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/10/numero-de-atentados-chega-100-em-santa-catarina.html>.

88 Disponível em: <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/juiz-mais-ameacado-do-pais-tem-escolta-de-dez-agentes-federais-e-posto-policial-em-casa-20110813.html>; <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2011/08/juiz-de-ms-e-o-unico-do-pais-receber-protacao-permanente-diz-ajufe.html>.

Numa típica favela carioca, quem se nega a esconder drogas ou um traficante foragido multiplica as chances de morrer. Não há escolha. O “movimento” decide quem tem direito a ali morar e expulsa indesejáveis. Às vezes, mata sumariamente.

Nos morros, inviabiliza a melhoria das ruas. Para evitar o acesso de camburões policiais, impede a construção do caminho que abriria passagem a ambulâncias. Da abertura de um bar à promoção de uma festa junina, a palavra final é do tráfico e seus homens armados com fuzis AR-15, M16 (ambos de fabricação norte-americana), AK-47 (russo, chinês e norte-coreano) e Sig Sauer (suíço), submetralhadoras Uzi (israelense) e produtos nacionais como o FAL (Fuzil Automático Leve), de uso exclusivo das Forças Armadas.<sup>89</sup>

Tim Lopes, jornalista investigativo da Rede Globo, infelizmente sentiu com sua vida tal cerceamento.

Conquanto não fosse necessário, Walter Maierovitch, em sua obra “Na linha de frente pela cidadania: a criminalidade dos potentes”, traz registro sobre o caso:

O governo Fernando Henrique Cardoso insistia em ignorar a presença de associações especiais delinqüenciais no País, ou seja, de máfias brasileiras. Aquelas associações que conseguem o controle social, além o governo de territórios, chegando a julgar sumariamente seus moradores e as pessoas desautorizadas a ingressar ou permanecer nessas áreas. O cantor Belo conseguiu, pelo revelado em interceptação telefônica divulgada, obter visto de entrada nesses espaços físicos controlados. Já o corajoso Tim Lopes, da Rede Globo, era um indesejado “imigrante clandestino” na Vila Cruzeiro, no bairro carioca da Penha.

Essas organizações criminosas contam com o poder de intimidação difundido na população. Impõem a lei do silêncio e se aproveitam do fato de ninguém mais acreditar no Estado e no poder de polícia de suas autoridades.<sup>90</sup>

---

89 MAGALHÃES, Mario. *O Narcotráfico*. São Paulo: Publifolha, 2000. p. 15-16.

90 MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. *Na linha de frente pela cidadania: a criminalidade dos potentes*. São Paulo: Michael, 2008. p. 69.

A morte de Tim Lopes confirma o rastro sanguinário e violento que acompanha o tráfico de drogas e as organizações criminosas que o comandam, situação que, como acima destacado, não é exclusiva do Rio de Janeiro.

Em 2001, Tim Lopes recebeu os Prêmios Esso de Telejornalismo e Líbero Badaró, com a série “Feira das drogas”, na qual denunciava a ação de traficantes, livre de qualquer repressão, nas favelas da Grota, da Rocinha e da Mangueira e em ruas da Zona Sul.

Foi assassinado em 2002 com um golpe de espada (acredita-se que samurai), desferido pelo líder do tráfico de drogas que comandava o Complexo do Alemão, Elias Pereira da Silva, conhecido como “Elias Maluco”. Os traficantes desconfiaram da bolsa na cintura que o jornalista carregava, onde ele escondia uma microcâmera. Após ser identificado e capturado pelos traficantes da favela Vila Cruzeiro, Tim Lopes foi por eles torturado antes de ser cruelmente assassinado. De acordo com as investigações, o jornalista teria sido submetido a um julgamento liderado por Elias Maluco e outros três traficantes. Um deles já era procurado da Justiça, pois tinha prisão preventiva contra ele decretada por crime de tráfico de drogas havia mais de ano; o segundo era investigado pelo envolvimento no tráfico e o terceiro envolvido era um adolescente de 16 anos. Tim Lopes investigava e preparava uma reportagem sobre baile funk na Vila Cruzeiro, no qual sabia haver a venda de drogas e shows de sexo explícito envolvendo adolescentes, que estariam sendo possivelmente exploradas sexualmente<sup>91</sup>.

Tim Lopes foi sequestrado, torturado, julgado e executado pelos traficantes. Seu corpo ainda foi queimado e carbonizado, numa fogueira de pneus, conhecida no submundo criminoso como “micro-ondas”. Somente após exame de DNA que foi confirmado que os restos mortais encontrados num cemitério clandestino, no alto da favela, eram mesmo do jornalista. Elias Maluco foi condenado a 28 anos e seis meses de reclusão<sup>92</sup>.

---

91 Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,reporter-foi-capturado-torturado-e-morto-por-trafficantes,20020609p17850>.

92 Disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/rio-de-historias/tim-lopes-torturado-assassina-do-por-trafficantes-na-vila-cruzeiro-8903694>.

De se ver que o crime de tráfico de drogas traz em seu âmago uma gama de situações de violência que não podem ser consideradas irrelevantes.

Apesar de atualmente comuns decisões que afastam a gravidade ou periculosidade do comércio ilícito de drogas, impondo aos seus autores penas mais brandas, substituindo penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos<sup>93</sup>, com fixação de regime prisional aberto, referida diretriz jurídica comporta violação da matriz constitucional que trata do tema e que impede a proteção penal deficiente em casos nos quais o próprio legislador constituinte considerou graves tais espécies delitivas, como é o caso dos crimes de tráfico de drogas, tortura, terrorismo e demais crimes hediondos.

Concluída a análise dos aspectos fáticos relativos ao tráfico de drogas e suas respectivas consequências, serão adiante abordados os aspectos jurídicos que subsidiam entendimento contrário ao lançado pelo STF.

### A Constituição Federal e a vedação à proteção penal insuficiente

Em seus estudos, Ingo Sarlet aponta para a convergência doutrinária e jurisprudencial quanto à dupla face do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal e sua relação com os Direitos Fundamentais, ou seja, a proibição de excesso e de insuficiência.

Em relação à primeira vertente, é evidente que o garantismo penal possui base no princípio da proporcionalidade, a fim de evitar excessos como aqueles que marcaram a história do Direito Penal na Alemanha nazista, com condenações de milhares de judeus a penas de morte e internação em campos de concentração.

Por outro lado, igualmente inegável é o fato de que o alcance dos direitos fundamentais não é o de simples garantia de direitos subjetivos à cidadania, pois como bem salienta Sarlet “constituem

---

93 v. STF, HC 97256.

decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”<sup>94</sup>.

De há muito, o próprio STF vem reconhecendo essa dupla concepção.

Ao julgar o HC n. 104.410 impetrado pela Defensoria Pública da União para ver reconhecida como atípica a conduta de porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, o STF entendeu que:

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

Em outro trecho, o Min. Relator, Gilmar Mendes destaca em julgado de 2012 que:

Tal concepção legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).<sup>95</sup>

---

94 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 159.

95 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed. Heidelberg, 1988. p. 155-156.

Destaca-se que o próprio STF admite e já reconheceu a vedação à proteção penal insuficiente em situação extraída da Lei Maria da Penha, como se em seguida.

### O exemplo positivo da construção penal protetiva da mulher

A Lei n. 11.340, conhecida como “Lei Maria da Penha”, promulgada em 2006 foi inicialmente aprovada com dispositivo que condicionava à representação as ações penais em crimes de lesão corporal.

Dispunha referido artigo que:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

No entanto, no julgamento da ADI n. 4.424/12-DF o STF expressou a clara necessidade de vedação de proteção penal insuficiente, conferindo interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei n. 11.340/2006 e assentou a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico.

Vale o destaque para duas passagens do julgado de 2012, cujo Relator foi o Min. Marco Aurélio:

A proteção à mulher esvaziar-se-ia, portanto, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, pudesse ela, depois de acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade, fazendo-o antes de recebida a denúncia.

Eis um caso a exigir que se **parta do princípio da realidade, do que ocorre no dia a dia quanto a violência doméstica, mais precisamente a violência praticada contra a mulher.** Os dados

estatísticos são alarmantes. Na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher, agredida, a um só tempo, física e moralmente, acaba, talvez ante óptica assentada na esperança, por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem a implementá-la. (grifo nosso).

Em suma, o STF decidiu que, apesar de o legislador ordinário aprovar norma penal que condicionava à representação a ação penal por lesão corporal cometida contra a mulher, tal norma penal era desprotetiva e, portanto, deveria ser (re)interpretada, com o reconhecimento concreto pelo STF de que não deveria ter aplicação.

Lênio Streck segue a mesma orientação:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.<sup>96</sup>

Portanto, breve digressão jurídica conduz à conclusão de que tanto doutrina quanto jurisprudência reconhecem o princípio da proteção penal ou vedação à proteção penal insuficiente/deficiente, justamente a outra face do princípio da proporcionalidade, e que não foi observado pelo próprio STF no julgamento do HC n. 118533, isso porque ao *afastar a hediondez* da espécie delitiva prevista no artigo

---

96 STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, p. 180.

33, da Lei n. 11.343/06, a Suprema Corte brasileira violou tal vedação à proteção penal insuficiente outrora já por ela mesma reconhecida.

Resta, por fim, a apresentação dos fundamentos jurídicos contrários à decisão proferida.

### O STF e a criação de inexistente espécie delitiva: “tráfico de drogas não hediondo”

Passada a análise fática contextual que envolve o tráfico de drogas no Brasil e no mundo, impossível não se concluir pela ineficiência estatal no seu combate, tornando absoluto contrassenso compensá-la com liberalismo e, por que não, com laximo penal.

Do ponto de vista jurídico, fundamental assentar que a decisão do STF não viola somente texto de lei federal, mas disposição constitucional. É dela que advém a determinação da gravidade do tráfico de drogas, colocando-o no mesmo patamar dos crimes hediondos, assim devendo ser tratado e interpretado.

Assim dispõe o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Ora, foi o legislador constituinte que definiu a gravidade do tráfico de drogas, a ele conferindo mesma categoria que os crimes hediondos.

É o que defende Nucci:

Fundamento constitucional: o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, dispõe que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.” Esse dispositivo constitucional pode ser avaliado sob dois prismas: extensivo e restritivo. Na ótica extensiva,

vislumbra-se que o constituinte, ao inserir no título dos direitos e garantias fundamentais, uma expressa recomendação para que a lei considere determinados tipos de delitos mais graves, tratando-os com maior rigor, teve a preocupação de salvaguardar com evidente zelo certos bens jurídicos, como a vida, a saúde pública, a dignidade humana e sexual, entre outros.<sup>97</sup>

A decisão do STF cria inexistente espécie delitiva: a do tráfico de drogas “não hediondo” e aplica o tão criticado direito penal do autor para definir se um crime é ou não hediondo.

A decisão se afasta do rigor técnico penal e contém evidente caráter político, visando permitir o esvaziamento de prisões.

Não bastasse desconsiderar todos os males que a sociedade sofre em decorrência do tráfico de drogas como alhures detalhadamente exposto, a decisão do STF privilegia e busca conferir benefícios a uma espécie criminosa que a Constituição Federal considerou absolutamente grave e perigosa, criando outra não prevista no ordenamento pátrio: uma distinção entre traficante reincidente (nesse caso presente a hediondez) e traficante primário (nesse caso ausente a hediondez).

Contudo, a hediondez do crime de tráfico de drogas não decorre apenas de todas as características fáticas acima delineadas, mas sim e, o mais importante, de previsão constitucional.

A disposição do artigo 1º, da Lei n. 8.072/90 deixa claro que foi o legislador constitucional e não o ordinário que dispôs sobre a gravidade e hediondez do tráfico de drogas, porquanto não contido no rol infraconstitucional, reforçando o fundamento anteriormente apontado:

Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994)

---

97 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 424.

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1o e 2o); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998).

Mesmo que se discorde do ponto de vista acima apresentado – da equiparação constitucional do tráfico de drogas aos crimes hediondos – ainda assim estaria o STF violando a legislação federal vigente, pois não é “o caso concreto” (casuística) ou as “características do agente” que definem a hediondez de determinado crime (justamente a razão de discrimen levada a cabo pela Corte), mas sim a Constituição Federal e a legislação federal vigentes, diga-se, de forma previamente estabelecida no plano normativo.

O pior é que a desqualificação da gravidade do crime de tráfico de drogas tem sido promovida pelo próprio STF. Foi o órgão que, em 2006 decidiu pela inconstitucionalidade do regime integral fechado para o cumprimento das penas de tal espécie delitiva, quando do julgamento do HC n. 82.959, cujo Relator foi o Min. Marco Aurélio.

A fim de minimizar as consequências da decisão do STF proferida em 2006, o Poder Legislativo aprovou a Lei Federal n. 11.464/06 que dispõe:

Art. 1º O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2º (...)

(...)

II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

E agora, o efeito da decisão judicial do STF é dos mais devastadores, isso porque a partir de agora o Poder Judiciário enfrentará milhares de pedidos judiciais de benefícios formulados pelos defensores de outros réus em situações semelhantes.

A decisão do STF permitirá o reconhecimento de que o traficante primário não pratica crime hediondo, com possibilidade de progressão de regime, desde que cumprida apenas 1/6 de sua pena e não mais 2/5 como previsto na lei ordinária acima indicada.

De ressaltar que se o parâmetro para reconhecer o “novo crime de tráfico de drogas não hediondo” foi de um caso no qual o condenado tinha quase 1 tonelada de drogas, absolutamente lícito concluir que qualquer quantidade inferior permitirá aos defensores pleitearem a adoção da mesma interpretação.

Felizmente a decisão foi proferida em caso individual, de modo que não poderá gerar efeitos *erga omnes*, pois não houve julgamento de caso relativo a controle concentrado de constitucionalidade.

Não é só. A análise do *discrimen* utilizado evidencia o afastamento da decisão da ciência penal vigente.

Dispõe o artigo 63, do Código Penal:

### Reincidência

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Vê-se que a reincidência é instituto que atinge todo e qualquer agente que comete novo crime depois de já ter sido condenado por crime anterior.

Portanto, não poderia o STF utilizar o critério – primário (não reincidente) – para afastar do crime de tráfico de drogas sua hediondez. À evidência, não há rigor científico na decisão proferida.

Por todos os fundamentos fático-jurídicos acima delineados, lamenta-se profundamente o equívoco levado a efeito pelo STF na decisão proferida no caso em comento.

### Conclusões

Após a análise dos números e fatos acima explanados, é possível formular a seguinte questão: quem será beneficiado com decisões judiciais como essa do STF? A sociedade representada pelas pessoas que trabalham honestamente ou as organizações criminosas que exploram o tráfico de drogas? A resposta parece simples.

Portanto, os fatos e o Direito relacionados ao tema permitem a conclusão de que o tráfico de drogas:

- a) se desenvolve por meio de organizações criminosas estruturadas e que se beneficiam com a exploração dessa atividade, movimentando lucros bilionários e que fizeram o Brasil ocupar o 2o lugar no ranking mundial de consumo de cocaína.
- b) é crime intimamente associado e fomentador do tráfico e porte de armas de fogo, afetando diretamente o direito constitucional à segurança pública.
- c) promove e fomenta a disputa por pontos de venda entre organizações criminosas que praticam homicídios em todos

- os municípios brasileiros (pequenos, médios e grandes) – elevando as taxas de violência no país.
- d) afasta crianças e adolescentes da Escola, fator de elevação das taxas de evasão escolar, prejudicando e afetando diretamente o sistema de educação brasileiro.
  - e) atinge a saúde mental dos usuários; provoca a dependência química em número indeterminado de pessoas; afeta diretamente a saúde de gestantes e recém-nascidos (“filhos do crack”); promove o desenvolvimento de psicoses, esquizofrenias, déficits cognitivos e de atenção, aumento da sífilis em usuários que vivem nas ruas; além de prejudicar toda a família do usuário/dependente, que reconhecidamente passa a sofrer de patologias tais como a depressão e outros transtornos correlatos.
  - f) é forte fator propulsor da violência intrafamiliar contra mulheres e familiares vulneráveis.
  - g) fomenta a prática de exploração sexual em troca de drogas para uso próprio, em todas as faixas etárias (de crianças a adultos).
  - h) efetiva a criação de dívidas de usuários que dilapidam seus patrimônios e passam a viver nas ruas em situação de absoluta indignidade e isolamento social.
  - i) fomenta a criação de “Cracolândias” em todo o Brasil, zonas de evidente exclusão e risco social.
  - j) atinge os direitos constitucionais à habitação e livre locomoção no território brasileiro (porque nas comunidades afetadas pelo tráfico de drogas não se permite a livre disponibilidade de moradia e convívio, além de se verem os cidadãos honestos e trabalhadores obrigados a obedecer leis de silêncio, “toques de recolher”, armazenar drogas para as organizações criminosas, esconder foragidos da Justiça, tudo sob pena de morte);
  - k) é crime hediondo, conforme previsão constitucional.

Conclui-se ainda que a decisão do STF proferida no HC n. 118533:

- a) é inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade ou do princípio da proibição da proteção penal insuficiente.
- b) não foi baseada rigor técnico-científico, pois utiliza como fator de *discrimen* “a primariedade do agente”, hipótese que não serve para afastamento da hediondez de nenhum delito no Direito Penal brasileiro.
- c) recria o “Direito Penal do Autor” – teoria de há muito abolida no Direito Penal em todo o mundo.
- d) promove a criação de figura jurídica inexistente no ordenamento: a do tráfico de drogas “não hediondo” em razão da primariedade.
- e) não gera efeitos *erga omnes* (para todos os demais casos) por se tratar de decisão proferida em caso individual.

Por fim, conclui-se que o crime de tráfico de drogas representa uma das maiores chagas que atinge os sistemas de segurança pública, de saúde, serviços sociais e educação em qualquer Município brasileiro, razão pela qual o STF proferiu decisão inconstitucional e absolutamente prejudicial, pelos motivos expostos, à sociedade brasileira.

Afinal, o pior flagelo do Direito Penal é a impunidade ou a insuficiência da punição, pois o criminoso não sente e a sociedade não vê.

## Referências

ASSELIN, W. M. Cocaine, Crack, Ice and Cannabis: Pharmacological effects, dosage forms and recent trends in abuse. *The Advocate (Vancouver Bar Association)*, Vancouver, vol. 48, Parte I, p. 533-536, jan. 1990. Tradução Livre.

BATISTA, Nilo. “Política criminal com derramamento de Sangue”. *Revista*

*Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, n.º 20, p. 129, outubro-dezembro de 1997.

DE CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

EVANS, Michael A. Metabolic Disposition and Toxicity of Cocaine. *Medicine and Law: an international journal*, New York, vol. 3, p. 89-104, spring 1989. Tradução livre.

GENTIL, Valentim. *Maconha: proibição e uso: descriminalizar, legalizar, regulamentar, promover, prevenir?* Disponível em: [http://www.uniad.org.br/images/stories/pdf/Dr\\_Valentin\\_Gentil.pdf](http://www.uniad.org.br/images/stories/pdf/Dr_Valentin_Gentil.pdf).

HESSE, Konrad. *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed. Heidelberg, 1988.

LARANJEIRA, Ronaldo. Legalização de drogas e a saúde pública: Drugs legalization and public health, *Ciência & Saúde Coletiva, Ciênc. saúde coletiva*, v. 15, n. 3, Rio de Janeiro, may 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232010000300002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000300002)

MAGALHÃES, Mario. *O Narcotráfico*. São Paulo: Publifolha, 2000.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. *Na linha de frente pela cidadania: a criminalidade dos potentes*. São Paulo: Michael, 2008.

MOREIRA, Márcio Mariano; MITSUHIRO, Sandro Sendin; RIBEIRO, Marcelo. O consumo de crack durante a gestação. In: *O Tratamento do usuário de crack*. Marcelo Ribeiro e Ronaldo Laranjeira (Org.). São Paulo: Artmed, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

RIBEIRO, Marcelo; LIMA, Luciana Pires de. Mortalidade entre usuários de crack. In: *O Tratamento do usuário de crack*. Marcelo Ribeiro e Ronaldo Laranjeira (Orgs.). São Paulo: Artmed, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAVIANO, Roberto. *Gomorra*. 6. ed. Elaine Niccolai (Trad.). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

SMITH, Jo Durden. *A história da máfia*. São Paulo: M. Books, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, p. 180.

### Sites e portais consultados

<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/como-ficaram-as-penas-dos-condenados-no-mensalao/>

[http://brasil.elpais.com/brasil/2014/02/07/politica/1391769715\\_190054.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2014/02/07/politica/1391769715_190054.html)

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/entenda-o-caso-cesare-battisti.html>

<http://rederecord.r7.com/video/fazenda-do-sertao-de-minas-gerais-serviu-de-esconderijo-para-mafioso-italiano-52a91fac596f998cfd009625/>

<http://noticias.terra.com.br/retrospectiva2007/interna/0,,OI2121900-EI10676,00.html>

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-07-15/traficante-da-quadrilha-internacional-de-juan-carlos-abadia-e-presos-em-sp.html>

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1634300-brasil-e-um-pais-atraente-para-os-mafiosos-fugitivos-diz-especialista.shtml>

<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2016/04/pf-em-sp-prende-traficante-procurado-na-colombia-e-nos-eua.html>

<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/31314/+carta+wachter+afirma+que+nazistas+entravam+no+brasil+sem+passaporte.shtml>

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1634300-brasil-e-um-pais-atraente-para-os-mafiosos-fugitivos-diz-especialista.shtml>

[http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/21/politica/1411333264\\_428018.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/21/politica/1411333264_428018.html)

<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2015/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-de-2015--o-uso-de-drogas-e-estavel--mas-o-acesso-ao-tratamento-da-dependencia-e-do-hiv-ainda-e-baixo.html>

<http://www.state.gov/documents/organization/222880.pdf>

<http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/drogas>

<http://www.ssp.sp.gov.br/noticia/lenoticia.aspx?id=35591>

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/08/1324683-triplica-parcela-de-jovens-internados-por-trafico.shtml>; <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/08/1324683-triplica-parcela-de-jovens-internados-por-trafico.shtml>; <http://portal.aprendiz.uol.com.br/arquivo/2011/09/02/numero-de-internos-de-ate-14-anos-cresce-em-sp/>

<http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/maior-pesquisa-sobre-crack-j%C3%A1-feita-no-mundo-mostra-o-perfil-do-consumo-no-brasil>

<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2016/05/profissao-reporter-mostra-o-aumento-no-numero-de-casos-de-sifilis-no-pais.html>

<http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/maior-pesquisa-sobre-crack-j%C3%A1-feita-no-mundo-mostra-o-perfil-do-consumo-no-brasil>

<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/jairo-bouer/noticia/2014/03/novas-drogas-bnovos-perigosb.html>

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/10/1533238-estudante-encontrado-morto-usou-droga-e-se-afogou-na-usp-diz-laudo.shtml>

[https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/Upload/201104%20-%20agosto/pdf/em%20discuss%C3%A3o!\\_agosto\\_2011\\_internet.pdf](https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/Upload/201104%20-%20agosto/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_agosto_2011_internet.pdf)

<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-ja-tem-pelo-menos-29-grandes-cracolandias-dispersas-por-17-capitais,809340>

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/03/1597235-cracolandias-crescem-fora-do-centro-de-sp-e-viram-favelinhas.shtml>

<http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/maior-pesquisa-sobre-crack-ja-feita-no-mundo-mostra-o-perfil-do-consumo-no-brasil>

<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/10/trafico-de-droga-cifras-astronomicas-apreensoes-minimas-segundo-a-onu.html>

<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/10/trafico-de-droga-cifras-astronomicas-apreensoes-minimas-segundo-a-onu.html>

<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/abadia-escondeu-70-milhoes-de-euros-em-picape-diz-trafficante-bf9khfcpkoyfbesu9otayfxvy>

<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,trafficante-tem-fortuna-avaliada-em-r-3-4-bilhoes,30845>

<https://noticias.terra.com.br/brasil/policia/bens-de-luxo-apreendidos-e-encostados-passam-de-r-1-bi,47981054a250b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>

<http://www.folhapolitica.org/2014/02/trafico-de-drogas-fatura-r-14-bilhao.html>

<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/lucro-com-a-maconha-ultrapassa-os-1-500-em-favelas-do-rio-20101227.html>

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/e+drogas+e+armas+trafico+p+erde+pelo+menos+r+28+milhoes/n1237842850541.html>

<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,pcc-ficou-com-maior-parte-de-r-138-mi-roubados-de-transportadoras-de-valores,10000062121>

[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_constitucional/artigo-que-criminaliza-porte-de-drogas-para-uso-pessoal-e-constitucional-diz-pgr](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/artigo-que-criminaliza-porte-de-drogas-para-uso-pessoal-e-constitucional-diz-pgr)

<http://acervo.estadao.com.br/noticias/acervo,fuga-de-escadinha-causou-surpresa-pela-audacia,9795,0.htm>

<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/trafico-counta-com-estrutura-empresarial-para-gerir-seus-negocios-20101222.html>

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/7/18/cotidiano/31.html>

<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,policia-federal-prende-trafficante-internacional,20020517p17319>

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u64784.shtml>

<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,chefes-do-pcc-comandam-traffic-a-partir-dos-estados-unidos-e-do-paraguai,1529226>

<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/06/trafficante-do-paraguai-e-morto-em-emboscada-na-fronteira-com-brasil.html>

<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/confronto-de-quadrilhas-termina-com-morte-de-trafficante-no-paraguai.html>

<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2016/06/video-mostra-execucao-de-trafficante-com-metralhadora-no-paraguai.html>

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2211200025.htm>

<http://veja.abril.com.br/brasil/trafficantes-fecham-comercio-e-escolas-no-complexo-do-alemao/>

<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/05/mata-escura-tem-toque-de-recolher-apos-morte-de-trafficante-diz-pm.html>

<http://gaucha.clicrbs.com.br/rs/noticia-aberta/toque-de-recolher-dos-trafficantes-se-acentudou-este-ano-diz-promotora-126124.html>

<http://noticias.r7.com/fala-brasil/videos/traficantes-determinam-toque-de-recolher-e-fecham-escolas-em-porto-alegre-17102015>

<http://www.otempo.com.br/cidades/bandidos-ordenam-toque-de-recolher-ap%C3%B3s-morte-de-traficante-em-bh-1.1274894>

[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/20/internacional/1463769850\\_041094.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/20/internacional/1463769850_041094.html)

<http://latinamericanhistory.about.com/od/20thcenturylatinamerica/a/bioescobar.htm>

<http://noticias.r7.com/internacional/fotos/poderoso-chefao-conheca-a-vida-de-pablo-escobar-o-maior-traficante-da-colombia-03122013?foto=10#!/foto/1>

[http://www.huffingtonpost.com/seth-ferranti/the-worlds-baddest-gangst\\_b\\_10383326.html](http://www.huffingtonpost.com/seth-ferranti/the-worlds-baddest-gangst_b_10383326.html)

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u66168.shtml>

<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/04/justica-mantem-condenacao-de-marcola-por-morte-de-juiz-em-sp.html>

<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,veja-a-cronologia-dos-ataques-do-pcc-em-2006,1732401>

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u53665.shtml>

<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/10/numero-de-atentados-chega-100-em-santa-catarina.html>

<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/juiz-mais-ameacado-do-pais-tem-escolta-de-dez-agentes-federais-e-posto-policia-em-casa-20110813.html>;

<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2011/08/juiz-de-ms-e-o-unico-do-pais-receber-protacao-permanente-diz-ajufe.html>;

<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,reporter-foi-capturado-torturado-e-morto-por-trafficantes,20020609p17850>

<http://acervo.oglobo.globo.com/rio-de-historias/tim-lopes-torturado-assassinado-por-trafficantes-na-vila-cruzeiro-8903694>

# Instauração de inquérito civil público por promotor em face do juiz: legalidade e limites

*Establishment of public civil inquiry by prosecutor in the face of the judge: legality and limits*

Jamilson Haddad Campos<sup>1</sup>

## RESUMO

O Inquérito Civil tem o escopo de colher elementos probatórios mínimos para a instauração de Ação Civil Pública, sendo presidido pelo Ministério Público, inclusive para apuração de atos contra membros do Poder Judiciário, os quais não gozam de prerrogativa de foro, inclusive por declaração expressa do STF. À luz do sistema acusatório adotado e da Constituição Federal, a fase investigativa deve ser supervisionada judicialmente, posto que as eventuais arbitrariedades detectadas desafiam as ações constitucionais de Mandado de Segurança e Habeas Corpus.

## PALAVRAS-CHAVE

Inquérito civil; prerrogativa; Poder Judiciário.

---

1 Bacharel em direito na Universidade de Cuiabá (foi orador da turma); doutorando em direito na Universidade Católica de Santa Fé na Argentina; Diretor Cultural do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) do Mato Grosso; Coordenador Estadual da Escola Nacional da Magistratura – AMB; Representante da Região Centro Oeste no FONAVID – Fórum Nacional de Violência Doméstica; Representante do Comitê Estadual de Enfrentamento à Violência e Exploração Sexual contra Criança e Adolescente; Pós-graduado em MBA – Poder Judiciário – Fundação Getúlio Vargas; Curso de Extensão na Itália pela UNIFCRI das Nações Unidas em Human Rights and Correctional Systems (Direitos Humanos e Sistema Correccional); Professor de Ética e Estatuto Jurídico da Magistratura Nacional, da Escola da Magistratura Mato-Grossense (EMAM); Professor de Ética do Curso de Pós-graduação Legus Cursos; Foi professor de Direito Constitucional da Uned (Universidade de Diamantino); Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal – Universidade Estácio de Sá; Pós-graduado em Direito Civil e do Consumidor – Universidade Gama Filho; Coautor do livro *Sistema de Justiça, Direitos Humanos e Violência no Âmbito Familiar* – Editora Juruá; Artigo jurídico publicado na revista *Amamjus – A boa-fé e a nova teoria contratual*; vários cursos realizados pela Fundação Getúlio Vargas em convênio com a ESMAGIS – MT; Curso de Constelação Familiar Bert Hellinger.

## ABSTRACT

*The Civil Survey has the scope to collect evidence minimum for the establishment of a Public Civil Action, which is chaired by the prosecution, including for investigation of acts against the judiciary members, who do not enjoy jurisdiction prerogative, including by declaration expressed the STF. In light of the adversarial system adopted and the Federal Constitution, the investigative phase should be supervised court, even because any arbitrariness detected challenge the constitutional actions Writ of Habeas Corpus and Security.*

## KEYWORDS

*Civil investigation; prerogative; Judicial Power.*

## Introdução

O Ministério Público tem como uma de suas funções institucionais a de promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129 da CF).

O Inquérito Civil funciona como um procedimento de natureza administrativa, de caráter pré-processual, não obrigatório, presidido pelo representante do Ministério Público, que se destina à colheita de elementos prévios e indispensáveis ao exercício da Ação Civil Pública.

Sobre tema o STF já se manifestou: “O Inquérito Civil é procedimento pré-processual que se insere na esfera do direito processual civil com procedimento à semelhança do que se sucede com relação ao Inquérito Policial em face do direito processual penal.” (ADI-MC nº 1.285/SP, Ministro Joaquim Barbosa).

A Lei nº 7.347/85 dispõe em seu art. 8º, §1º, que o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, Inquérito Civil, ou requisitar, de qualquer órgão público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

A fim de regulamentar a matéria e evitar arbitrariedades, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso, por meio da

Resolução nº 001/2001 do Conselho Superior, estabeleceu o prazo de 90 (noventa) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, para conclusão do inquérito civil, o qual não é peremptório, segundo entendimento do STJ.

A propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL - CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL - INSTAURAÇÃO DE PROCESSO CRIMINAL COM BASE EM INQUÉRITO CIVIL - POSSIBILIDADE - EXCESSO DE PRAZO - IRREGULARIDADE QUE NÃO CONTAMINA A AÇÃO PENAL - INQUÉRITO CIVIL PRESIDIDO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA - POSSIBILIDADE - EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP - CRIME DE QUADRILHA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - DELITOS DE PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO - INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE - DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE. 1. Mostra-se cabível o oferecimento de denúncia com escólio em inquérito civil público. Precedentes. 2. **O prazo previsto na Resolução nº 001/2001 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso não é peremptório.** 3. O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso delegou a 02 (dois) Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio e da Promotoria Civil de Cuiabá/MT a atribuição para promover investigações tendentes a apurar o suposto desvio de dinheiro das contas da AL/MT. Ausência de irregularidade. 4. (...). (STJ - APn: 524 MT 2008/0072762-7, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 17/04/2013, CE - CORTE ESPECIAL)

Nessa ordem de ideias, temos que o Inquérito Civil tem como função possibilitar a obtenção de dados e elementos visando instruir eventual Ação Civil Pública, bem como evitar o ajuizamento de demandas sem qualquer embasamento fático ou jurídico, se destinando à área cível, atuando o Ministério Público tanto para presidir as investigações, como para controlar e determinar seu arquivamento, caso em que haverá remessa obrigatória para o Conselho Superior do Ministério Público.

## Da Possibilidade de aplicação das investigações no Inquérito Civil Público para posterior oferecimento de Denúncia na esfera criminal

Inobstante o Inquérito Civil não estar direcionado a investigações criminais, não existe impedimento para que o Ministério Público ofereça denúncia com amparo em tais elementos, por conta da desnecessidade de prévia instauração de inquérito policial para oferecimento da inicial acusatória<sup>2</sup>.

Nesse contexto, se for o caso de infração penal praticada por juiz, e no curso da investigação houver indício de prática de crime, a autoridade policial, civil ou militar, conforme o caso, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão competente para julgamento, a depender do regimento interno de cada Estado, a fim de que prossiga na investigação, conforme previsão da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar nº 35/1979, art. 33, parágrafo único.

Com relação ao referido dispositivo legal existe entendimento à luz da Constituição Federal de que, de acordo com o sistema acusatório adotado na fase investigativa, o magistrado deve permanecer como garante, devendo apenas intervir nas investigações para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias fundamentais das partes ou para resguardar a efetividade da função jurisdicional.

Nessa linha de raciocínio, não se poderia querer atribuir ao próprio Tribunal de Justiça ou órgão competente que irá julgar o magistrado, a tarefa de investigar infrações penais por ele supostamente praticadas, sob pena de violação à imparcialidade e ao devido processo legal.

Assim, em tais situações o Tribunal de Justiça deve atuar em atividade de supervisão judicial durante toda a tramitação das investigações, no que tange inclusive à montagem do acervo probatório e as providências acautelatórias, contudo, sem exteriorizar nenhum juízo de valor sobre os fatos e questões de direito nessa fase

---

2 Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 151.

preliminar investigativa, que impeça de proceder com imparcialidade no curso da ação penal<sup>3</sup>.

### Da Legalidade e Competência do Ministério Público para instauração do Inquérito Civil Público e para propositura da Ação Civil Pública por ato praticado por Membro do Poder Judiciário

Conforme já mencionado, o Ministério Público é parte legítima para promoção do Inquérito Civil e para propositura da Ação Civil Pública, nos moldes do previsto no art. 129, III, da CF/88, especialmente ao se considerar que a Administração Judiciária proba e voltada ao bem comum são interesses afetos a toda a coletividade e, portanto, difundidos por número indeterminado de pessoas, fato que legitima a atuação ministerial, com a finalidade ver aplicadas ao agente ímprobo as sanções da Lei n.º 8429/92.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MAGISTRADOS. AGENTES POLÍTICOS VS. AGENTES NÃO POLÍTICOS. DICOTOMIA IRRELEVANTE PARA A ESPÉCIE. COMPATIBILIDADE ENTRE REGIME ESPECIAL DE RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONCEITO ABRANGENTE DO ART. 2º DA LEI N. 8.429/92. 1. **Sejam considerados agentes comuns, sejam considera dos agentes políticos, a Lei n. 8.429/92 é plenamente incidente em face de magistrados por atos alegadamente ímprobos que tenham sido cometidos em razão do exercício de seu mister legal.** 2. Em primeiro lugar porque, admitindo tratar-se de agentes políticos, esta Corte Superior firmou seu entendimento pela possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face dos mesmos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as

---

3 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 153 e 154.

sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente. Precedente. 3. Em segundo lugar porque, admitindo tratar-se de agentes não políticos, o conceito de “agente público” previsto no art. 2º da Lei n. 8.429/92 é amplo o suficiente para albergar os magistrados, especialmente, se, no exercício da função judicante, eles praticarem condutas enquadráveis, em tese, pelos arts. 9º, 10 e 11 daquele diploma normativo. 4. **Despiciendo, portanto, adentrar, aqui, longa controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do enquadramento de juízes como agentes políticos, pois, na espécie, esta discussão demonstra-se irrelevante.** 5. Recurso especial provido. Embargos de declaração de fls. 436/438 (e-STJ) prejudicados. (STJ, RESP 200900430507, Ministro Mauro Campbell Marques – 2ª Turma, j. 15/10/2010).

Nessa linha de pensar, entende-se que o magistrado, como agente público em sentido amplo, se sujeita ao regime de responsabilidade administrativa frente aos princípios constitucionais previstos no art. 37 da CF/88, inclusive por atos de improbidade administrativa no exercício da função pública<sup>4</sup>.

Ainda, importante ressaltar que, nesses casos, o juízo de primeira instância (foro do local onde ocorrer o dano – art. 2º da Lei nº 7.347/85) será competente para julgamento da Ação Civil Pública, uma vez que inexistente foro por prerrogativa de função em ação cujo objeto é a imposição de sanções por ato de improbidade administrativa, ainda que o réu seja magistrado.

Sobre o tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA MAGISTRADO – PEDIDO DE PERDA DA FUNÇÃO – COMPETÊNCIA – JUIZ DE 1º GRAU – INEXISTÊNCIA DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. RECURSO PROVIDO. **A competência para processar e julgar a ação civil de improbidade administrativa contra magistrado, ainda que haja pedido de**

---

4 Nesse sentido: TRF - 3ª Região, Agravo de Instrumento nº 0083445-47.2007.4.03.0000/SP, Relator: Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos - Publicado em 10/08/2010 - Origem: 2006.61.23.001850-9 1 Vara Bragança Paulista/SP)

**perda da função pública, é do juízo de 1ª instância, pois não lhe alcança o foro privilegiado por prerrogativa de função estabelecido constitucionalmente para os crimes comuns e de responsabilidade.** (TJMT, 1ª Câm. Cível, Agravo de Instrumento nº 73580/2007 – Comarca de Tangará da Serra - Número do Protocolo: 73580/2008 Data de Julgamento: 31-03-2008 – Relator: Dr. José M. Bianchini Fernandes (convocado) - Decisão: POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO).

Com efeito, com relação à competência legal atribuída ao Ministério Público para apuração, através de procedimento investigatório - Inquérito Civil, da prática de irregularidades imputadas a Juiz de Direito, o STJ já se manifestou no sentido de que a prerrogativa de foro não beneficia as autoridades em se tratando de Inquérito Civil e da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, inclusive porque o STF, no julgamento da ADI nº 2.797, declarou a inconstitucionalidade do art. 84, § 2º, do CPP, com a redação dada pela Lei 10.628/2002.

Sobre o assunto:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPEDIR INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL – APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE COMETIDO POR MAGISTRADO – VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL: DESCABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL – OFENSA AO ART. 535 DO CPC – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE: SÚMULA 284/STF. 1. Descabe ao STJ, em sede de recurso especial, analisar possível ofensa a dispositivo constitucional. 2. Incide a Súmula 284/STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a fazer alegações genéricas, sem indicação precisa da omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Inúmeros precedentes desta Corte. 3. **O STJ tem entendido que as autoridades com prerrogativa de foro em razão da função não gozam do benefício quando se trata de ação civil pública por improbidade administrativa**, inclusive porque o STF, no julgamento da ADIn 2.797, declarou a inconstitucionalidade do art. 84, § 2º, do

CPP, com redação dada pela Lei 10.628/2002. 4. **O controle interna corporis do Tribunal, através do Corregedor-Geral, não exclui a legitimidade do Ministério Público para instaurar inquérito civil e, posteriormente, ajuizar ação por ato de improbidade praticado, em tese, por magistrado.** 5. Violação dos arts. 8º, § 1º da Lei 7.347/85, 25, IV, “a” e “b”, da Lei 8.625/93 e 22 da Lei 8.429/92.6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido”. (STJ, REsp 783.823/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 26/05/2008).

Destarte, restando declarada a inconstitucionalidade pelo STF (ADI nº 2.797) do disposto no art. 84, § 2º, do CPP, (redação dada pela Lei 10.628/2002), aliado ao entendimento dominante do STJ, a prerrogativa de foro não beneficia os membros do Poder Judiciário em se tratando de Inquérito Civil e da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, de modo que o Ministério Público possui legitimidade para presidir as investigações.

Entretanto, há que se consignar que referida atuação investigatória possui limitação, sobretudo, a justa causa, que se traduz na existência razoável de indícios de autoria/materialidade para a investigação, sob pena de ofensa a princípios constitucionais.

## Conclusão

A par do exposto, inegável que o Ministério Público possui o direito de instaurar Inquérito Civil Público, inclusive contra Magistrados, visando obter provas e elementos jurídicos capazes de fundamentar o posterior ingresso de Ações Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa, bem como que não restando comprovada a materialidade e autoria do fato ilícito, em tese, praticado, após o exaurimento da fase investigativa, o próprio Parquet deve promover seu arquivamento.

Contudo, necessário se faz ressaltar que a instauração do Inquérito Civil Público encontra limites, como qualquer outro

procedimento investigatório, no ordenamento jurídico, que estabelece a condição, o prazo e a devida fundamentação para dar suporte a qualquer tipo de perseguição estatal, sendo um deles a existência de uma justa causa, sem a qual, o Inquérito Civil Público não poderá ser instaurado.

Com efeito, a instauração de procedimentos investigatórios, mesmo que preparatórios, sem que haja uma justa causa ou que esteja prejudicado pelo lapso prescricional, cria a arbitrariedade e o abuso do direito de investigação, o que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito, que prima constitucionalmente pela efetivação dos Direitos Fundamentais. **Tais arbitrariedades podem ser reclamadas judicialmente, por meio de Habeas Corpus ou Mandado de Segurança, de acordo com a situação concreta.**

Há que se falar que, **em que pese se tratar de procedimento inquisitorial, o Inquérito Civil é regido, em regra, pelo Princípio da Publicidade, podendo o investigado ter acesso aos autos, mesmo que não possa exercer, naquele momento, o contraditório e a ampla defesa, o qual deverá ser devidamente oportunizado, em sendo a Ação Civil Pública proposta e recebida pelo Juízo competente**, mesmo porque, caso o Inquérito Civil sirva de base à propositura de uma Ação Civil Pública, a petição inicial desta virá acompanhada do referido Caderno Informativo, quando da citação do investigado acerca da demanda.

A propósito:

MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO TRAMITANDO SOB SEGREDO DE JUSTIÇA. ACESSO DO ADVOGADO AOS AUTOS. POSSIBILIDADE. I - **No procedimento investigatório tramitando sob sigilo há que se assegurar ao eventual investigado acesso aos autos**, cabendo à autoridade judicial velar pela manutenção do sigilo relativo às demais pessoas investigadas. II - Segurança parcialmente concedida. (TRF. 1ª Região, MS 3403 DF 2006.01.00.003403-0, Relator (a): Segunda Seção, Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Julgamento: 27/06/2007).

Em assim sendo, deve o Ministério Público cumprir a sua obrigação investigativa, de forma célere, sempre respaldada em robustos fundamentos legais e com evidências firmes da ocorrência das irregularidades, para que a aparência da prática de um “pseudo ilícito” não seja uma mera ficção jurídica, criada por quem quer ostentar os holofotes da mídia, em detrimento da dignidade humana e dos demais princípios fundamentais, razão pela qual o tema merece ser objeto de devido aprofundamento e reflexão por parte dos operadores do direito<sup>5</sup>.

## Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *APn: 524 MT 2008/0072762-7*, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 17/04/2013, CE - CORTE ESPECIAL.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *RESP 200900430507*, Ministro Mauro Campbell Marques – 2ª Turma, j. 15/10/2010

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 783.823/GO*, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 26/05/2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal – TRF. 1ª Região, *MS 3403 DF 2006.01.00.003403-0*, Relator (a): Segunda Seção, Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Julgamento: 27/06/2007

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso – TJMT, 1ª Câ. Cível, *Agravo de Instrumento nº 73580/2007* – Comarca de Tangará da Serra - Número do Protocolo: 73580/2008 Data de Julgamento: 31-03-2008 – Relator: Dr. José M. Bianchini Fernandes (convocado) - Decisão: POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

MATOS, Mauro Roberto Gomes de. *Limites da Instauração do Inquérito Civil por parte do Órgão do Ministério Público*. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1390](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1390). Acesso em: 20 abr. 2016.

---

5 MATOS, Mauro Roberto Gomes de. *Limites da Instauração do Inquérito Civil por parte do Órgão do Ministério Público*. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1390](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1390). Acesso em: 20 abr. 2016.

## Déficit de substância e de eficácia no ato jurídico – competência jurisdicional – implicações

*The lack of substance and effectiveness in the legal act –  
jurisdiction – implications*

José Basílio Gonçalves<sup>1</sup>

### RESUMO

No meio forense, quase que nenhuma importância se tem dado ao fenômeno “inexistência jurídica”. Sempre que é necessário lidar com as deficiências do ato jurídico, fala-se no vício de nulidade, desconsiderando-se, muitas vezes, o fenômeno verdadeiramente ocorrente. O ato jurídico é parcial ou totalmente ineficaz quando afetado por nulidade. É suscetível de perda de eficácia, total ou parcialmente, quando afetado por anulabilidade. Nulidade e anulabilidade, pois, são fatores que qualificam o ato jurídico negativamente. Assim como a existência do adjetivo depende da do substantivo a que qualificar, a da nulidade ou anulabilidade depende da do ato jurídico a que viciar. Trata-se de lei imperante em todos os âmbitos da realidade. O animal natimorto – equivalência de ato nulo para o Direito – é algo que existe. Tanto que é suscetível de identificação pela espécie e raça. Não é possível negar-lhe uma existência material suficiente a possibilitar a constatação de que certo exemplar de certa espécie e raça nasceu sem vida. O predicativo verbal “morto” impede que se afirme a “inexistência” do exemplar sem vida. Se fosse um nada, não haveria como considerá-lo “morto”. Ao contrário, se o que se tem é apenas parte de um ser esperado, produto de uma gestação insuficiente, a existência específica não se caracteriza. Ninguém consegue enxergar um cão natimorto na fração animal expulsada do órgão gerador, mas apenas um projeto inacabado da espécie canina. Impossível tê-lo como animal morto. O mesmo se dá com o ato jurídico.

---

1 Pós-graduado pela Universidade Federal de Mato Grosso – Procurador de Justiça em Mato Grosso.

Quando apenas projetado ou parcialmente construído, não admite o tratamento apropriado à espécie que deveria configurar, mesmo sob o aspecto da falta de eficácia. Juridicamente, é um nada, pois carece de requisito(s) existencial(ais). Para ser ineficaz, o ato jurídico precisa revelar integração plena, segundo a espécie pretendida, de modo a evidenciar que um óbice externo o impede de produzir os efeitos almejados. Apresenta todos os requisitos existenciais, mas carece de um ou alguns dos requisitos de validade, sempre uma permissão legal, seja quanto a si mesmo, seja quanto a um detalhe de sua estrutura. Aí, sim, é possível falar em ato nulo ou anulável. Em suma, só é nulo ou ineficaz o ato jurídico existente. Como acima dito, se nulidade e anulabilidade são adjetivos, não podem qualificar o resultado de uma atuação que não tenha conseguido concretizar o ato jurídico substantivo, que se queira nulo ou anulável. O problema é que nulidade e inexistência jurídica são fenômenos comumente tratados sob os mesmos padrões e critérios avaliativos, o que, embora pareça que não, segundo modestamente vemos, é descuido responsável por soluções processuais incompatíveis com a organização jurídica que adotamos. Sendo certo que a prestação jurisdicional concretiza o direito abstratamente positivado pela norma legal, é evidente que ela não pode inová-lo. Isto se deve ao império do único princípio que lida com a realidade das coisas: o “princípio da substancialidade”, o mesmo que, na gramática, distingue entre substantivo - essência – e adjetivo – qualidade. É fácil perceber: embora capaz de refletir um significado, isoladamente, o termo “infrutífero” não reúne objetividade suficiente a transmitir qualquer informação. Para tanto, como adjetivo, depende de um objeto. Na locução “ação infrutífera”, ao contrário, já há um significado autossuficiente e capaz de veicular uma mensagem clara e bastante em si mesma. Por isso, ao pretender identificar alguma coisa inoperante no universo material, qualquer que seja, o pesquisador só pode adotar o caminho que o leve a certificar-se do *conteúdo material* do objeto buscado. A não ser que caminhe por essa trilha, perde-se em conclusões insustentáveis.

#### PALAVRAS-CHAVE

Ato jurídico; ato inexistente; ato nulo; competência jurisdicional; implicações.

## ABSTRACT

*In the forensic environment, almost no importance has been given to the phenomenon “legal non-existence.” Whenever it is necessary to deal with the deficiencies of the juridical act, it is spoken in the vice of nullity, disregarding, often, the phenomenon truly occurring. The legal act is partially or totally ineffective when affected by nullity. It is susceptible of loss of effectiveness, totally or partially, when affected by annullability. Nullity and annullability, therefore, are factors that qualify the legal act negatively. Just as the existence of the adjective depends on the noun to which it qualifies, the nullity or annullability depends on the legal act to which it vitiates. It is a law that prevails in all spheres of reality. The stillborn animal - equivalence of a null act to the Right - is something that exists. So much that it is susceptible of identification by the species and race. It is not possible to deny him sufficient material existence to make it possible to establish that a certain specimen of a certain species and race was born without life. The “dead” verbal predicate prevents the “non-existence” of the lifeless specimen from being affirmed. If it were a nothing, there would be no way to consider it “dead”. On the contrary, if what one has is only part of an expected being, the product of an insufficient gestation, the specific existence is not characterized. No one can see a stillborn dog in the animal fraction expelled from the generating organ, but only an unfinished project of the canine species. Impossible to have him as a dead animal. The same is true of the legal act. When only designed or partially constructed, it does not admit the appropriate treatment to the species that it should configure, even in the aspect of lack of effectiveness. Legally, it is a nothing, because it lacks existential requirement (s). To be ineffective, the legal act must reveal full integration, according to the species desired, in order to show that an external obstacle prevents it from producing the intended effects. It presents all the existential requirements, but it lacks one or some of the validity requirements, always a legal permission, either as to itself, or to a detail of its structure. Then, yes, it is possible to speak in a null or void act. In short, only the existing legal act is null and void. As mentioned above, if nullity and annullability are adjectives, they can not qualify the result of an action that has failed to materialize the substantive legal act, which is null or void. The problem is that nullity and legal non-existence are phenomena commonly treated under the same standards*

*and evaluative criteria, which, although it seems that not, as we modestly see, is careless responsibility for procedural solutions incompatible with the legal organization that we adopt. Whilst the provision of a judicial remedy gives rise to the right expressly stated by the legal norm, it is clear that it can not innovate it. This is due to the empire of the one principle that deals with the reality of things: the “principle of substantiality”, the same as in grammar, distinguishes between noun - essence - and adjective - quality. It is easy to see: although capable of reflecting a meaning, in isolation, the term “fruitless” does not meet enough objectivity to convey any information. For this, as an adjective, it depends on an object. In the phrase “fruitless action”, on the other hand, there is already a self-sufficient meaning capable of delivering a message that is clear enough in itself. Therefore, in seeking to identify something inoperative in the material universe, whatever the researcher may only adopt the path that leads him to make sure the material content of the object sought. Unless you walk down this path, you lose yourself in unsustainable conclusions.*

#### KEYWORDS

*Legal act; non-existent act; null act; jurisdiction; implications.*

## A questão

O que nos traz a estes despreziosos comentários, máxima vênua, é o entendimento com o qual, conforme censuravelmente concluímos, juízos cíveis vêm investindo contra o art. 114, I, da Constituição da República, quando processam e julgam causas surgidas de indevida contratação de pessoal pela Administração Pública.

Pelo Brasil afora, especialmente nos Municípios diminutos, os administradores têm abusado do disposto no art. 37, IX, da Constituição da República. Firmam contratos temporários desconsiderando o imperativo atendimento a excepcionais e inadiáveis interesses públicos, assim como o incontornável pré-exame seletivo. Tratam afazeres funcionais ordinários como se fossem extraordinários.

Quando dispensados, os contratados vão queixar-se à Justiça do Trabalho, cujos órgãos declinam competência à justiça comum, considerando tratar-se de contratos administrativos. Na justiça comum, com algumas exceções, os reclamantes acabam contemplados com os depósitos relativos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Os órgãos julgadores evocam o art. 19-A da Lei 8.036/1990, assim redigido:

Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2o, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.

Os entes políticos e as entidades públicas condenados têm-se rebelado contra isto, argumentando que servidor público, como os reclamantes são considerados, não adquire direito trabalhista. E o fazem com razão, máxima vênua, tanto diante da consistência dos contratos arguidos como por uma incompatibilidade jurídica que não permite relação de causa e efeito entre contratação administrativa e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Realmente, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é instituto classicamente trabalhista. Instituído em 1966, pela Lei 5.107, teve por fim desestimular o regime de estabilidade trabalhista previsto pelo art. 478 da Consolidação das Leis do Trabalho. Como à época se argumentou, além de dificultar a rotatividade de mão de obra, tal estabilidade blindava o empregado com uma garantia tal que, quando concretizada, fazia-lhe do empregador um refém. À conta disto, embora contrariados, os patrões temerosos viam-se obrigados a dispensar empregados probos e produtivos assim que ingressavam na segunda metade do período aquisitivo da estabilidade. Um desperdício de excelentes quadros, cuja perda decorria do receio de preservá-los até que se tornassem estáveis. Na época, em casos tais, a Justiça do Trabalho já enfrentava o dilema consistente em aceitar ou não a alegação de rescisão ilícita.

Portanto, adaptar ao sistema processual decisões que concedem FGTS a contratados temporários da Administração Pública, conforme modestamente entendemos, é pretensão juridicamente inviável.

Vejamos a incoerência: caso o servidor temporário seja contratado em conformidade com o Direito, não pode contar com o FGTS. Mas quando não, pode!

Segundo nos parece, a lógica orientadora desse raciocínio implica que a contratação temporária constitucional deveria, então, conferir FGTS ao servidor contratado. Se, conforme o entendimento em vigor, em ambos os casos, no viciado e no legítimo, o que se tem são vínculos administrativos, como aceitar que o vínculo escuso proporcione uma vantagem econômica que o lícito não autoriza! Premia-se, então, a ilicitude?!

Reforçada por este desconforto, a prescrição feita pelo art. 19-A da LN 8.036/1993 confirma que contrato de trabalho no qual a Administração Pública desatenda aos incisos II e III do art. 37 da Constituição Federal, por desprezo ao concurso público, o que também ocorre com o contrato infringente do inciso IX do mesmo Estatuto Maior, tem natureza trabalhista, embora que, em si mesmo, por efeito de proibição constitucional, seja nulo e se limite a garantir ao contratado a reparação pelo dano resultante de uma prestação física insuscetível de devolução, não propriamente a sua remuneração, e, caso não tenha concorrido para a fraude contratual, os depósitos relativos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Como afirmado, o preceito trabalhista considerado não faz isto por si mesmo. Reflete a substância jurídica produzida no lugar da contratação administrativa apenas pretextada, que não conseguiu integrar-se. É o que despreziosamente tentaremos demonstrar daqui por diante.

## Inexistência jurídica e nulidade

A conclusão acima demonstra a necessidade de que tenhamos em conta elementos que identifiquem com exatidão a natureza

do contrato temporário no qual a Administração Pública haja desatendido aos requisitos da espécie, pena de a positivação judicial do Direito plantar inconsistências no âmago do sistema processual. E, como acima afirmado, o único caminho apto a nos levar a isto é o da pesquisa da substancialidade do contrato verdadeiramente obtido na hipótese em trato.

Toda a segurança com que nos conduzimos no cotidiano nos é garantida pelo fenômeno da percepção, que é a leitura exata das formas captadas por nossos sentidos. Se não quisermos sofrer os atropelos ditados pela incoerência e imprudência, não podemos contrariar os resultados que as leituras sensoriais nos proporcionam. Precisamos ser fieis às informações emanadas de tudo com o que temos de lidar. Contra a realidade que elas nos revelam, não há argumentos nem meandros.

Bem por isso, para o entendimento exato da questão em análise, temos de observar o seguinte: no Capítulo III do Título IV, para separar a jurisdição em espécies, a Constituição da República adota o princípio da materialidade ou substantividade. Ela divide a jurisdição do Estado Brasileiro em comum, trabalhista, eleitoral e militar. Revela, com isto, pleno desinteresse pela natureza jurídica das pessoas cujas vontades geram demandas judiciais. Ocupa-se, isto sim, com a consistência material do que elas produzem. Por isto, saber a que jurisdição direcionar certa causa é questão intimamente dependente da correta leitura que façamos da causa de pedir.

E, como visto, o problema de que tratamos consiste em submeter contratos temporários inconstitucionais firmados pela Administração Pública à Justiça Comum apenas porque celebrados pela Administração Pública e mediante simples alusão ao art. 37, IX, da Lei Fundamental.

Como se percebe, o busílis resulta do fato de a natureza administrativa dos contratos considerados vir sendo sondada exclusivamente na natureza jurídica do ente ou entidade contratante, em visível confronto com a Lei Maior, que, para definir os vários tipos de jurisdição prestada pelo Estado Brasileiro, serve-se do critério da

materialidade ou substancialidade do litígio.

Diante da Constituição Federal, ao se decidir a que tipo de jurisdição direcionar a demanda, temos de focar, unicamente, a real consistência da causa, não as pessoas por ela envolvidas. Ou seja: em litígio gerado por ato ou contrato produzido pela Administração Pública, é inevitável verificar se ele foi erigido de modo a materializar uma espécie administrativa ou se tal espécie não passou de pretexto ou intento deixado a meio caminho.

De fato, celebrado pelo Estado ou por qualquer de suas entidades autárquicas e fundacionais, à primeira vista, o indevido contrato temporário de trabalho induz ao entendimento de que sua natureza sempre é administrativa.

Mas o princípio da substancialidade, cuja satisfação é garantida pela lei da leitura sensorial, diz que as coisas são existencialmente detectáveis com base na essência que revelam. No Direito, significa que, quanto à natureza jurídica, os atos e contratos são identificáveis com base no que os envolvidos realmente produziram.

É certo que, na identificação do ato jurídico administrativo, o elemento “competência”, exigido ao agente que o pratica, concorre com desenvoltura. Corresponde à “capacidade do agente”, do Direito Civil. Entretanto, por si só, ele não dá conta do recado. Deve concorrer com o elemento “objeto público”. Mas competência e objeto público também não dispensam o elemento “forma estrutural ou de constituição”, que nada tem com o fator “formalidade”, respeitante tão somente à aparência documental com que o ato ou contrato administrativo é apresentado no universo dos fatos, revelada pelo instrumento que lhes dá suporte físico.

Quanto ao ato jurídico em geral, as formas substantivas captáveis pelo nosso processo de percepção sensorial consistem na vontade manifestada, no objeto tratado e na estrutura edificativa adequada. A primeira confere-lhe idoneidade; a segunda identifica-lhe a espécie; a derradeira lhe garante inteireza e consistência. São os três requisitos existenciais de qualquer ato jurídico.

No tocante ao ato administrativo, a primeira diz se ele partiu

do agente competente; a segunda aponta qual interesse público foi atendido; a última informa se ele realmente integrou-se.

A atenção focada na vida prática permite ver que a vedação legal não impede o cometimento do ilícito, qualquer que seja o âmbito jurídico examinado. Portanto, ao Direito, o que resta é disciplinar o tratamento jurídico das consequências do ilícito. Ele existe como regramento necessário a tornar possível a vida em sociedade. Para isto, é composto por regras de estrutura e de comportamento. As primeiras garantem a observância das derradeiras, especialmente quando isto tenha de depender de aplicação coativa.

De fato, com suas penas, o Direito Penal, por exemplo, não consegue dissuadir o delinquente da prática delitiva. É que as penas criminais não se prestam a albergar a esperança de que venham reduzir as práticas ilícitas. Pena não é instrumento de política social, mas só a consequência legal impositiva que do ilícito necessariamente resulta ao respectivo autor. O transgressor do Direito Penal não é condenado para que não volte à ação delitiva, embora tal objetivo seja visualizado em função do receio do processo punitivo. Mas, na realidade, a razão da existência da pena criminal é submeter o agente delituoso às consequências de haver infringido a lei com a gravidade aquilatada na dosagem da reprimenda. Do contrário, diante do elevadíssimo grau alcançado pela reincidência, teríamos de admitir que o Direito Penal não passa de completa inutilidade.

No âmbito do Direito Administrativo dá-se o mesmo. Salvo quando expressamente autorizada, ao preencher os seus quadros, a Administração Pública não pode valer-se do regime celetista, como não pode valer-se do regime civil para contratar fornecimento de material ou execução de obra. No entanto, é o que acontece até com alguma constância, conforme a realidade nos revela. Isto conduz ao problema que enfrentamos, consistente em saber que tipo de contrato a Administração Pública efetivamente celebra: se contrato administrativo nulo ou contrato civil ou trabalhista nulo.

A assimilação entre nulidade e inexistência jurídica leva à consideração de que, em tais hipóteses, o que se produz são contratos

administrativos eivados de nulidade absoluta.

Ora, a prova de que a natureza trabalhista ou civil de contrato assim celebrado pela Administração Pública não é afastada pela competência administrativa exercitada nem pela natureza pública do objeto contratado está em que, em casos singulares, ela é autorizada a adotá-los. Serve-se de contrato trabalhista, por exemplo, no âmbito dos serviços comunitários de saúde e de combate a endemias. Observa-se, pois, que a questão é puramente de permissão/vedação legal. Portanto, quando não autorizado, o contratato divergente dos princípios constitucionais imperantes no serviço público não perde a natureza que sua substância lhe confere. Apenas não produz efeitos, porque terminantemente vedados pelo sistema. O contrato administrativo que se pretendeu simplesmente não se materializou. Preservou-se total ou parcialmente vazio.

E a confusão entre inexistência jurídica e nulidade, máxima vênia dos entendimentos contrários, é induzida pela própria legislação.

Com efeito, no art. 166, o Código Civil trata da caracterização do negócio jurídico nulo, prescrevendo:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Tradicionalmente se ensina ser jurídico o ato ou negócio pelo qual se adquire, transfere, modifica, preserva ou extingue direito. Jurídico, portanto, é o ato conforme ao Direito. Quando contrário ao Direito, ele é “ilícito”. Como considerá-lo jurídico, se quem o produz não consegue nenhum daqueles efeitos? Aliás, a tradição conceitua o

crime como conduta típica, antijurídica e culpável. Daí o ilícito penal não conseguir abrigar-se sob o conceito de ato jurídico.

O ilícito, que aceita graus de gravidade, ao contrário do ato jurídico, limita-se a produzir consequências legais não almejadas por quem o pratica, óbice que, conforme despreziosamente vemos, não lhe permite substância de ato jurídico. Quem aplica o estelionato não almeja obrigar-se ao dever de reparar nem de submeter-se à pena correspondente, que são meras consequências legais da conduta criminosa adotada.

Pois bem. Uma mais atenta fixação em cada qual das causas a que o preceito civil acima transcrito debita a nulidade do negócio jurídico conduz à conclusão de que nem todas conseguem ensejá-la.

Ante o princípio imperativo da substantivação, de inescapável observância quando se pretende identificar as coisas segundo suas respectivas consistências, quase todas refletem impossibilidade de existência jurídica, não simples nulidade.

O ato nulo não produz efeitos. Mas, voltando à adjetividade do vício, só se pode atribuir incapacidade para produzir efeitos a algo que exista segundo a espécie a que pertença! Sendo uma qualidade negativa, a nulidade não existe por si mesma. Necessita de um suporte material a que aderir.

Daí as seguintes indagações:

Pode-se sustentar que a compra e venda contratada por menor de 16 anos existe juridicamente, se ela carece de agente capaz, um daqueles três elementos existenciais do negócio jurídico de qualquer natureza? Se a manifestação pessoal do absolutamente incapaz é juridicamente estéril, como reconhecer-lhe o atributo de constituir um negócio jurídico, pressuposto da “nulidade”?

Firmado o contrato de pistolagem, pode-se falar em negócio jurídico nulo? O contrato de assassinato é capaz de proporcionar aquisição de direito? O preço da pistolagem é garantido pela ação de cobrança? Nos Estados Unidos da América, tal contrato configura conspiração criminosa. No Brasil, por si só, tal conduta pode

configurar quadrilha ou bando, caso objetivo mais de uma prática criminosa e envolva mais de três pessoas. Portanto, não apenas a física, como o bilhete de viagem ao Planeta Mercúrio, mas também a impossibilidade jurídica do objeto condiciona a existência do negócio jurídico. Impossível, nestes dois casos, cogitar sobre negócios jurídicos nulos, pois isto significaria admitir que poderiam ser válidos em certas circunstâncias ou quando o legislador resolvesse prevê-los, como ocorre com qualquer contrato eivado de nulidade!

Hipoteca contratada por instrumento particular consegue existir como tal? Óbvio que, aí, não se pode cogitar sobre garantia real hipotecária. Pode haver, no máximo, promessa de hipotecar. Se promessa não houver, a substância do ato consistirá em mero rascunho de contrato futuro. Falta-lhe a estrutura adequada, a forma necessária de constituição.

Casamento em que o juiz se esqueça de indagar os nubentes sobre o desejo de casar é casamento? Quando os nubentes não manifestam clara e seguramente a intenção de casar, o consórcio não se integra, exatamente por carecer de sua verdadeira essência!

É fácil perceber que tais pretendidos negócios jurídicos padecem de falta de substância. Como então, afirmar que sejam juridicamente nulos? São, isto sim, “juridicamente inexistentes”, pois carecem de consistência, às vezes de caráter subjetivo, outras vezes de caráter objetivo e outras, ainda, de caráter estrutural. Pode até que todas venham a faltar.

Relativamente às causas relacionadas pelo preceito civil considerado, nulos são os negócios criados pelas vedações apontadas nos incisos III e VI. Na primeira hipótese, os sujeitos são capazes, o objeto é juridicamente possível e a forma estrutural perfeita. Mas o motivo é ilícito. Com efeito, é plenamente viável que um contrato substancialmente perfeito seja celebrado na finalidade de impedir que um terceiro realize direito subjetivo. Exemplo disto é a fraude à execução, na qual o contrato de alienação é eficaz para vendedor e comprador, mas não para o credor do primeiro. Caso ele não receba o seu crédito por outra forma, o bem alienado lho garantirá, esteja

com quem estiver. Ou seja: relativamente ao credor do alienante, a alienação é absolutamente nula ou ineficaz.

O negócio juridicamente perfeito também pode ser celebrado na finalidade de burlar lei imperativa - lei de ordem pública. Exemplo disso é o casamento que pessoa estrangeira convola com pessoa brasileira almejando garantir permanência no país, em circunstâncias inadmitidas pela Lei 6.815/1980. Nele, há agentes capazes, objeto lícito e perfeita forma estrutural de constituição. Mas a finalidade de contornar a lei referida, de observância cogente, espécie de efeito extra do ato, o eiva de nulidade.

Conforme, pois, a percepção que temos, sempre que o óbice seja intrínseco, de modo a impedir a completa integração do ato – não atendimento a um ou alguns de seus requisitos existenciais, o que se tem é inexistência jurídica. Diferentemente, se ele é extrínseco – vedação legal, absoluta ou relativa, o que há é nulidade ou anulabilidade.

Voltando ao Direito Administrativo, consideremos o contrato público de execução de obra. É em função de sua essência estrutural que tal espécie distingue-se da civil que se ocupe com objeto semelhante. Não há como confundi-las. Além do exercício da competência funcional, a estrutura orgânica da contratação administrativa de obra pública reúne o objeto público e o procedimento licitatório de escolha do interessado em contratar com o poder público, ou, no lugar dele, o procedimento eficientemente demonstrativo da presença de causa legal de dispensa ou de inviabilidade de licitação. Nesta espécie, a escolha impessoal de a quem contratar não é simples acidente, mas elemento essencial da contratação. É que, aí, a vontade pessoal do agente público não é capaz de produzir absolutamente nada. A escolha feita pela Administração Pública é objetiva. Ela só contrata quem objetivamente comprove capacidade técnica e idoneidade econômica para desempenhar o objeto do contrato e apresente a melhor proposta, ou, por efeito de previsão legal, seja o único executor a contratar. A estrutura do contrato administrativo de obra é absolutamente estranha à do contrato civil assemelhado.

Daí a indagação: a contratação de obra pública que faça pouco do procedimento licitatório consegue produzir contrato administrativo?

Responder afirmativamente significa aceitar que haveria contrato administrativo, mas nulo.

Porém, tal conclusão passaria por cima da substância do produto acabado, que não seria administrativa. Se a nulidade é uma qualidade negativa que se enclacra no objeto para impedir-lhe eficácia, ato ou contrato apenas pretextado, por não contar com substância apropriada, não se expõe a ela, pois inexistente!

A consequência necessária dessa prática, segundo o juízo que fazemos, está em que será válido ou inválido o ato ou contrato resultante do material efetivamente trabalhado pelas partes.

O Código Civil cuida desse fenômeno, prescrevendo:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Localizada na parte geral do estatuto, esta norma revela o jeito de ser do sistema jurídico brasileiro quanto à interpretação das consequências da celebração contratual que, embora pretendida, não haja conseguido integrar-se.

Observe-se que, para falar em nulidade, consequência de vedação legal, na verdade, ela considera o resultado substancial das vontades manifestadas. Diz que, havendo simulação, o negócio jurídico a considerar será o dissimulado, ou seja, o que efetivamente resultar dos elementos existenciais satisfeitos. Refere-se à substância em sentido estrito – objeto – e à forma de constituição – estrutura, deixando subentendida a capacidade civil dos contratantes. A validade da substância e da forma que o dispositivo exige tem a ver com a adequação com que tais elementos existenciais dão vazão ao negócio dissimulado no caso concreto. Óbvio que, força da linha distintiva entre nulidade e inexistência jurídica, o negócio efetivamente resultante da simulação – o dissimulado – poderá ser nulo por efeito de vedação legal nas circunstâncias vivenciadas.

Daí entendermos que nem o art. 170 trata de nulidade, sim de inexistência jurídica. No trecho “contiver os requisitos de outro”, refere-se à substância do negócio jurídico que se dissimulou. É facilmente perceptível que ele cuida de disciplinar o que ocorre quando se almeja uma espécie negocial e se pratica outra. E isto só tem a ver com substância! O embaçamento da visão exata da ocorrência é causado pela locução “negócio jurídico nulo”.

Relembrando, ser nulo é ter uma qualidade negativa insanável, o que impõe a existência do objeto assim qualificado. Portanto, se as teses normativas do preceito considerado levam à síntese de que, na simulação, o atuar das partes produz uma essência contratual, embora que não a pretextada, é impossível negar que elas consideram dois negócios: o que não conseguiu integração e o que a conseguiu, podendo ocorrer que, em função de óbice externo consistente em proibição legal para o caso concreto, o negócio resultante seja nulo.

Por conseguinte, quando, a pretexto de se praticar ato ou contrato administrativo, a essência erigida só dê consistência a ato ou contrato civil, a nulidade só poderá atuar sobre este, que existe, não sobre aquele, que não passou de simples pretexto. Por falta de essência, a espécie administrativa anunciada deixou de materializar-se.

No exemplo formulado, de contrato de obra pública sem licitação, qual a forma de constituição utilizada? Simples: o agente administrativo faz a escolha pessoal de a quem contratar, acerta com ele as condições contratuais e o contrata. Evidente que tal avença caracteriza contrato civil, pois é o Direito Civil que o prevê assim tão informal, sem licitação ou justificação de dispensa ou demonstração de inviabilidade do certame licitatório. Na espécie administrativa, tais procedimentos são essenciais, pois dizem respeito à forma pela qual o ente público manifesta a sua vontade, tendo por fim possibilitar que a Administração Pública contrate o executor mais idôneo, eficiente e economicamente mais conveniente. Nela, o administrador público não manifesta a sua vontade pessoal, como o faz o contratante do Direito Civil. Manifesta a vontade coletiva. Logo, a escolha de a quem

contratar com a Administração Pública deve ser objetiva, exercitada mediante procedimento licitatório ou de demonstração eficiente de que a licitação estava legalmente dispensada ou inviabilizada. Portanto, quando, a pretexto de contratar administrativamente, o ente público simplesmente descarta o procedimento licitatório ou a justificativa de sua não adoção, celebra contrato civil nulo.

No caso, para cogitar-se de contrato administrativo nulo, este deveria ter-se integrado, embora que infringindo norma legal de atendimento imperativo, como as que ditam as espécies de procedimentos licitatórios apropriados às circunstâncias que consideram ou as que definem os motivos suficientes a justificar a dispensa ou demonstrar a inviabilidade do certame, ou, ainda, pela adoção de cláusulas que impeçam a equação econômica do negócio ou que sacrifiquem o princípio da supremacia do interesse público etc. Como se observa, tais vícios não dizem respeito à essência material do contrato administrativo. Apenas o impedem de adquirir eficácia.

No exemplo forjado, a não concorrência do requisito existencial consistente na especial forma de manifestação de vontade exigida pelo contrato administrativo pretendido possibilitou a conformação de um contrato civil de empreitada dissimulado sob um apenas aparente contrato administrativo. Nulo, pois, é aquele, que existe, não este, que inexistente.

Segundo se observa, nem a competência funcional nem o objeto a executar dão conta de conferir natureza administrativa ao negócio, se a forma de construção do pacto não tiver sido atendida.

Os atos (puros) administrativos sujeitam-se à mesma regência do princípio da substantivação, que a nossa acuidade sensorial tem por fim registrar.

Decreto baixado por secretário de Estado, p. ex., embora possa contar com substância objetiva apropriada à espécie, é inexistente. Falta-lhe substância subjetiva, qual seja, a autoridade decorrente da competência exclusiva do governador ou prefeito, com que o secretário não conta. Daí não ensejar a “validação” de que se costuma falar. Se a autoridade habilitada o “ratifica” – como

impropriamente se tem usado, o decreto é constituído pela vez primeira, pois pela vez primeira a autoridade do agente competente se transmite ao ato para possibilitar-se vincular condutas. Decreto que não vincula condutas administrativas não existe juridicamente. A insuficiência da competência administrativa do secretário impediu a existência do ato que ele imaginou editar. A substância objetiva, embora revelasse adequação a um decreto, não representou absolutamente nada para o Direito.

Ratificação é providência que, fundada em juízo positivo sobre a adequação de algo feito por outrem, significa a assunção dele por quem de direito. É prática que apenas confirma a serventia da obra de um terceiro. Por isto, quando a estrutura faltante é de autoridade ou competência, a ação 'ratificar' não encontra emprego. Se o agente competente diz ratificar ato que tal, consertando-o, comete erro grosseiro, pois o que faz é praticá-lo pela vez primeira, mediante o aproveitamento total ou parcial de um texto apenas sugerido. Isto não é senão 'edição', substantivo derivado de – *edere*, cujo significado é *produzir*.

Ratificar é assumir um feito dotado de substância completa – competência, objeto e estrutura, pois o juízo que conduz a tal ação é de reconhecimento de validade. Evidente, pois, que governador não ratifica 'decreto' baixado por secretário. O que ele consegue fazer é editá-lo.

Pela mesma razão, não se ratifica o que não existe por falta do objeto apropriado. Quando o agente público competente, reconhecendo ter firmado ato carecedor de objeto adequado, se propõe a consertá-lo, não ratifica nada. Apenas o edita ou celebra pela vez primeira, pois pela vez primeira maneja material apropriado a erigir a substância jurídica pretendida. O que fizera antes não conseguiu existência no universo jurídico.

Em síntese, a ratificação administrativa não produz o efeito dar existência jurídica a ato apenas cogitado, que se impossibilitou por ausência total ou parcial de essência, seja ela de competência, de conteúdo ou de estrutura. Ratifica-se apenas o que existe e no

estado em que se encontra. O agente ratificador limita-se a assumir ato produzido por terceiro, que percebeu perfeito, sem alterá-lo. Se acrescentar-lhe algo mais, reservadamente a isto estará editando. A porção substancial ratificada é apenas assumida. Caso a altere, pratica o ato inauguralmente.

Conforme o que vemos, a causa determinante da inexistência jurídica fica dentro do ato ou contrato, pois caracteriza falta de substância. Já a da nulidade lhe é externa, visto corresponder a um impedimento legal de eficácia, cuja relevância pode torná-lo nulo ou anulável. A forma de constituição que se vê na substância procedimental de licitação, v. g., pode estar presente ao lado da competência e do objeto ideal, dando existência ao contrato administrativo. Todavia, pode que, ao praticá-lo, o agente administrativo o tenha eivado de nulidade total ou parcial, absoluta ou relativa. Será absoluta quando não convalidável – troca de um procedimento licitatório por outro, por exemplo. Será relativa quando convalidável – utilização de causa de inexigência em licitação inviável. Nesta hipótese, a nulidade é convalidável, dado que o efeito de uma e de outra levam ao mesmo resultado: a exclusividade de a quem contratar.

## Conclusão

De volta à questão central, a distinção entre inexistência jurídica e nulidade garante a constatação segura de que contrato temporário infringente do art. 37, IX, da Constituição Federal não é administrativo, mas trabalhista, pois apenas o Direito do Trabalho aceita a plena informalidade na constituição do vínculo contratual. Basta-lhe que a prestação contratada se dê em regime de assiduidade e sob a autoridade dirigente do contratante. Aliás, trata-se de relação jurídica suscetível de estabelecer-se até tacitamente. O problema com ele é a nulidade absoluta decorrente de vedação constitucional, eis que celebrado fora das exceções autorizadas. Tal natureza lhe é confirmada pelo art. 19-A da Lei 8.036/1990, norma de cunho laboral que confere FGTS a contratados temporários da

Administração Pública que não tenham procedido em conluio com o agente administrativo ímprobo, hipótese na qual também fazem jus à indenização do trabalho prestado por força da indução ilícita, porque insuscetível de restituição.

Conclusivamente, com a vênia das opiniões contrárias, as demandas geradas por esses contratos competem à Justiça Laboral, em conformidade com o art. 114, I, da Constituição da República, não à Justiça Comum. Acertado foi o posicionamento que o Colendo Tribunal Superior do Trabalho adotou quando tais litígios começaram a surgir, no início dos anos 1990, que considerou trabalhistas, mas nulos, os contratos em questão.

## Referências

BRASIL. Código Civil. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 15 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452compilado.htm). Acesso em: 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815compilado.htm). Acesso em: 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990*. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8036consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm). Acesso em: 15 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 373 do TST*. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-363](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363). Acesso em: 15 mar. 2016.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 1995.

# Humanização do direito de propriedade e a sua função social

## *Humanization of the right to property and its social function*

Lídio Modesto da Silva Filho<sup>1</sup>

### RESUMO

Neste trabalho é abordado o conceito de propriedade ao longo do tempo e suas diversas formas até o aspecto atual, quando pode ser verificada uma releitura na atualidade com destinação da mesma a cumprir uma função social, com a limitação do uso da terra e restrição do interesse individualista do proprietário em prol de um interesse maior, que é o da coletividade. Procura-se demonstrar um panorama da constitucionalização do direito privado, retratada na mutação nos ordenamentos jurídicos que passaram a inserir em seus tecidos legislativos contornos de uma democracia social, com textos constitucionais influenciando institutos de direito privado. O humanismo e seu reflexo no direito de propriedade é abordado para demonstrar uma nova dimensão das relações jurídicas, com o deslocamento do ser humano para o centro do ordenamento jurídico, exaltando o ser humano. A propriedade e sua função social, com foco na expansão desta teoria e uma relativa abordagem histórica, é objeto tratado neste trabalho, tendo sido delimitado ao âmbito nacional, verificando-se que se pressupõe um exercício do direito de propriedade harmônico com os fins econômicos e sociais a que se destina, com objetivo de promover o bem comum e conquistar um equilíbrio entre o direito do proprietário e os interesses da coletividade.

1 Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Capital, atualmente é Juiz Auxiliar da Presidência do TRE/MT. Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT, MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Pós-graduado lato sensu em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes (RJ), Pós-graduado lato sensu em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá (RJ), Extensão em Direito Eleitoral (FGV), Extensão em Direito Eletrônico (FGV), International Judicial Training Program in Judicia (State University of Georgia at Athens, EUA), Curso de Direito da Saúde e da Bioética (Universidade de Lisboa). Foi juiz auxiliar da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, juiz auxiliar da vice-presidência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, juiz membro do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso.

#### PALAVRAS-CHAVE

Humanismo; constitucionalização do direito; função social da propriedade.

#### ABSTRACT

*In this work the concept of property over time and its various forms is approached until the current aspect, when a re-reading can be verified in the present time with destination of the same one to fulfill a social function, with the limitation of the use of the land and restriction of the interest Of the owner in favor of a greater interest, which is that of the collectivity. It seeks to demonstrate a panorama of the constitutionalisation of private law, portrayed in the mutation in the legal systems that began to insert into their legislative fabric the outlines of a social democracy, with constitutional texts influencing institutes of private law. Humanism and its reflection on the right of property is approached to demonstrate a new dimension of legal relations, with the displacement of the human being to the center of the juridical order, exalting the human being. Property and its social function, focused on the expansion of this theory and a relative historical approach, is the object of this work, having been delimited to the national scope, verifying that it presupposes an exercise of the property right harmonic with the economic and Aimed at promoting the common good and achieving a balance between the right of the owner and the interests of the community.*

#### KEYWORDS

*Humanism; Constitutionalisation of the right; Social function of property.*

#### Introdução

Cumpre destacar que o assunto está sendo abordado sem a mínima pretensão de que este seja esgotado, sobretudo pelo fato de fazer parte do rol de temas de direito que são construídos ao longo da história, todavia, tem-se o propósito de, em linhas superficiais, tratar da historicidade do direito de propriedade, da constitucionalização do direito como tendência, dos reflexos do humanismo no direito de propriedade e a função social desta.

Ao final, espera-se que se possa concluir pelo reconhecimento positivo desse processo de constitucionalização do direito e a influência humanística como uma tendência do direito pós-moderno, com a funcionalização de institutos privados, proporcionando a concretude de um direito mais ético, social e humano.

### Escorço histórico do conceito de propriedade

É conveniente dedicar um trecho deste trabalho à propriedade, vez que assumiu ao longo do tempo diversas formas até ter a hodierna concepção atual, com destinação de cumprir uma função social.

Fustel de Coulanges<sup>2</sup>, em sua renomada obra *A Cidade Antiga*, dividida em Livros internos, trata do Direito de Propriedade no Capítulo VI do Livro Segundo – A Família, e situa o assunto neste local porque o autor faz um *link* entre um tema e outro e, embora pareça estranho o autor vincular a propriedade à família, ele ainda a vincula à religião.

Enveredando por várias raças, Coulanges demonstra como cada uma tratava a propriedade. Citando os Tártaros, diz que estes entendiam serem proprietários de seus rebanhos, mas não do solo em que criavam estes animais. Da mesma forma, falando dos Germanos, alega que eram donos das colheitas, mas não da terra. Refere-se, ainda, aos Semitas e aos Eslavos, que da mesma maneira tratavam a propriedade das coisas.

De forma diversa os Gregos focavam no solo, pois sentiam-se proprietários absolutos dele.

Coulanges entende que três elementos relacionavam-se entre si e andaram inseparáveis ao longo do tempo, sendo a religião doméstica, a família e o direito de propriedade, pois tratava-se do fundamento do direito das pessoas em relação à propriedade.

Citando Cícero, filósofo, advogado e político, Fustel diz que assim se expressou o romano: “que outra coisa existe de mais sagrado que a morada de cada homem? Ali está o altar; aí brilha o fogo

---

2 COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 56 et seq.

sagrado; aí estão as coisas santas e a religião”.

O túmulo seguia a mesma regra que o lar e tinha grande importância na religião dos antigos, onde eram realizados os cultos aos antepassados. A família tinha um túmulo comum e até eram realizadas refeições fúnebres no local onde os membros da família iam repousando, um após o outro.

Esse lar, esse túmulo comum, esse comportamento das famílias tiveram relevante influência na definição da propriedade.

A tradição familiar fazia com que cada família criasse em sua casa o próprio altar para o culto de seu *fogo sagrado* que os mantinha unidos e ele deveria ser eterno e isso criava um dever de proteção ao local e tornava aquele solo também sagrado e, conseqüentemente, gerando um dever de proteção, tendo início com os *termos*, como chamados eram os marcos, depois foram sendo construídos pequenos muros de pedra, depois uma cabana de proteção, até que eram feitas edificações mais complexas com o fim de proteger o *fogo sagrado* das famílias, surgindo a ideia de limites das áreas.

Ainda de acordo com Coulanges, “colocado o termo na terra, estava, por assim dizer, a religião doméstica implantada no solo, para indicar que este chão ficava, para todo o sempre, propriedade da família”<sup>3</sup>.

De maneira diferente agia o povo Grego, que disponibilizava das colheitas, mas não dispunha livremente de sua terra, porque detinha a propriedade do solo.

Os Etruscos também ligava a propriedade à religião e assim afirmava:

Aquele que tocar ou deslocar o marco será condenado pelos deuses; a sua casa desaparecerá e a sua raça extinguir-se-á; a sua terra não produzirá mais frutos; o granizo, a ferrugem, os calores da canícula destruir-lhe-ão as colheitas; os membros do culposo cobrir-se-ão de úlceras e cairão por consumpção.<sup>4</sup>

---

3 COULANGES, Fustel de. Op. cit., p. 65.

4 Ibidem, p. 66.

Conclui, Coulanges, afirmando que “a religião doméstica quem ensinou o homem a apropriar-se da terra e a assegurar-lhe o seu direito sobre a mesma”.

Não obstante este determinismo de caráter coletivo e familiar da propriedade, por questões econômicas e com o passar do tempo, esta coletividade é substituída pela propriedade privada.

A característica familiar da antiguidade passa, na idade média, a ter a prevalência do sistema feudal, com o poder descentralizado nas mãos dos senhores feudais e a economia baseia-se na agricultura com o trabalho de servos, que eram tratados como seres secundários, tanto que eram vendidos com a terra.

Os valores medievais e, evidentemente, o sistema feudal, perdem espaço com o surgimento do mercantilismo e a formação de fortes Estados nacionais na Idade Moderna.

Com a emergência do capitalismo, um sistema econômico com fundamento na propriedade privada dos meios de produção e na obtenção de lucros ganha força e prevalece até os dias atuais, embora manifestos comunistas entendiam que a propriedade não poderia ser considerada mera mercadoria, mas deveria ser tratada como um bem de produção em benefício comum.

Trata-se do embrião da ideia de função social da propriedade, que na idade contemporânea passa a ter status de princípio jurídico constitucional, quando são insertos, em um primeiro momento, na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919<sup>5</sup>, da Alemanha.

A mutação da concepção da propriedade no Estado Brasileiro, deixando esta de ter interesse exclusivamente individualista, surge com a influência das Cartas Alemã e Mexicana já em nossa Constituição de 1934 e, posteriormente, após a segunda grande guerra, quando atos de repressão de liberdades e violadores de direitos humanos foram evidenciados, ocasionando uma tomada de posição por parte da

---

5 PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais*. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. p. 120.

Organização das Nações Unidas que emite a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1945, instrumento protetivo do ser humano e garante do direito do homem à propriedade.

A função social somente ganha campo no ordenamento brasileiro na Carta de 1934, em seu artigo 113, n. 17, que normatizava a garantia o direito da propriedade, não podendo ser exercido contra o interesse social ou coletivo<sup>6</sup>.

Empós o marco constitucional de 1934 vem o Estatuto da Terra<sup>7</sup> de 1964, com o câmbio da legislação, da doutrina e da jurisprudência, até chegar em na Carta Magna de 1988 e no derradeiro Código Civil de 2002, conduzindo até o formato atual da propriedade no Brasil, que indica o caminho a uma propriedade com o objetivo de atingir uma funcionalidade social.

## Constitucionalização do direito

Consoante delineado em linhas anteriores, verificou-se uma mutação nos ordenamentos jurídicos no período pós-segunda guerra, quando diversos Estados, mormente os Europeus, passam a inserir em seus tecidos legislativos contornos de uma democracia social, inclusive com textos constitucionais influenciados por normas antes vistas apenas na seara do Direito Civil.

Verificou-se, ainda, influência internacional de outras fontes aos ordenamentos internos dos Estados, inclusive, com o princípio da queda dos absolutismos estatais e estremecimento das soberanias.

Traçando um paralelo a este tema e tratando de soberania, Luigi Ferrajoli<sup>8</sup> demonstra que esse fenômeno é visível, também, quando realizada uma reconstrução histórica das origens e dos percursos da soberania no mundo moderno, antes de um poder absoluto do Estado, que não reconhecia nenhum outro poder acima de si,

---

6 CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 660.

7 ESTATUTO DA TERRA. Lei 4.504/1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm). Acesso em 16 ago. 2014.

8 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. VIII.

todavia, o que se vê ao longo dos últimos tempos é uma crescente dissolução da soberania no interior dos Estados e a afirmação dos Estados Democráticos de Direito.

Quanto ao absolutismo estatal Mazzuoli afirma que:

(...) é mais sabido que os direitos dos Estados não são absolutos. Às vezes, tanto os costumes como os tratados internacionais impõem certas restrições às prerrogativas básicas dos Estados, tendo em vista o bem comum da sociedade internacional. Tais restrições aos direitos dos Estados ora afetam sua soberania interna, ora sua soberania externa.<sup>9</sup>

Sabe-se que considerando a natureza do bem jurídico tutelado há uma forma dualista e clássica de divisão do direito, sendo o ramo do Direito Público e o ramo do Direito Privado, enfatizando que aquele acautela valores de interesse de caráter coletivo e este destina-se a acautelar os interesses de particulares.

De forma tradicional, o Direito Civil, ramo do Direito Privado, incorporava princípios individualistas, como a autonomia da vontade, a liberdade contratual e a propriedade privada e, como acima asseverado, são de caráter protetivo de interesses do indivíduo.

Em dias atuais verifica-se o personalismo da abordagem civilista, que transmuda seu ponto essencial, antes dedicado ao patrimônio, passando a ser preenchido pelo próprio ser humano. Nesta esteira de entendimento afirma Fachin que “o personalismo coloca o ser humano no centro do sistema jurídico, retirando o patrimônio dessa posição de bem a ser primordialmente tutelado, ao contrário do que faz o individualismo proprietário”. E prossegue asseverando que deve haver “a superação do individualismo por um solidarismo jurídico, que valorize a coexistencialidade”.<sup>10</sup>

Em razão dos motivos antes descritos, tem-se verificado o fenômeno de migração de institutos antes vistos somente na seara do Direito Privado e que agora podem ser observados no Direito Público,

---

9 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 554.

10 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 46.

como exemplo é o exercício do direito de propriedade, escopo deste trabalho, antes de natureza eminentemente privada, hoje tendo valor de interesse coletivo.

No início do século XX entra em declínio o constitucionalismo liberal, com substancial mudança de foco da visão jurídica quanto à realidade social presente, dando início ao câmbio para o constitucionalismo social, que exalta o indivíduo em detrimento do patrimônio, o qual perde seu local no topo da ordem constitucional, ocasionando relevante transformação no trato do povo com o Estado, uma vez que as constituições passam a ter marcante influência no diversos ramos do direito.

Esse fenômeno é conhecido como a Constitucionalização do Direito, e, no caso delimitado trata-se do Direito Civil, quando verifica-se que a propriedade é regrada pela função social que deve exercer. Não ocorre somente em relação à propriedade, porque as constituições modernas não mais regulam apenas princípios e garantias fundamentais das pessoas ou tratam de política, mas contemplam em seus tecidos textuais regras atinentes às relações de natureza privada. Isso pode ser notado em nossa Constituição de 1988, quando em seu texto podemos verificar normas antes estampadas apenas no Direito Civil.

Da mesma maneira tem-se que o Direito Civil passa a incorporar valores e princípios de ordem eminentemente constitucional, como pode ser observado em casos em que deve ser garantida a dignidade da pessoa humana.

Com base nesta migração de institutos e incorporação de valores e princípios, verifica-se uma Constituição destinada a concretizar direitos e garantias fundamentais, alçando o Estado a protetor de seus cidadãos e torná-lo garante de direitos sociais, revelando um sistema simbiótico de normas que guardam relação com sistemas social-democráticos.

A Constituição Federal de 1988 disciplina o conceito de propriedade e a sua função social, instituto que antes dizia respeito apenas a interesses privados e agora passa a integrar valor para a coletividade.

Logo no artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, a Carta estabelece o direito de propriedade e que esta deve atender uma função social, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.<sup>11</sup>

Conjugando os dois incisos percebe-se que a utilização e o desfrute da propriedade devem ser exercitados pelo dono de acordo com os interesses da sociedade, pois devem atender a uma função social.

Prossegue nossa Carta Magna em relação à propriedade e sua função social no artigo 170, que trata da ordem econômica, vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade.

É no artigo 186 que a Constituição disciplina como será exercida a função social, conforme adiante segue:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

---

11 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O regramento inserto no texto constitucional brasileiro em relação à propriedade demonstra o constitucionalismo de institutos de direito privado, com a restrição e limitação do formato do exercício da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, quando atribui ao proprietário o dever de estabelecer uma destinação social aos seus bens, constituindo uma harmonia da funcionalização da propriedade privada com interesse social, gerando uma humanização das relações jurídicas.

### O humanismo e seu reflexo no direito de propriedade

Abordou-se em linhas anteriores o processo de constitucionalização do Direito Civil, entretanto, outro fenômeno que merece consideração nesta seara é a humanização do direito, que é a condução do princípio da dignidade da pessoa humana para o centro do ordenamento jurídico.

O humanismo surgiu no século XIX e, a partir de então, vários institutos passaram a ser tratados sob a perspectiva de interesses sociais, sendo que o objeto deste trabalho, a propriedade, também foi influenciada por este fenômeno, passando o proprietário a exercer seu direito com equilíbrio entre seu próprio interesse e os direitos coletivos.

Imperioso demonstrar o conceito de humanismo:

**Humanismo** é a filosofia moral que coloca os humanos como principais, numa escala de importância. É uma perspectiva comum a uma grande variedade de posturas éticas que atribuem a maior importância à dignidade, aspirações e capacidades humanas, particularmente a racionalidade<sup>12</sup>.

Com a humanização do direito, com um delineamento de conteúdo social, emerge um novo formato de Direito Privado, sem

---

12 Conceito definido na Wikipédia. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Humanismo>>. Acesso em 17 ago. 2014.

foco no egoísmo, no individualismo e na patrimonialização, com abertura de campo para uma concepção antropocentrista, valorizando e protegendo o indivíduo.

O professor Patryck de Araújo Ayala afirma que vivenciamos “a proliferação de transformações do poder público estatal para a formação de um Estado social, e a imposição de tarefas diferenciadas no contexto de novas necessidades de proteção – agora associadas a objetivos de oferecer não mais proteção civil, mas proteção social em face das diversas modalidades de degradação social da pessoa humana”<sup>13</sup>.

Tornou-se perceptível nas constituições mais atuais contornos de uma diretriz voltada para o social e humanista.

Como visto, dois fenômenos ocorrem paralelamente, sendo o primeiro a constitucionalização do direito civil e o segundo a privatização ou civilização do direito público e, como exemplo desta, cita-se as parcerias público-privadas, podendo ocorrer uma interligação do sistema, consubstanciado em uma espécie de ajuste em prol do indivíduo em consequência do diálogo existente entre o direito e o meio social.

Sabe-se que para o fim a que se destina a Carta Magna se propõe a construir uma sociedade livre, justa e solidária e, sob esse prisma, é que deve ser analisada a propriedade.

Verificou-se alhures que a forma de propriedade passou por várias mutações com o passar do tempo, entre coletiva, individual, absoluta, relativa, até sua concepção atual, com feições mais humanizadas, ou, até aonde efetivamente pretende-se chegar.

De maneira diversa de teorias como a da democratização, nacionalização ou da socialização que fundam-se no acesso aos meios de produção ou na titularidade do domínio, a humanização tem por objeto o exercício do direito da propriedade, com a restrição deste, todavia, respeita o domínio privado.

---

13 AYALA, Patryck de Araújo. *Devido Processo Ambiental e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 158.

Assim, a teoria da humanização do direito de propriedade foca na intensidade do exercício desse direito real, disciplinando que não pode este exercício ocorrer à discrição do titular, porque há limites impostos nos direitos subjetivos de terceiros.

A humanização do direito de propriedade estabelece que o exercício deste direito deve ser realizado de forma funcionalizada, em harmonia com suas finalidades econômicas e sociais, porque é fundamental para a realização das necessidades básicas do ser humano e o titular do direito deve exercê-lo respeitando limites, caso contrário comete abuso e ofende interesse social e ambiental.

A propriedade agrária assume, portanto, importância fundamental, pois trata-se de instrumento vocacionado para a promoção do bem estar social e para a produção de riquezas, devendo o domínio ser um bem com a função de atender necessidades coletivas e não ser exercido de forma contrária aos interesses da sociedade.

Considerando os valores inseridos na Constituição Federal, humanizar o direito de propriedade e não proporcionar o seu exercício em caráter absoluto é medida que se impõe, para permitir que sirva de instrumento de interesse da coletividade, centralizado nos valores humanos e que possa atingir sua função social.

## A propriedade e sua função social

A Leon Duguit<sup>14</sup> é creditada a difusão do conceito jurídico do termo *função social da propriedade*, sendo que este sustentava que a propriedade não era um direito, mas se tratava de uma função social, conforme sustentou em memorável palestra proferida em Buenos Aires, na Argentina, em 1911.

Para Duguit a propriedade deixa de ter um caráter absoluto e o proprietário, por ser portador de um bem de valor – a propriedade, vincula-se a um dever de cumprir uma função social e se o proprietário

---

14 BERNARDES, Juliano Taveira. Da função social da propriedade imóvel. Estudos do princípio constitucional e de sua regulamentação pelo novo Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 151, 4 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4573>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

exercesse o direito sobre a propriedade cumprindo sua missão social era considerado legítimo, todavia, caso contrário poderia haver a interferência estatal para obrigá-lo a cumprir sua função social.

Embora as Cartas Constitucionais de 1934, 1946 e de 1967 tivessem delineamentos acerca da função social da propriedade, verificou-se em linhas anteriores que no Estatuto da Terra de 1964 foi assegurado o acesso à propriedade, desde que o fosse com uso funcional da terra e a última Constituição, de 1988, é que o tema foi abordado de forma ampla, não tratando o tema somente em nível de conceituação, mas estabeleceu requisitos e a alçou a patamar de princípio e a vinculou ao setor econômico e aos direitos e garantias fundamentais.

Em sua obra *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*, Gustavo Tepedino<sup>15</sup> traça um paralelo entre a função social da propriedade segundo as Constituições brasileiras de 1967 e a atual, sendo que naquela a função social da propriedade era tratada como princípio da ordem econômica e social e nesta, a de 1988, é considerada como direito e garantia fundamental, estando disciplinada no art. 5º, inciso XXIII, que estabelece que a propriedade atenderá a sua função social e no art. 186 diz como será exercida esta função.

Para compreensão da expansão da teoria da propriedade como função social, evidentemente que há necessidade de verificação histórica desta, uma vez que o percurso percorrido é marcante e revela uma concepção fundada em aspectos sociais e econômicos do tempo e lugar em que exercido o direito.

No Brasil a evolução do direito de propriedade caminha para a funcionalização, forte em valores do tecido constitucional que norteia rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, enaltecendo que o princípio da função social encontra-se em constante evolução.

Ainda no plano ocidental verifica-se a presença da teoria da propriedade como função social na Carta Constitucional

---

15 TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 267 et seq.

Mexicana de 1917 e também na Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha, cujo texto desta já afirmava naquela época que a “propriedade gera obrigações e que seu uso deve ao mesmo tempo servir ao bem estar social”.

Em razão de conflitos internos ou mesmo por atuação externa, as mais modernas constituições do continente americano incluíram a função social da propriedade rural em seus ordenamentos jurídicos, como o Chile em 1981, a Colômbia em 1991, o Peru em 1993 e o Paraguai em 1994.

Evidente que no mundo capitalista o direito ao exercício da propriedade é garantido pelo ordenamento jurídico, todavia, este deve ser limitado, considerando que a propriedade se trata de um bem comum e o Estado deve fazer prevalecer o interesse social sobre o individual.

No aspecto visto hoje, a função social é originada na evolução do homem e de seus valores, ao atribuir à propriedade o sentido de bem comum e estabelecer uma ordem que limita o uso, sem ameaçar o direito ao exercício da propriedade, porque cria um equilíbrio entre o interesse individual com o que busca a sociedade, conforme afirmou Marquesi, o indivíduo deve fazer uso da propriedade “de uma forma útil à sociedade, usando-o como um instrumento de riquezas e visando à felicidade de todos”<sup>16</sup>.

Como já asseverado neste trabalho, no Brasil o sentido de que a terra como bem de produção deve satisfazer a sociedade está inserto em nosso Código Civil, no art. 1228, onde é tratada a propriedade e a sua finalidade social, em harmonia com o que estabelece a Constituição Federal.

O Brasil é um país de onde da terra é retirado o alimento e sustento do povo, de modo que esta terra não deve ser considerada como um bem a satisfazer poucos nos moldes do individualismo tradicional e sim como um bem comum do povo, pois garante a sobrevivência desta geração e deve ser utilizada para garantir a sobrevivência das gerações futuras.

---

16 MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos Reais Agrários e Função Social*. Curitiba: Juruá. 2001. p. 95.

O eminente jurista Caio Mário da Silva Pereira trata com maestria este assunto quando disciplina que em relação “à propriedade, outro dos três mais significativos pilares estruturais do Direito Civil, não parece restar mais dúvida, na atualidade, a respeito de que ela não é uma função social, mas que – isso sim – tem uma função social que lhe é inerente, significando que se encontrará o proprietário obrigado a dar uma determinada destinação social aos seus bens, concorrendo, assim, para a harmonização do uso da propriedade privada ao interesse social”<sup>17</sup>.

Verifica-se que no século passado, sobretudo no cerrar de suas portas, e avança neste novo, uma tendência do direito de propriedade e a funcionalização deste, com sua alçada a patamar de regra fundamental, influenciando todo o ordenamento infraconstitucional.

Em âmbito nacional pressupõe-se que o direito de propriedade seja exercido em harmonia com os fins econômicos e sociais a que se destina, sendo certo que o direito de propriedade não pode, jamais, ser privilégio de uns, mas sim deve obedecer critérios humanistas e justos, para efetivamente ser um direito que contemple a todos os indivíduos da coletividade.

## Conclusão

Neste trabalho buscou-se, de modo sintético, abordar o conceito de propriedade ao longo do tempo e suas diversas formas até o aspecto atual, quando pode-se verificar uma releitura na atualidade com destinação da mesma a cumprir uma função social, com a limitação do uso da terra e restrição do interesse individualista do proprietário em prol de um interesse maior, que é o da coletividade.

O segundo capítulo destinou-se ao trato da constitucionalização do Direito, retratada na mutação nos ordenamentos jurídicos que passaram a inserir em seus tecidos legislativos contornos de uma

---

17 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil* – alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 70.

democracia social, inclusive com textos constitucionais influenciando institutos de direito privado e aqueles sendo influenciados por normas antes vistas apenas na seara do Direito Civil.

Quando abordado o humanismo e seu reflexo no direito de propriedade, já no capítulo terceiro, entende-se que houve um deslocamento do princípio da dignidade da pessoa humana para o centro do ordenamento jurídico, emergindo um novo formato de Direito Privado com uma concepção antropocentrista, com destacada valorização do indivíduo.

No quarto capítulo é tratada a propriedade e sua função social, com foco na expansão desta teoria e uma restrita abordagem histórica. Com delimitação ao âmbito nacional verificou-se que se pressupõe um exercício do direito de propriedade harmônico com os fins econômicos e sociais a que se destina, sem o sacrifício de direito alheio.

Essa nova releitura do exercício do direito de propriedade tem a finalidade de promover o bem comum, com o objetivo de se conquistar um equilíbrio entre o direito do proprietário e os interesses da coletividade.

Pensar no momento atual e nas futuras gerações, fazendo uso racional e adequado da terra, sem abuso dos recursos naturais, promovendo a funcionalização da propriedade com a promoção do bem estar social é dever de cada um, para que se possa edificar uma sociedade mais humanizada.

## Referências

AYALA, Patryck de Araújo. *Devido Processo Ambiental e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BERNARDES, Juliano Taveira. Da função social da propriedade imóvel. Estudos do princípio constitucional e de sua regulamentação pelo novo Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 151, 4 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4573>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTATUTO DA TERRA. *Lei 4.504/1964*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm)>. Acesso em 16 ago. 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos Reais Agrários e Função Social*. Curitiba: Juruá. 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil – alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais*. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. p. 120. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>. Acesso em 24 ago. 2014.

SILVA, Marluce Aparecida Souza e; THEODORO, Marcelo Antônio. *Manual de metodologia – Elaboração de projetos de pesquisa, dissertações e teses*. Disponível em: <http://200.129.241.80/ppgda/arquivos/img->

onteudo/files/Manual%20de%20Metodologia%20-%20Mestrado%20em%20Direito%2024%2006%202013.pdf. Acesso em: 23 de jul. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

# Litigância de má-fé no âmbito dos Tribunais de Contas: comparativo entre o antigo e o novo CPC e análise de precedentes

*Bad faith's litigation under the Court of Auditors: comparison between the old and the new CPC and previous analysis*

Luciano Pereira da Silva<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que no âmbito dos Tribunais de Contas é plenamente possível se coibir, com aplicação de multa, a conduta caracterizadora de litigância de má-fé, bem como evidenciar que referida sanção se fundamenta utilizando subsidiariamente o Código de Processo Civil (CPC). Reforçando o núcleo do trabalho, apresentar-se-á estudo comparativo do CPC, inclusive do novo, que entrou em vigor em 2016. Também serão colacionados precedentes oriundos dessas Cortes de Contas, por meio dos quais se apenaram responsáveis, interessados ou procuradores por litigância de má-fé.

## PALAVRAS-CHAVE

Tribunais de Contas; litigância de má-fé; novo CPC; precedentes.

## ABSTRACT

*This present article demonstrates that is possible to show how under the Courts of Auditors restrain with a fine of application characterizing conduct in bad faith's litigation, as well as evidence that the sanction is based using alternative the code of civil procedure (CPC). Strengthening the core of the work to introduce this comparative study of the CPC including the new which came into effect in 2016. It will also be collated previous arising from these Accounts of Courts by which are deemed responsible, interested or attorneys for litigation of bad faith.*

## KEYWORDS

*Court of Auditors; bad faith's litigation; new CPC; precedent.*

---

<sup>1</sup> Chefe de Gabinete de Conselheiro no TCE-TO. Graduado em Direito, pós-graduado em Gestão Pública, pelo Instituto de Pós-Graduação Iepe, com especialização em Gestão Pública com Ênfase no Controle Externo, pelo Instituto Brasileiro de Pós-Graduação e Extensão (IbpeX). E-mail: lspnto@hotmail.com

## Introdução

Notadamente o instituto litigância de má-fé tornou-se lugar-comum no âmbito do Poder Judiciário, principalmente à vista do volume de ocorrências de sua prática. Assim, exigiu-se de estudiosos, operadores do direito e daqueles favoráveis à plenitude da lealdade processual, que se reprimisse essa prática desrespeitosa com maior intensidade.

Como resultado, atualmente, existem importantes obras abordando a temática, diversas correntes de pesquisa são contempladas e sedimentou-se legislação nesse sentido. Essas condições permitem aos juízos e membros de órgãos que prolatam decisões de caráter administrativo (como exemplo os Tribunais de Contas, cerne deste estudo) que reprimam aqueles que se utilizam de ardis e elementos reprováveis, fazendo com que o processo se apresente amalgamado por características que têm o objetivo único de desestabilizar a adequada e leal marcha processual.

É sabido que as normas são estatuídas com alargada margem de correção, mas não estanques, daí por que constantemente sofrem mudanças.

Conceitos que foram fundamentos – princípios – para que o legislador extraísse o espírito e assim estabelecesse regras, com o decorrer do tempo, necessitam de nova avaliação, reclamando, dessa forma, que as normas sejam atualizadas e aperfeiçoadas.

Nesse sentido, tendo em vista que o processo se apresenta como mecanismo de pacificação social, é inconcebível se tolerar qualquer abuso de direito ou outro meio tendente a configurar litigância de má-fé.

Conforme mencionado inicialmente, a repressão à litigância de má-fé é frequente no Poder Judiciário, à proporção que no âmbito dos Tribunais de Contas referido desrespeito processual ainda é coibido de forma incipiente.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo apresentar estudo sobre a litigância de má-fé, com enfoque na sua aplicabilidade e coibição no âmbito dos Tribunais de Contas, cujos órgãos, talvez por emitirem decisões de caráter administrativo, encontram-se em fase

inaugural quanto à penalização, com sanção, diante de comprovado exercício de ato nocivo à lealdade processual.

Visa ainda apresentar aspectos históricos desse instituto, a partir de sua origem no Brasil, sua tipificação prevista no Código de Processo Civil (CPC) revogado, em contraponto às alterações trazidas pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que sancionou o Código de Processo Civil, cujos efeitos entraram em vigor no início de 2016.

Buscar-se-á, outrossim, verificar se os Tribunais de Contas preveem em suas leis orgânicas, regimentos internos e legislações congêneres, dispositivos responsáveis por aplicar sanção ante as incursões processuais reveladoras de litigância de má-fé.

Nessa perspectiva, tenciona-se demonstrar se essas Cortes de Contas, conforme atua o Poder Judiciário, procuram estacar lides temerárias, ainda que não prevejam em seus ordenamentos a previsão de reprimenda à litigância de má-fé, diante da possibilidade de as leis orgânicas e regimentos internos permitirem a possibilidade de os Tribunais de Contas, ante omissões legislativas, socorrerem-se, subsidiariamente, do CPC.

Ressalta-se que, para o desenvolvimento do presente estudo, foram utilizadas técnicas científicas gerais de pesquisa, norteadas pela análise de documentação bibliográfica, com lastros em pensadores e doutrinadores nacionais e estrangeiros, inclusive com a consulta direta a textos legais.

De igual forma, efetivou-se também consultas diretamente aos Tribunais de Contas, por meio da emissão de comunicação identificada. Essas consultas foram encaminhadas às ouvidorias com o escopo de identificar se essas Cortes de Contas disciplinaram em seus respectivos ordenamentos a previsão de sanção em caso de litigância de má-fé e se já apenaram responsáveis, interessados ou mesmo procuradores diante dessa prática deliberada.

Ainda que não se pretenda exaurir o assunto, os aspectos trazidos a lume visam enriquecer o debate sobre a possibilidade de também se reprimir a litigância de má-fé perante as Cortes de Contas. Isso porque, a despeito de quase não existirem bibliografias a esse

respeito no âmbito dos Tribunais de Contas, colacionar-se-ão julgados oriundos dessas Cortes, em que se aplicou multa àqueles que lançam mão de instrumentos processuais que têm como fim único obstruir a natural marcha processual, contrária à postura ética, leal, caracteriza pela boa-fé, que se determina em um estado de direito.

### Dos deveres das partes e dos procuradores e boa-fé processual: o antigo e o novo CPC

Impende ressaltar que anteriormente ao aprofundamento no estudo especificamente perante os Tribunais de Contas, necessário se faz, primeiro, ainda que rapidamente, tecer algumas considerações sobre os deveres das partes e de seus procuradores, com foco no novo CPC.

Assim, caso se vislumbre evidência da litigância de má-fé, restará desrespeitado o princípio do dever de lealdade processual.

Para Márcio Louzada Carpena, a lealdade processual compreende postura ética, honesta e franca, de boa-fé, proba que se exige em um estado de direito; ser leal é ser digno, proceder de forma correta, lisa, sem se valer de artimanhas, embustes ou artifícios<sup>2</sup>.

Sob a ótica de Nery e Nery, a lealdade processual trata-se, na realidade, de um dever a ser observado pelo jurisdicionado<sup>3</sup>. Está intimamente ligado ao princípio da probidade processual, segundo o qual cabe às partes sustentarem suas razões dentro da ética e da moral, não se utilizando de chicana e fraude processual.

Divide-se probidade no dever de agir de acordo com a verdade; dever de agir com lealdade e boa-fé; e dever de praticar somente atos necessários à sua defesa.

Nesse sentido, em uma análise gramatical, constata-se que o legislador que elaborou o novo Código de Processo Civil<sup>4</sup>, quanto aos

---

2 CARPENA, Márcio Louzada. Da (des)lealdade no processo civil. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Gênese, n. 35, 2005. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/textos/artigos/html/Artigo%20-%20OFICIAL%20Dever%20de%20lealdade%20RJ%20-%20Marcio%20Carpena-%20%20%20%20%20formatado.htm>>. Acesso em: 28 set. 2015.

3 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 196.

4 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

deveres das partes e dos seus procuradores, promoveu importantes alterações, posto que o CPC<sup>5</sup> anterior tinha a seguinte redação:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Já o CPC que entrou em vigor estabelece o seguinte:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V – declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

---

5 BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm#art1218](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1218)>. Acesso em: 12 set. 2015.

Em rápida análise, constata-se que, em comparação ao inciso I, ambos os códigos possuem idêntica redação. Enquanto o inciso II do novo CPC suprimiu a redação antiga (**II – proceder com lealdade e boa-fé**), mantendo-se, em seu lugar, praticamente a redação do inciso III do antigo código (III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento), apenas sofrendo sutis alterações gramaticais, com fim de melhor adequar o referido inciso. Essas mudanças também se aplicaram ao inciso IV do CPC que entrou em vigor em 2016, vez que praticamente manteve a íntegra do inciso V, do antigo código. De modo que os incisos V e VI, do CPC recém-sancionado, trouxeram inovações.

Conforme destacado, o legislador houve por não mais manter no CPC há pouco em vigor, o inciso sobre *lealdade e boa-fé*. A respeito da referida exclusão, sucessivas críticas emergiram, dentre as quais há de se destacar as feitas por Viana e Stolze, segundo os quais é a esta boa-fé, a boa-fé objetiva, que o legislador deve expressar, claramente, no novo CPC, a sua reverência. E tal reverência exige que o enunciado esteja inserido em um dos dispositivos topologicamente integrantes do conjunto dos enunciados que proclamam as bases em que o intérprete deve se ancorar quando se debruçar sobre uma norma processual.

Por oportuno, é salutar distinguir a boa-fé objetiva da subjetiva. Fredie Didier Júnior assenta que não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o manifesto propósito protelatório, apto a permitir a antecipação dos efeitos da tutela, conforme previsto no inciso II do artigo 273 do CPC revogado<sup>6</sup>.

Sobre boa-fé objetiva e subjetiva, José Marcelo Barreto Pimenta assim consigna:

A primeira diz respeito à norma, isto é, é a norma que impõe um comportamento leal, ético, de acordo com a boa-fé. Já a segunda diz

---

6 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão*: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. Escrito em homenagem a Ovídio Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 39.

respeito a fato, a um estado de consciência, opondo-se a má-fé. É no primeiro contexto que se insere o princípio da boa-fé processual, que, como visto, vem delineado pelo inciso II do art. 14 do CPC (*revogado*).

Tal dispositivo legal em nada se relaciona com a boa-fé subjetiva (a intenção do sujeito do processo). Ao revés, é norma impositiva de condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, sem se perquirir acerca das más ou boas intenções. Alcança não só as partes, mas todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, inclusive o próprio magistrado.

Dessa forma, nos dizeres de Viana e Stolze, importante que o legislador repensasse a maneira de verter para o novo CPC a proclamação do princípio da boa-fé objetiva no processo civil. Isso porque, se bem pensada a situação, a boa-fé objetiva não é somente uma norma de conduta a ser seguida pelos diferentes sujeitos das distintas relações jurídicas, seja de direito material ou de direito processual, mas por todos os atores que, de alguma forma, se relacionam, juridicamente ou não, com outras pessoas. Assim, para que se possa dimensionar o alcance da exigência de que todos, no processo, atuem em consonância com a boa-fé objetiva, é de todo necessário distingui-la da boa-fé subjetiva.

Nessa linha, vale, de logo, o alerta de que a valorização da boa-fé objetiva não significa, nem de longe, que a boa-fé subjetiva tenha sido proscrita. Muito pelo contrário. A boa-fé subjetiva continua exigível, e mais exigível do que antes, já que a cada dia é reduzida a tolerância, no campo das relações civilizadas, quaisquer que sejam elas, a comportamentos baseados na má intenção.

Por consectário lógico, na relação de dever processual, o princípio da boa-fé, cuja aplicação não mais comporta recuos, ao lado do princípio do devido processo legal e do princípio do contraditório adequadamente redimensionado, compõe o esqueleto de sustentação do processo cooperativo, modelo processual que já estava em vigor e cujas características tendem a ser significativamente realçadas no novo CPC, de acordo com Viana e Stolze.

Portanto, tem-se que a manutenção da lealdade processual, como imperativo necessário, ultrapassa os postulados éticos constitucionalmente estabelecidos, de modo que emerge como consequência lógica do devido processo legal, caminhos suficientemente adequados ao cumprimento do acesso à justiça.

Humberto Theodoro Júnior reforça o acima consignado, sustentando que, no sistema democrático de processo, o resultado da prestação jurisdicional é gerado pelo esforço conjunto de todos os sujeitos processuais, inclusive, pois, do autor e do réu<sup>7</sup>. Não basta que o juiz se comporte eticamente. O mesmo padrão de conduta há de ser observado pelas partes e seus advogados.

### Litigância de má-fé e sua origem

Antes de aprofundar o estudo do direito material sobre a litigância de má-fé, importante se fazer uma incursão, ainda que breve, acerca da origem e evolução histórica mundial desse instituto, com enfoque no seu nascimento no Brasil.

Kaethe Grosmann constata que vem do início da formação dos mandamentos clássicos, como o direito grego, o direito romano e o direito canônico<sup>8</sup>. Já na Grécia encontram-se referências sobre o dever de veracidade aplicável ao processo, por meio de um juramento prévio à ação, no sentido de as partes sustentarem a retenção e a defesa, convictas do respectivo direito, e manterem correção em todos os atos do processo. Não cumprindo o juramento, era imposta uma pena ao litigante faltoso.

Levando em consideração que o cerne deste estudo é comprovar que os Tribunais de Contas, embora de maneira tímida, vêm responsabilizando pela prática da litigância de má-fé, reserva-se a não apresentar, com toda a sua profundidade, quanto aos aspectos

---

7 THEODORO JUNIOR. Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 368, junho, 2008. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\).formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3).formatado.pdf)>. Acesso em: 4 jul. 2015.

8 GROSMANN, Kaethe. *O dever de veracidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945. p. 278.

históricos desse instituto, pois se sabe que é de grandeza solar a sua extensão, motivo por que se resguarda a consignar apenas o seu marco inicial, conforme já assentado.

No Brasil, conforme descreve Leonel Maschietto, a litigância de má-fé principiou por ocasião da institucionalização das Ordenações Manuelinas e Filipinas, pois a exigência da verdade encontra-se disciplinada (Livro 3º, proêmio e parágrafo 1º) por intermédio de um juramento, semelhante ao de calúnia, pelo qual as partes comprometiam-se a litigar de boa-fé e abster-se de toda fraude. O juramento podia ser geral ou especial para cada ato processual.

Ressalta o autor que, mesmo o Brasil se desvinculando politicamente de Portugal em 1822, as Ordenações Filipinas foram integradas à lei brasileira, por meio do Decreto de 20.10.1823, passando a reger o processo civil no Brasil. Tal situação perdurou até 20.11.1850, quando foi instituído o Código de Processo Comercial, denominado Regulamento 737.

Pois bem. Com o advento do primeiro Código de Processo Civil pátrio (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939), que vigorou a partir de 1940, definitivamente a coibição à litigância de má-fé fora instituída no País, uma vez que teve previsão nos artigos 3º e 63º do mencionado código:

Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.

Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.

(...)

---

9 BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.

[...]

Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

§ 1º Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa.

§ 2º Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.

§ 3º Se a temeridade ou malícia for imputável ao procurador o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

Embora se apresentasse caracterizado por certa generalidade, o legislador do século pretérito demonstrou considerável amadurecimento ao disciplinar a vedação a tais condutas, que integram o conjunto de atividades contrárias às respeitáveis e regulares composições processuais, denominada litigância de má-fé, pois seguramente foi responsável por mais uma mudança de paradigma.

De uma leitura, principalmente do artigo 63, do mencionado Diploma, constata-se, em seus parágrafos, que o legislador disciplinou a previsão de condenação da parte vencedora que tivesse se conduzido de maneira temerária, em qualquer incidente do processo, de modo que teria de pagar as despesas causadas à parte contrária. Se se tratasse de temeridade ou ardil praticado por procurador, seria oficializado pelo juiz ao Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil.

Na sequência, quanto à previsão da disciplina visando punir a prática de litigância de má-fé, os códigos estatuídos posteriormente no Brasil procuraram tipificar as condutas ensejadoras desse instituto, de tal sorte que a comportamento passou a ser punido com maior efetividade.

## Litigância de má-fé: conceitos doutrinários e aspectos do novo CPC

Inicia-se a conceituação de litigância de má-fé tomando por base os pilares doutrinários de Norberto Bobbio, o qual entende que norma é eleita do ponto de vista a formar como proposição, e esta, por sua vez, é um conjunto de palavras que possui um significado em sua unidade<sup>10</sup>.

Bobbio acrescenta ainda que ao jurista é atribuída a tarefa de construir o sistema de conceitos jurídicos tal como se deduzem das leis positivas, tarefa puramente declarativa ou recognitiva, e não criativa – lê-se aqui não legislativa – e de extrair dedutivamente do sistema assim construído a solução de todos os possíveis casos controversos<sup>11</sup>.

Nas linhas de Gelson Amaro de Sousa, a litigância de má-fé deve ser considerada como aquela atitude tomada por alguma das partes ou por terceiro interveniente (assistente, *amicus curiae* etc.), que se posiciona contrariamente ao que seria a boa-fé.

Anota Dotti Doria que a litigância de má-fé se caracteriza pelo agir em desconformidade com o dever jurídico de lealdade processual<sup>12</sup>.

Já o professor Theodoro Junior ressalta que a definição de litigância de má-fé encontra-se assentada em nosso sistema normativo, sobre conceitos e noções genéricas e vagas, como sói acontecer com preceitos éticos em geral<sup>13</sup>. Noções como ‘lealdade e boa-fé’, ‘resistência injustificada’, ‘procedimento temerário’, etc. não correspondem a normas precisas, mas a regras principiológicas, que mais se apresentam como parâmetros do que como comandos normativos.

Conforme sustenta Maicon de Souza e Souza, o julgador, nesse

10 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Bauru-SP: Edipro, 2003. p. 72-73

11 Ibidem, p. 72.

12 DOTTI DORIA, Rogéria. A litigância de má-fé e a aplicação de multas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 648-655.

13 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I, 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

novo panorama processual, não pode se comportar como mero locutor da lei, posto que o direito processual civil necessita ser interpretado conforme a Constituição, evitando-se a frieza da legalidade estrita, uma vez que se prima pela legalidade substancial. Assim, o juiz, pautado nos princípios de cooperação e lealdade processual, que devem reger a atuação das partes litigantes e a sua, precisa compreender e interpretar os regramentos normativos contidos na sintaxe da causa que lhe é apresentada, mediante a subsunção do problema à força normativa da Constituição. Logo, o julgador passa a ser verdadeiro condutor moral do processo.

Assim como a parte ou interveniente que, no processo, age de forma contrária, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo do processo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo, procrastinando o feito, conforme Nery Júnior<sup>14</sup>.

Há de se utilizar tinta relevo para ressaltar a inteligência do artigo 80 do novo CPC, cujo dispositivo classifica os casos em que se individualiza a litigância de má-fé, de igual sorte o artigo 81 do mesmo Diploma, o qual disciplina a aplicação de multa e suas gradações, proveniente de má-fé. Veja-se:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II – alterar a verdade dos fatos;
- III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI – provocar incidente manifestamente infundado;
- VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

---

14 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 213.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Logo, o descumprimento à obrigação de lealdade processual representa, como derradeira compreensão, ato contrário à dignidade da justiça; por consequência, faz por merecer pronta desaprovação pelo Poder Judiciário e, em vista do escopo deste trabalho, também por parte dos juízes das Cortes de Contas (ministros, ministros-substitutos e conselheiros e conselheiros-substitutos).

### Fundamentos para aplicabilidade subsidiária do CPC nas Cortes de Contas

Necessário se faz compreender, inicialmente, o fluxo processual no TCU, conforme orientação do ministro Benjamin Zymler, segundo o qual vale lembrar que a relação processual triangular no Tribunal de Contas é *sui generis*, posto que “a unidade técnica do TCU incumbida da instrução do processo e o próprio responsável posicionam-se em dois vértices (partes), enquanto o terceiro, destinado ao ‘Estado-juiz’, é ocupado pelo relator ou Colegiado competente (Câmara ou Plenário)<sup>15</sup>”.

---

15 ZYMLER, Benjamin. Processo administrativo no Tribunal de Contas da União. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Prêmio Serzedello Corrêa 1996*: monografias vencedoras. Brasília: TCU, 1997. p. 166.

Pois bem. O ponto inicial que confere base legal às Cortes de Contas punirem àqueles que atentem contra a lealdade processual, praticado, por exemplo, com o fim único de obstaculizar e/ou protelar a boa e correta marcha processual, com a sanção de multa por litigância de má-fé, fundamenta-se no emprego do Código de Processo Civil em suas decisões, de modo subsidiário, visando enfrentar possíveis omissões normativas existentes, ainda não supridas nas respectivas leis orgânicas e regimentos internos.

Esse permissivo de os Tribunais de Contas utilizarem subsidiariamente o CPC teve marco inicial no Tribunal de Contas da União, por meio da Súmula nº 103, de 25 de novembro de 1976, a qual determina:

Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil (grifo nosso).<sup>16</sup>

Posteriormente, o regimento interno do próprio Tribunal, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002, alterada pela Resolução TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011<sup>17</sup>, autoriza a utilização subsidiária do CPC e outras normas processuais.

Seguindo orientação do modelo constitucional de institucionalização do TCU, boa parte dos demais Tribunais de Contas também inseriu em seus regimentos internos o permissivo de se utilizar, ante os casos omissos ou dúvidas, a aplicação subsidiária do CPC.

Citam-se, exemplificativamente, Tribunais de Contas que, na trilha do TCU, incluíram em seus respectivos regimentos internos tal comando:

- Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (Resolução Normativa nº 002/2002, artigo 401, IV);

---

16 BRASIL. Súmula nº 103, de 25 de novembro de 1976. DOU, Seção I, 16/12/1976. Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om\\_isapi.dll?clientID=168004&infobase=sumulas.nfo&jump=S%famula%20039%2ftcu&softpage=Document42](http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=168004&infobase=sumulas.nfo&jump=S%famula%20039%2ftcu&softpage=Document42)>. Acesso em: 12 set. 2015.

17 REGIMENTO TCU

Art. 298. Aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica.

- Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (Resolução nº 1028/2015, artigo 147);
- Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (Deliberação nº 167/1992, artigo 180);
- Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (Resolução Administrativa nº 073/2009, artigo 271);
- Tribunal de Contas do Estado do Piauí (Resolução TCE-PI nº 13/2011, artigo 479);
- Tribunal de Contas do Estado do Paraná (Resolução nº 1/2006, artigo 537).

Diante da possibilidade de o Tribunal de Contas da União empregar subsidiariamente o Código de Processo Civil, aportou no Supremo Tribunal Federal (STF) o Mandado de Segurança nº 24.961-7, em que o STF entendeu pela possibilidade de utilização subsidiária do CPC a processo administrativo do Tribunal de Contas. A seguir, transcrevem-se excertos do destacado *writ*:

De acordo com a jurisprudência desta Corte, não há necessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento se intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Nesse sentido, menciono o MS 24.961/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

[...]

II. – Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DISPOSTO NO ART. 236, CPC.

Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial.

III. – Mandado de Segurança indeferido (grifo nosso).

Ademais, há dese destacar que a colmatção de possíveis lacunas, que permite a utilização do CPC, toma por base também o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>18</sup> (Decreto-Lei

<sup>18</sup> Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

nº 4.657/1942<sup>19</sup> e decorrentes alterações), conjuntamente com o artigo 126<sup>20</sup> do Código de Processo Civil, cujos dispositivos preveem o emprego da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Analisando, nesse particular, em confronto com o novo CPC, que entrou em vigor recentemente, constata-se que o legislador houve por promover supressão na redação do citado artigo, que passa a ser o art. 140, a qual tem a seguinte disposição:

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Em comparação, no *caput* do referido artigo, praticamente não houve alteração, apenas foi suprimida a expressão “sentenciar ou despachar alegando”, por “decidir sobre”. De maneira que foi incluído o parágrafo único ao artigo.

Com vistas à utilização de normas processuais no âmbito dos Tribunais de Contas, tem-se que o método possível de agregar é o emprego da analogia, conforme lição de José Manoel de Arruda Alvim Netto:

Na *analogia*, parte-se de duas situações: uma, regulada por determinada norma; outra, que não foi sequer cogitada pelo legislador. Devido, precisamente, à analogia entre as duas situações, aplica-se, então, a norma às duas, ou seja, à situação expressamente prevista e à situação que, embora não prevista, é *similar* àquela que o é. Na analogia, pois, há duas situações: a prevista e a que lhe é análoga, ou seja, o fato ou a situação análoga.<sup>21</sup>

---

19 BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De14657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

20 Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

21 NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Já Maria Helena Diniz constata que, para a aplicação da analogia, necessita do cumprimento a certos imperativos<sup>22</sup>. O primeiro pressuposto é que o caso concreto em análise não esteja previsto em norma jurídica, vez que, caso existisse regramento disciplinando matéria, estar-se-ia diante de interpretação extensiva.

A segunda exigência trata-se dos pressupostos de identidade entre o caso não contemplado.

Posto isso, constata-se que, apesar de o legislador não haver estatuído instrumentos com o fim de coibir toda a prática de litigância de má-fé, possibilitou que os Tribunais de Contas dispusessem de mecanismos para suplantar posturas processuais tendentes a retardar a marcha natural dos processos no âmbito das Cortes de Contas, impregnada pelo atuar contrariamente ao dever jurídico de lealdade processual.

Exemplo disso infere-se do artigo 158 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992<sup>23</sup> (Lei Orgânica do TCU), dispositivo praticamente de repetição também no artigo 268 do regimento interno do citado Tribunal<sup>24</sup>, os quais preveem a possibilidade de aplicação de multa, ante as condutas tipificadas nos dispositivos.

Por consequência, as Cortes de Contas dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, ao estatuírem suas leis orgânicas e regimentos internos, reproduziram, guardadas as adequações, a redação oriunda do Tribunal de Contas da União, de modo que praticamente todos esses tribunais preveem a sanção de multa nas condições já elencadas.

A título exemplificativo, mencionam-se a seguir normativos de Tribunais de Contas que disciplinam a matéria em cotejo:

22 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 160.

23 Art. 58. [omissis] (...)

V – obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;

VI – sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;

24 Art. 268. [omissis] [...]

V – obstrução ao livre exercício das auditorias e inspeções determinadas, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o *caput*;

VI – sonegação de processo, documento ou informação, em auditoria ou inspeção, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o *caput*;

- Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (Lei Orgânica, artigo 109); Tribunal de Contas do Estado do Ceará (Lei Orgânica, artigo 61, VI e VII);
- Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (Lei Orgânica, artigo 39, V e VI);
- Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (Lei Orgânica, artigo 42, III, IV).

Com vistas a concluir essa espécie de fluxo normativo por meio do qual os Tribunais de Contas detêm respaldo jurídico para colmatar, no caso concreto, todas as finalidades por que circunda o instituto litigância de má-fé, impende consignar que a Lei Orgânica do TCU, no artigo 5<sup>o</sup><sup>25</sup> (e dos demais tribunais), destaca aqueles responsáveis por praticarem atos sujeitos ao controle dessa Corte de Contas, em respeito ao modelo constitucional previsto no artigo 70, parágrafo único, e artigo 71, da Constituição Federal.

---

25 Art. 5<sup>o</sup> A jurisdição do Tribunal abrange:

- I – qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1<sup>o</sup> desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária;
- II – aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;
- III – os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal;
- IV – os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
- V – os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;
- VI – todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei;
- VII – os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
- VIII – os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5<sup>o</sup> da Constituição Federal;
- IX – os representantes da União ou do Poder Público na Assembleia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruínoza ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.

## Litigância de má-fé: precedentes do TCU e de Tribunais de Contas

Conforme já consignado, a linha de pesquisa adotada também contemplou a coleta de dados por meio das ouvidorias dos Tribunais de Contas, de modo que os precedentes que integram este trabalho foram obtidos por meio da referida pesquisa.

Inicia-se o estudo sobre esses julgados, destacando decisão oriunda do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

Referido Tribunal aplicou ao determinado licitante, que, diante de não haver logrado êxito em procedimento licitatório, verteu toda sua irresignação ao propor Exceção de Suspeição do Relator, o qual, na oportunidade, presidia a análise de representação, também proposta pelo licitante.

Diante de tal incúria praticada pelo excipiente, ao apresentar suas contrarrazões (Doc. Junta 955715/2014. Processo nº 154/2014<sup>26</sup>), o conselheiro/relator pugnou, entre outros aspectos, para que fosse aplicada multa ao excipiente, por se utilizar de ardid, ao provocar incidente manifestamente infundado, ferindo, assim, o princípio da lealdade processual, fato que configuraria litigância de má-fé.

Veja-se o excerto da propositura do excepto, por ocasião da apresentação das contrarrazões:

2. Seja aplicada multa ao excipiente, nos termos dos arts. 159 e 401, VI do RITCE-TO e arts. 17, VI, 18 e 739-B do CPC, em face da patente inobservância de fundamentos comprobatórios mínimos a pretensão do excipiente, vez que se coaduna em litigância de má-fé, conforme exaustivamente exposto.

Diante da orientação apresentada nas contrarrazões, ao analisar o mérito, o Plenário do TCE-TO, por meio da Resolução nº 362/2014 – TCE-TO – Pleno, de 18/6/2014, decidiu por não acatar a exceção de suspeição, arquivando-a, por consequência. Entretanto aplicou sem multa ao excipiente, conforme trechos da resolução a seguir em destaque:

---

26 Disponível em: <<http://www.tce.to.gov.br/e-contas/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

RESOLUÇÃO Nº 362/2014 – TCE-TO – PLENO – 18/06/2014  
PROCESSO Nº 154/2014

RESOLVEM os membros do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, reunidos em Sessão Plenária, com supedâneo no artigo 132, II, da LOTCE-TO:

(...)

8.1 não acatar o presente Incidente de Exceção de Suspeição oposto pelo senhor Claudinei Alves Menezes (CPF nº 031.055.601-57), por meio da sua causídica legalmente constituída (§ 2º do art. 220 do RITCE-TO), a Dra. Kátia Botelho Azevedo – OAB/TO nº 3950, em desfavor do Conselheiro Severiano José Costandrade de Aguiar na condição de Relator dos Autos de nº 09850/2013\_Representação em face da Concorrência de nº 005/2013 e, em consequência, determinar o arquivamento destes Autos de nº 0154/2014;

8.2 aplicar multa no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) ao Excipiente, o senhor Claudinei Alves Menezes (CPF nº 031.055.601-57) pela conduta deliberada em procrastinar o andamento dos Autos de nº 09850/2013 em evidente inobservância ao princípio da lealdade e da boa-fé processual, em cotejo com os arts. 14, II, 17, VI e 18, primeira parte do caput, todos do CPC, de aplicação subsidiária a este Sodalício nos termos do inc. IV, do art. 401 do RITCE-TO; (grifo nosso).

O Tribunal de Contas da União também levou a efeito julgado paradigma, materializado no Acórdão nº 261/2012 – TCU – Plenário, da relatoria do ministro Walton Alencar Rodrigues, em apreciação de recurso de reconsideração, ante a tomada de contas especial que julgou irregulares as contas de convênio, com imputação de débito e aplicação de multa ao responsável.

Aseguir, transcrevem-se excertos do citado julgado, em que o TCU negou provimento ao recurso em tela, promovendo o seu arquivamento. Todavia, aplicou-se multa ao recorrente por litigância de má-fé:  
ACÓRDÃO Nº 261/2012 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 003.851/2009-0.

(...)

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de recurso de reconsideração contra o Acórdão nº 6.764/2009, 1ª Câmara, em que se identificou a apresentação de documentos fraudados, pelo responsável.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos artigos 14, inciso I, 17, inciso II, e 18 do Código de Processo Civil, e 298 do Regimento Interno, em:

(...)

9.1. aplicar a Arlindo Adelino Troian, a multa prevista no art. 18 do Código de Processo Civil, no valor de R\$ 725,00 (setecentos e vinte e cinco reais), fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal, o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do presente acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

Outro julgado que merece destaque advém do Tribunal de Contas do Estado do Pará. Ao analisar processo de denúncia, em que particular tentava receber alugueres em atraso, entendeu o citado Tribunal, dada as condicionantes e elementos dos autos (Processo nº 2010/50221-6), que o denunciante se utilizou da *lide* como sucedâneo de ação judicial de cobrança.

Nesse passo, cita-se trecho do Acórdão nº 48.985/2011, em que o conselheiro relator Ivan Barbosa da Cunha assim consignou:

A este respeito, parece-me clara ocorrência de litigância de má-fé por parte da denunciante, assim prevista no Código de Processo Civil:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

(...)

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal.

Destarte, o plenário do TCE-PA reputou ser improcedente a denúncia, via consequência opinou pelo seu arquivamento.

Embora restasse configurada a litigância de má-fé, tal multa não foi aplicada, em virtude de o responsável já haver falecido, posto que tal sanção é personalíssima.

Por fim, registre-se ainda, conforme respostas obtidas por meio das ouvidorias dos TCs, que o Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás prevê, no artigo 47-A<sup>27</sup>, de sua Lei Orgânica (Lei nº 15.958/2007) a aplicação de multa àqueles que oporem embargos de declaração meramente protelatórios.

De igual forma, há que se destacar respeitável iniciativa do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, ao disciplinar, através do artigo 137<sup>28</sup>, do Regimento Interno (Resolução nº 1028/2015<sup>29</sup>), as situações em que se coíbe com aplicação de multa diante de condutas personificadas de má-fé. Acrescente-se que o regimento interno do mencionado Tribunal entrou em vigor recentemente, em 1º de junho de 2015.

Este tribunal pune também, com aplicação de multa, quando se opõem embargos manifestamente protelatórios.

Inclusive eleva-se o valor da multa aplicada, caso seja reiterada a oposição de embargos protelatórios, condicionando a interposição de qualquer outra espécie recursal ao adimplemento do valor respectivo, conforme estabelecem o artigo 126, §§ 4º e 5º<sup>30</sup> do R.I. do TCE-RS.

---

27 Art. 47-A. Sempre que nos processos em tramitação no Tribunal for constatada conduta sujeita a multa, tipificada nesta Lei, no ato que os julgar ou apreciar, será determinada a instauração do processo de imputação de multa, em que conste a qualificação do agente, o dispositivo legal violado, o resumo da conduta e o *quantum* da multa, no valor máximo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), observando-se os percentuais seguintes, aos responsáveis por:

(...)

VII – interpor Embargos junto ao Tribunal julgados manifestadamente protelatórios, de dois a quinze por cento;

28 Art. 137. O órgão julgador poderá aplicar, inclusive de ofício, a multa a que se refere o artigo 135 àquele que proceder de má-fé no âmbito dos processos que tramitam no Tribunal de Contas.

§ 1º Procede de má-fé aquele que:

I – alterar a verdade dos fatos;

II – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; e

III – proceder de modo temerário em qualquer ato do processo.

29 REGIMENTO TCE-RS.

30 Art. 129. Cabem embargos de declaração quando houver, na decisão, obscuridade, contradição ou omissão que devam ser sanadas.

(...)

§ 4º Quando manifestamente protelatórios os embargos, o órgão julgador poderá aplicar multa ao embargante, conforme artigos 135 e 137, inciso II, deste Regimento.

## Conclusão

Constata-se que o instituto litigância de má-fé se encontra plenamente aprimorado no âmbito do Poder Judiciário, pois conduta caracterizadora de tal deslealdade processual é exemplarmente combatida, principalmente devido ao volume de ocorrências perante aquele Poder.

A efetividade na contenção de tal prática processual se deve a respeitáveis estudos sobre o tema e, principalmente, a rígidas leis, objetivando impedir que processos se apresentem com o objetivo inusitado de desestabilizar a adequada e leal marcha processual.

Nesta perspectiva, tem-se que no âmbito dos Tribunais de Contas também existem instrumentos legais suficientes para coibir tal conduta.

Pela observação dos aspectos analisados, buscou-se comprovar que perante essas Cortes é possível punir responsáveis, interessados, procuradores, que se utilizam do processo administrativo impingido de deslealdade, faltando deliberadamente com a verdade e empregando artifícios fraudulentos, condutas caracterizadoras por matizes que conduzem à litigância de má-fé. Tal possibilidade se enraíza principalmente nos normativos internos destas Cortes de Contas, empregados de forma subsidiária a partir do Código de Processo Civil, ou, mesmo, disciplinados nos seus próprios regimentos internos, conforme a respeitável iniciativa do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, já demonstrada em linhas anteriores.

Exemplo de que a litigância de má-fé pode ser igualmente combatida no âmbito dos TCs são os julgados paradigmas apresentados neste estudo, oriundos do Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, Tribunal de Contas do Estado do Pará, Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás e Tribunal de Contas do

---

§ 5º Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do valor respectivo.

Estado do Rio Grande do Sul, cujas cortes inauguraram respeitável marco jurídico-administrativo ao aplicarem multa, por litigância de má-fé ou disciplinarem tal sanção, aos atores que se utilizarem de expedientes duvidosos, com o fim de lograr êxito naquilo que, sabidamente, trata-se de processo difícil ou impossível de vencer, de modo a estender, propositadamente, o andamento do processo.

Nesse sentido, sabe-se que as normas são estatuídas com alargada margem de correção, mas não são estanques, daí por que constantemente sofrem mudanças.

Conceitos que foram fundamentos para que o legislador extraísse o espírito e assim instituíssem regras, com o decorrer do tempo, necessitam de nova avaliação, reclamando, dessa forma, que as normas sejam atualizadas e aperfeiçoadas.

É com esse espírito que as demais Cortes de Contas, sobretudo os Tribunais de Contas dos estados e dos municípios, devem reestruturar seus respectivos arcabouços normativos, a exemplo das iniciativas oriundas dos Tribunais de Contas mencionados neste trabalho.

Alterações legislativas contribuiriam, sobremaneira, para a diminuição dos conhecidos estoques de processos. Isso porque a repressão à litigância de má-fé, ao se tornar mais aparente, dotada de instrumentos legais, por meio de sanção personalíssima de multa, aplicada pelos julgadores dos Tribunais de Contas, seguramente se evitaria, por exemplo, que recursos objetivando combater decisão lavrada em prestação de contas sejam interpostos sem suporte probatório suficientemente para serem providos.

Ou mesmo que sejam interpostos tendo como tese de defesa as mesmas justificativas e suportes probatórios que foram apresentados por ocasião da análise da prestação de contas.

Ainda sobre recursos, há que se fazer um hiato e mencionar a iniciativa do Tribunal de Contas da União, que instituiu a Secretaria de Recursos (Serur), cuja competência precípua é examinar a admissibilidade e instruir os recursos. De modo que após a proposta de admissibilidade pela Serur, o relator do recurso, designado por

sorteio eletrônico, realiza o juízo de admissibilidade (conhecimento ou não do recurso).

Referida iniciativa, se levada a efeito pelos demais Tribunais de Contas, impediria, por exemplo, a constante oposição de embargos de declaração e agravos, utilizados sabidamente apenas como instrumento protelatório.

Com relação aos aclaratórios, há que se reprisar que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande Sul disciplinou em seu regimento interno a elevação para até 10% da multa a ser aplicada ante a reiteração de embargos protelatórios, inclusive ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do valor respectivo.

Ainda nessa perspectiva, também se impediria que se suscitassem incidentes, seja de suspeição ou de impedimento, com o fim deliberado de procrastinar o andamento do processo principal, conduta esta, conforme julgado já apresentado (Resolução nº 362/2014 – TCE-TO – PLENO – 18/06/2014), a corte de contas tocantinense reprimiu, com aplicação de multa.

Permite, inclusive, frear que licitantes, à vista de terem frustradas suas propostas em procedimento licitatório, conduzido com correção, sirvam-se de representações ou mesmo denúncias, inclusive pugnando pela concessão de medidas cautelares, no caso de representação, com interesse único de desestabilizar a condução do certame, revelando-se nitidamente protelatórias.

Portanto, como reflexão derradeira, e considerando que o processo se apresenta como mecanismo de pacificação social, é inconcebível se permitir qualquer abuso de direito ou outro meio tendente a configurar litigância de má-fé. Mesmo porque, igualmente, não se tolera o embuste nos processos regulados sob a égide do CPC, e, via de consequência, luta-se para que também não se permita que os processos que tramitam nos Tribunais de Contas estejam amalgamados pela aura da má-fé, pois a agressão processual exercida contra o Estado se descortina em ambas as searas.

## Referências

### Livros

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Bauru-SP: Edipro, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil*. Escrito em homenagem a Ovídio Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GROSMANN, Kaethe. *O dever de veracidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

MASCHIETTO, Leonel. *A litigância de má-fé na justiça do trabalho e a análise da responsabilização do advogado*. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp011579.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I, 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIANA, Salomão; STOLZE, Pablo. *Boa-fé objetiva processual: reflexões quanto ao atual CPC e ao projeto do novo Código*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22382/boa-fe-objetiva-processual-reflexoes-quanto-ao-atual-cpc-e-ao-projeto-do-novo-codigo#ixzz3n4HHn0gX>>. Acesso em: 12 set. 2015.

### Artigos

CARPENA, Márcio Louzada. Da (des)lealdade no processo civil. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Gênese, n. 35, 2005. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/textos/artigos/html/Artigo%20-%20OFICIAL%20>

Dever de lealdade RJ - Marcio Carpena - formatado.htm>. Acesso em: 28 set. 2015.

DOTTI DORIA, Rogéria. A litigância de má-fé e a aplicação de multas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. O princípio da boa-fé processual e a ineficácia prática da multa por litigância de má-fé. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2686, 8 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17782>>. Acesso em: 2 jul. 2015.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Litigância de má-fé e o Direito de Defesa*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/instituional/artigos/litigancia-de-ma-fe-e-o-direito-de-defesa>>. Acesso em: 15 set. 2015.

SOUZA, Maicon de Souza e. *Dever de lealdade processual e análise econômica da litigância de má-fé à luz dos punitive damages*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2311/1693>>. Acesso em: 15 set. 2015.

THEODORO JUNIOR. Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 368, junho, 2008. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%3%BAnior(3)formatado.pdf)>. Acesso em: 4 jul. 2015.

## Legislação

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às

normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm#art1218](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1218)>. Acesso em: 12 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Processo nº 154/2014*. Processo administrativo/ 9. outros – exceção de suspeição em face do conselheiro desta corte de contas, Severiano Jose Costandrade de Aguiar que examina os autos de representação nº 9850/2013. Disponível em: <<http://www.tce.to.gov.br/e-contas/>>. Acesso em: 15 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Resolução TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011*. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A14EFAF949014F0003D2BC055C>>. Acesso em: 12 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Súmula nº 103, de 25 de novembro de 1976*. DOU, seção I, 16/12/1976.

Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om\\_isapi.dll?clientID=168004&infobase=sumulas.nfo&jump=S%famula%20039%2fTCU&softpage=Document42](http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=168004&infobase=sumulas.nfo&jump=S%famula%20039%2fTCU&softpage=Document42)>. Acesso em: 12 set. 2015.

GOIÁS. Governo do Estado de Goiás. *Lei nº 15.958 de 18 de janeiro de 2007*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.gabinetcivil.go.gov.br/leis\\_ordinarias/2007/lei\\_15958.htm](http://www.gabinetcivil.go.gov.br/leis_ordinarias/2007/lei_15958.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

## Jurisprudência

STF. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24.961-7*. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 24 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-CE. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ. *Lei nº 12.509, de 6 de dezembro de 1995*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br/institucional/2012-09-06-14-01-12>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-MS. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. *Lei Complementar nº 160, de 2 de janeiro de 2012*. Dispõe sobre o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/corregedoria/uploads/legislationfile/4/lei-organica-do--tribunal-de-contas-ms.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-PA. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARÁ. *Acórdão nº 48.985/2011. Processo nº. 2010/50221-6*. Disponível em: <[http://www.tce.pa.gov.br/ivancunha/images/pdf/48\\_985.pdf](http://www.tce.pa.gov.br/ivancunha/images/pdf/48_985.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-PI. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PIAUÍ. *Resolução TCE-PI nº 13/2011 (Regimento Interno)*. Disponível em: <[http://www.tce.pi.gov.br/legislacao/cat\\_view/90-/97-/211-2011](http://www.tce.pi.gov.br/legislacao/cat_view/90-/97-/211-2011)>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-PR. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. *Resolução nº 1/2006 (Regimento Interno)*. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/resolucao-n-1-de-24-de-janeiro-de-2006-regimento-interno/1403/area/10>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-RJ. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Deliberação nº 167/1992 (Regimento Interno)*. Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/arquivos/Votos/JGG/100420/22084905.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-RS. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Resolução nº 1028/2015 (Regimento Interno)*. Disponível em: <[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/legislacoes/atos\\_normativos\\_tcers/regimento\\_interno/2NovoRIR1028Ret.pdf](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/legislacoes/atos_normativos_tcers/regimento_interno/2NovoRIR1028Ret.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-SC. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Lei Complementar nº 202, de 15 de dezembro de 2000*. Institui a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e adota outras providências. Disponível em: <[http://www.tce.sc.gov.br/files/file/biblioteca/LEI\\_ORGANICA\\_CONSOLIDADA.pdf](http://www.tce.sc.gov.br/files/file/biblioteca/LEI_ORGANICA_CONSOLIDADA.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-TO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS. *Lei nº 1.284, de 17 de dezembro de 2001*. Lei Orgânica. Disponível em: <[http://www.tce.to.gov.br/sitetce/images/stories/pdf/Lei\\_Organica\\_TCE.pdf](http://www.tce.to.gov.br/sitetce/images/stories/pdf/Lei_Organica_TCE.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-TO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS. *Resolução nº 362/2014 – TCE-TO – Pleno, de 18/06/2014*. Disponível em: <<http://www.tce.to.gov.br/Boletim/Arquivos/f84e-647386088f031343b26b155c37df.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCE-TO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS. *Resolução Normativa nº 002/2002. (Regimento Interno)*. Disponível em: <[http://www.tce.to.gov.br/sitephp/aplic/legislacao/docs/regimento Interno/Regimento\\_Interno\\_TCE\\_TO\\_de\\_04\\_12\\_2002\\_Em%20Vigor\\_Atualizado\\_em\\_28\\_08\\_2012\\_Consolidado.pdf](http://www.tce.to.gov.br/sitephp/aplic/legislacao/docs/regimento Interno/Regimento_Interno_TCE_TO_de_04_12_2002_Em%20Vigor_Atualizado_em_28_08_2012_Consolidado.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCM-GO. TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DE GOIÁS. *Resolução Administrativa nº 073/2009 (Regimento Interno)*. Disponível em: <[http://www.tcm.go.gov.br/portal/arquivoscm/arquivos\\_concurso\\_2014/regimento\\_interno.pdf](http://www.tcm.go.gov.br/portal/arquivoscm/arquivos_concurso_2014/regimento_interno.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2015.

TCU. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 261/2012 – TCU – Plenário. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2012-02-08;261>>. Acesso em: 12 set. 2015.

## Outros

ZYMLER, Benjamin. Processo administrativo no Tribunal de Contas da União. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Prêmio Serzedello Corrêa 1996: monografias vencedoras*. Brasília: TCU, 1997.

# A necessidade de atualização da Lei de Licitações e a possibilidade jurídica de os entes federativos estabelecerem novos valores para definição das modalidades licitatórias: uma análise da atuação do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso

*The necessity of updating the Bidding Law and the legal possibility of the members of federation to institute new values to establish the correct bidding procedure: an analysis of the role of the Court of Auditors of Mato Grosso State*

Lys Marisa Gonçalves<sup>1</sup>

## RESUMO

No Brasil vige a Lei nº 8.666/93, que disciplina as licitações públicas, e estabelece limites sobre o valor estimado da contratação para determinação da modalidade licitatória a ser utilizada. Em 2014, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE-MT) aprovou a Resolução de Consulta nº 17/2014, a qual autoriza os entes políticos sob sua jurisdição a legislar em forma suplementar alterando os limites para enquadramento nas modalidades licitatórias estabelecidos na lei, considerando que a regra contida no artigo 23 é norma específica. Tal alteração traz reflexões acerca da possibilidade jurídica dessa atividade legiferante e, ainda, sobre a necessidade de atualização da Lei de Licitações como um todo, visando aos anseios da Administração Pública, que encontra barreiras nas contratações em razão da defasagem da lei e do excesso de burocracia nos procedimentos. Acerca da possibilidade jurídica, constata-se que o cerne da questão está em definir quais são as normas gerais e as específicas presentes na Lei de Licitações. Quanto a este ponto não há interpretação definitiva e, ainda, há interpretações contraditórias, a exemplo do Tribunal de

---

<sup>1</sup> Assistente Jurídica do MPC-MT. Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) em 04/2008. Graduada em Direito pela Universidade de Cuiabá (Unic) em 03/2009. Pós-graduada em Gestão Fiscal pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) em 06/2010. E-mail: lys@tce.mt.gov.br

Contas do Estado do Tocantins, que decidiu que a norma do artigo 23 é norma geral e não pode ser suplementada pelos demais entes que não a União. Muito embora, decisões no sentido de conferir maior flexibilização da lei vão ao encontro dos anseios dos gestores públicos, há que se atentar à necessidade de que todos os entes federativos tenham o mesmo tratamento legislativo, sob pena de abalo do pacto federativo.

#### PALAVRAS-CHAVE

Licitações; necessidade de atualização da lei nº 8.666/93; limites das modalidades licitatórias; Resolução de Consulta nº 17/2014 TCE-MT.

#### ABSTRACT

*In Brazil, the Law nº 8.666/93 rules the public biddings and establishes limits over the estimated values to define the correct procedure to be used. In 2014, The Court Of Auditors Of Mato Grosso State approved the consulting resolution nº 17/2014, which authorizes the political entities under its jurisdiction to legislate supplementary, changing the legal limits over the bidding procedures, considering that the norm in the art.23 is a specific norm. This alteration brings reflexion over the judicial possibility of this legislative activity and, more, over the necessity of updating the Bidding Law as a whole, aiming the wishes of the public administration, that finds barriers in its contracts caused by the discrepancy of the law and its excessive bureaucracy. About the judicial possibility, its notable that the center of the question lies in defining which are the general rules and which are the specific rules fixed in the Bidding Law, being that, about this last matter, there is no final interpretation, and still there are contradictories interpretations, for instance the one from the The Court Of Auditors Of Tocantins State, that decided that the norm from the article 23 is a general norm and cannot be changed by others, only by the federal congress. However decisions otherwise, in the way of giving bigger flexibilization of the law, are according to the wishes of the public gestors, it is importante to notice the need that every member of the federation get the same legal treatment, under risk of threatening the federal pact.*

#### KEYWORDS

*Bid; update necessity of law nº 8.666/93; limits of the modalities licitatórias; Query Resolution nº 17/2014 TCE-MT.*

## Introdução

A Lei de Licitações e Contratos Públicos, vigente no Brasil desde 1993, estabelece as modalidades licitatórias em seu artigo 22, as quais devem ser utilizadas pelo administrador público levando em consideração os limites sobre o valor estimado da contratação, conforme preceitua o artigo 23.

Art. 22. São modalidades de licitação:

I – concorrência;

II – tomada de preços;

III – convite;

IV – concurso;

V – leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados

para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

(...)

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I – para obras e serviços de engenharia:

- a) convite – até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços – até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) convite – até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços – até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
- c) concorrência – acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

(...)

Em setembro de 2014, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso aprovou a Resolução de Consulta nº 17/2014, a qual, por possuir força normativa, deve ser observada por todos os jurisdicionados daquela Corte, e inovou na seara do Direito Administrativo ao pronunciar-se pela possibilidade jurídica de os entes da federação, com exceção da União, estabelecerem novos valores para a definição das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93, nos termos:

RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 17/2014.

PREFEITURA DE CAMPOS DE JÚLIO. CONSULTA. Licitações. Normas gerais. Competência privativa da União. Normas específicas. Competência suplementar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Fixação do Valor Limite das Modalidades Licitatórias.

Artigo 23 da Lei nº 8.666/1993. Norma específica da União federal. Possibilidade Constitucional dos demais entes da federação de fixar valores distintos para fixação das modalidades licitatória, mediante lei. Necessidade de respeito à regra constitucional de submissão das aquisições, concessões e alienações mediante licitação. Possibilidade dos demais entes federados de atualizar referidos valores com base no indexador e periodicidade nacionalmente fixados pelo artigo 120 da Lei nº 8.666/1993.

a) A competência constitucional para legislar sobre normas gerais de licitações e contratações públicas é privativa da União, cabendo aos demais entes da federação a possibilidade de legislar acerca da matéria apenas de forma suplementar, por meio de normas específicas.

b) A competência legislativa suplementar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios consiste na possibilidade de regulamentar as normas gerais expedidas pela União por meio da Lei nº 8.666/1993, a fim de adequá-las às peculiaridades regionais e locais, e somente naquilo que não foi definido ou delimitado pelas normas gerais insculpidas na Lei de Licitações.

c) O artigo 22 da Lei de Licitações que estabelece as modalidades licitatórias é norma geral, editada pela União, sendo legalmente vedada a criação de novas modalidades pelos demais entes federados.

d) O artigo 23 da Lei de Licitações é norma específica, editada pela União com vistas a fixar os valores a que tão somente seus órgãos e entidades se sujeitam para escolha das modalidades licitatórias, sendo juridicamente possível a outros entes da federação, a exemplo dos Municípios, estabelecerem novos valores para a definição das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993.

e) A Lei nº 8.666/1993 revogou integralmente o Decreto-Lei nº 2.300/1986, em especial seu artigo 85, caput, e parágrafo único, extinguindo a vedação a que os demais entes da federação alterassem os limites máximos de valor fixados para as modalidades licitatórias, vedação esta não reproduzida pela Lei nº 8.666/1993.

f) A eventual disciplina estadual concorrente supletiva, e a suplementar municipal, em matéria de fixação do valor das modalidades licitatórias

nacionais deverá ser feita por lei em sentido formal.

g) O valor a ser fixado pelos demais entes, a título de limite máximo para fixação das modalidades licitatórias do artigo 22 da Lei nº 8.666/1993, à luz da regra constitucional da licitação e do princípio da razoabilidade, jamais poderá servir de burla à regra constitucional de submissão das aquisições e alienações ao próprio processo licitatório.

h) O artigo 120 da Lei nº 8.666/1993 é norma geral, editada pela União, tão somente na parte em que prescreve o indexador de reajuste dos valores fixados na referida lei, e a periodicidade do reajuste.

i) Os Chefes do Poder Executivo poderão atualizar monetariamente os valores fixados pela Lei nº 8.666/1993, tão somente com base no indexador e na periodicidade nacionalmente fixados pelo artigo 120 da Lei nº 8.666/1993.<sup>2</sup>

Essa decisão provoca reflexões, as quais são o objeto do presente estudo, não só acerca da possibilidade jurídica baseada em permissões e possíveis óbices que podem ser encontrados na legislação brasileira – sobretudo na Constituição Federal – mas também quanto à necessidade de atualização da Lei de Licitações e Contratos, que conta hoje com mais de 22 anos de existência.

### Da necessidade de alterações na Lei de Licitações para a atual realidade da administração pública

Os administradores públicos, bem como os aplicadores das normas administrativas e as Cortes julgadoras, enfrentam hoje um cenário de submissão às leis, em homenagem ao Princípio da Legalidade, ao passo que também há um movimento no sentido de flexibilizá-las na seara administrativa, em prol de facilitar a atuação dos gestores públicos.

É consolidada entre muitos aplicadores do direito a ideia de que a evolução deste deve acompanhar as modificações sociais,

---

2 MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado. Resolução de Consulta nº17/2014. *Diário Oficial de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso*, edição nº 467, de 18/09/2014.

estabelecendo-se uma relação entre o direito e o cotidiano.

Nas palavras de Hans Kelsen:

(...) o binômio direito/realidade é indissociável.

Qualquer alteração positiva no ordenamento jurídico deve, necessariamente, casar-se com o que acontece no mundo dos fatos, sob pena de padecer por ineficácia.<sup>3</sup>

A partir do momento em que a legislação (o direito) não mais se adequa à realidade, pode deixar de atingir as suas finalidades precípuas, e torna-se “desinteressante” para os Poderes aplicá-la.

Neste contexto, nota-se que, no decorrer dos anos, a Lei de Licitações foi perdendo a aplicabilidade, por não mais corresponder aos anseios dos administradores públicos, que, por vezes, justificam a não observância dos ditames da lei em razão da sua não adequação à realidade atual.

Os próprios legisladores, e originariamente o Poder Executivo, ao instituírem o pregão, por meio de medida provisória, posteriormente convertida em lei, admitiram, de alguma forma, a necessidade de criação de novos mecanismos de compras públicas, desvinculadas das regras rígidas da Lei de Licitações Públicas.

A Lei nº 8.666/93 veio ao ordenamento jurídico pátrio em meio a um momento de descontentamento, insatisfação e incerteza da população brasileira com a corrupção e o patrimonialismo enraizado presentes na administração pública, marcado pelo impeachment do presidente da República na época, Fernando Collor de Melo.

Para muitos, a exemplo do autor Luciano Ferraz, a Lei de Licitações traz em seu conjunto o reflexo do ambiente político-social em que foi produzida, consolidando-se como um instrumento do Estado Burocrático – termo que faz alusão ao estilo weberiano de organização formal<sup>4</sup>.

---

3 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. João Batista Machado (Trad.). 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

4 FERRAZ, Luciano. O Estado Gerencial e a Lei de Licitações Públicas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, ano XVII, n.1, 1999. Disponível em: <[http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/1999/01/-sumario](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/01/-sumario)>. Acesso em: 1 out. 2015.

Segundo essa linha, algumas das características presentes na lei que demonstram tal fato é ter sido criado um modelo padrão aplicável, indistintamente, às licitações e contratos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de ter sido estabelecido um rigorismo formal excessivo, com ênfase ao controle dos meios, ao mesmo tempo em que foi dispensado tratamento igualitário à administração direta e indireta.

Além disso, com o decorrer da década de 90 e a entrada no século XXI, o crescimento do capitalismo, a globalização e a velocidade dos avanços tecnológicos tomaram conta também do cenário brasileiro.

Nesse contexto, o Estado também não pôde se eivar de tais mudanças, surgindo o denominado “Plano Diretor da Reforma do Estado”, de forma que também não pode fazê-lo quanto à Lei de Licitações e Contratos, devendo esta ser redesenhada para acompanhar o modelo da administração eficiente.

O autor Marçal Justen Filho, em diversas palestras e fóruns, levanta a discussão sobre a ineficiência da legislação aplicada às licitações e contratos, e em sua obra cita:

Tem-se atribuído à disciplina da Lei nº 8.666 a responsabilidade por dificuldades na gestão da atividade administrativa. Sustenta-se que a uniformidade e a exaustividade da regulação legal provocam prejuízos à Administração, impedindo a eficiência na gestão da coisa pública. Deve ter-se cautela com essas acusações, em grande parte improcedentes.<sup>5</sup>

O autor Luciano Ferraz, defensor da ideia de que a Lei nº 8.666/93 está ultrapassada, enfatiza:

Paradoxalmente, a Lei geral dos contratos administrativos e das licitações vem perdendo prestígio. Sua hipótese de incidência (que pertence ao mundo do ser) está cada vez mais reduzida. (...) É como se a praxe administrativa brasileira recomendasse o extermínio do instituto da licitação. Afinal, no Brasil, é o direito que acompanha os fatos ou será o inverso?<sup>6</sup>

---

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 18.

6 FERRAZ, Luciano. O Estado Gerencial e a Lei de Licitações Públicas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, ano XVII, n. 1, 1999. Disponível em: <[http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/1999/01/-sumario](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/01/-sumario)>. Acesso em: 1 out. 2015.

Visando à melhora do processo licitatório e sua adequação aos anseios da administração pública, tramita hoje no Legislativo federal o Projeto de Lei nº 559, com o objetivo, como exatamente consta na redação do sítio eletrônico do Senado federal, de modernizar a lei:

Ementa: Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Explicação da Ementa: Estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações), a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (que instituiu a modalidade de pregão nas licitações) e os arts. 1 a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC). (Projeto da nova lei de licitações, da Comissão Temporária de modernização da Lei de Licitações e Contratos).<sup>7</sup>

Entretanto, embora se tenha constatado o fato de a lei não ser mais eficaz para a realidade atual, ou não atender na totalidade as suas finalidades principais, não é possível dizer que deve ser retirada do mundo jurídico ou deixar-se de aplicá-la, antes que haja a edição de outra lei para os mesmos fins. Afinal, é indubitável a necessidade de que exista uma lei regulando as licitações e contratações realizadas pela administração pública, haja vista que a própria Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, fez essa previsão.

O autor Luciano Ferraz tece a seguinte contribuição quanto à atuação dos Tribunais de Contas no contexto atual em que se insere a aplicação da Lei nº 8.666/93:

O papel dos Tribunais de Contas na interpretação e modelação dos rigores das disposições do Estatuto das Licitações, pautados pelos princípios da boa fé, moralidade e economicidade, é

---

7 SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 559*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 2 out. 2015.

reconhecidamente de grande valia, constituindo-se farto manancial de pesquisa e orientação<sup>8</sup>.

Como reflexo do acima exposto, a atuação do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, no julgamento do Processo nº 12.174-6/2014, que culminou na aprovação da Resolução de Consulta nº 17/2014, traduz o anseio de grande parte da administração pública brasileira pelas alterações e modificações na Lei de Licitações, interpretando e ajustando os ditames da lei, na medida do que lhe for cabível, sempre velando pelos princípios da administração pública, sobretudo os da moralidade e eficiência.

### Do estabelecimento de novos valores para definição das modalidades licitatórias

Outro ponto a ser analisado diz respeito à possibilidade de os entes federados, com exceção da União, alterarem os limites das modalidades licitatórias, constantes no artigo 23 da Lei nº 8.666/93, com o fundamento de que esta norma possui caráter específico e pode ser objeto de deliberação legislativa pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

De antemão, encontra-se o confronto entre o legalismo<sup>9</sup> e o realismo jurídico<sup>10</sup>, passando pelo caminho da hermenêutica jurídica.

Para os adeptos do legalismo, deve-se observar a lei de forma estrita ou literal, de maneira que, por essa linha, não poderiam os demais

---

8 FERRAZ, Luciano. O Estado Gerencial e a Lei de Licitações Públicas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, ano XVII, n.1, 1999. Disponível em: <[http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/1999/01/-sumario](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/01/-sumario)>. Acesso em: 1 out. 2015.

9 De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, o termo legalismo significa: 1. império da lei; amor e fidelidade à legalidade; 2. atitude que consiste em considerar apenas as exigências do direito positivo, sem levar em conta o direito natural; 3. adesão ou conformidade estrita ou literal a uma lei ou código de leis; 4. valorização ou defesa das instituições ou dos códigos legais como fundamento necessário de uma organização ou atividade (HOUAISS, 2001, p. 1736).

10 Concepção segundo a qual o Direito não pode ser entendido como pura forma e que para o seu exato conhecimento é necessário considerar, além das normas individuais, o fato ou relação social regulados pela lei. Ademais, a dogmática deve perseguir finalidades práticas, limitando seu estudo a questões úteis para a aplicação do Direito, adotando um método de trabalho e forma de exposição que façam a teoria facilmente acessível a seus destinatários. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/26391083/realismo-juridico/definicoes>>. Acesso em: 2 out. 2015.

entes da federação, que não a União, alterar os limites para utilização das modalidades licitatórias, pois já estão eles fixados na Lei nº 8.666/93, não havendo autorização expressa ou implícita para essa possibilidade.

Para os seguidores do realismo jurídico, a norma deve ser adequar-se à realidade social. Assim, no caso em análise, para a Lei nº 8.666/93 ter efetiva aplicabilidade deve adaptar-se ao atual contexto da administração pública, o que pressupõe flexibilizar os procedimentos licitatórios, evitando o desinteresse das empresas em contratar com o poder público, dentre outras dificuldades nas contratações.

A Lei de Licitações e Contratos Públicos dispõe, em seus artigos 22 e 23, sobre as modalidades licitatórias. O primeiro dispositivo conceitua e traz as características essenciais de cada modalidade, enquanto o segundo preceitua que a utilização das modalidades de licitação será determinada em função dos limites ali expressos, considerando o valor estimado da contratação.

Pretendeu o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso normatizar que os demais entes da federação, com exceção da União, podem alterar os limites expressos no artigo 23 da Lei de Licitações para fins de determinação da modalidade licitatória.

Para fundamentar a decisão, teve-se a Corte de Contas ao fato de que à União cabe disciplinar as normas gerais do processo licitatório, conforme a competência privativa prevista no artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, e que, ao contrário, o artigo 23 da Lei de Licitações trataria de norma específica, portanto, passível de suplementação legislativa pelos Estados, Distrito Federal e Municípios<sup>11</sup>.

Difícil é ter uma linha coesa e clara entre quais são as normas gerais e quais as normas específicas presentes na Lei de Licitações e Contratos.

---

11 As normas gerais de licitações e contratos administrativos estão previstas na Lei nº 8.666/93, bem como na Constituição Federal. De acordo com o art. 22, inc. XXVII, da CF, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos. Por outro lado, a Carta Magna também reservou competência legislativa para cada esfera política legislar sobre normas específicas acerca da matéria, ou seja, de forma suplementar, respeitadas as normas gerais previstas na Lei nº 8.666/93. Portanto, o inciso XXVII do art. 22 trata da competência privativa da União para dispor apenas sobre as normas gerais que serão de observância obrigatória para as demais esferas do governo.

Em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que toda a Lei nº 8.666/93 é norma geral, pelo seu próprio art. 1º que diz:

[...] esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (grifo nosso)

Entretanto, tal reflexão já ensejou críticas, dentre elas a do renomado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Lei nº 8.666, conforme estabelecem seu art. 1º e parágrafo único, pretende ser impositiva não só para quaisquer Poderes da União, mas também para os Estados, Distrito Federal e Municípios, como se tudo que dela constasse tivesse o caráter de “normas gerais”. Esta pretensão, aparentemente alucinada aos olhos de quem tenha algum conhecimento jurídico, certamente vingará.<sup>12</sup>

Seguir essa orientação é entender que a União não deixou espaço para os demais entes editarem normas específicas, pois, em vez de trazer na Lei nº 8.666/93 somente princípios ou orientações gerais, trouxe normas que disciplinam concretamente as rotinas dos procedimentos licitatórios e contratos, trata-se, por assim dizer, de deturpação da competência pela União ao editar a lei federal.

Nesse sentido, a doutrinadora Odete Medauar também alerta: A competência da União para fixar normas gerais de licitação e contrato possibilita que Estados, Municípios e Distrito Federal legislem sobre normas específicas, para seus respectivos âmbitos de atuação. O problema está na separação precisa entre normas gerais e normas específicas. De regra, Estados e Municípios ou editam leis sem dispositivos que contrariem a lei da União, ou não editam lei específica e pautam suas licitações por aquela.<sup>13</sup>

---

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 539.

13 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 214.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a discussão sobre as normas gerais e específicas inseridas na Lei nº 8.666/93 já foi levantada, contudo, está longe de haver um entendimento consolidado ou definitivo.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 927 – com destaque para o fato de que o julgamento se deu em 1993, já no ano da promulgação da lei – o STF reconheceu que as normas de caráter específico presentes na Lei de Licitações e Contratos são aplicáveis apenas à União, não sujeitando os estados e os municípios que poderão dispor de forma diversa em suas legislações.

Conforme análise de Marçal Justen Filho, ao mencionar em sua obra sobre o julgado acima referido:

O Supremo Tribunal Federal reputou constitucionais os artigos 1º e 118 da Lei nº 8.666/93 e a grande maioria dos dispositivos objeto de questionamento foi reconhecida no conceito de normas gerais. No entanto, entendeu-se que algumas disposições legais não podiam ser assim qualificadas, sendo tais dispositivos reputados como normas exclusivamente federais.

Ou seja, apresentavam natureza vinculante apenas no âmbito da União e de sua Administração direta e indireta<sup>14</sup>.

No julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade houve a tentativa de fixar o conceito de “norma geral” e “norma específica”, ocasião na qual o ministro Carlos Velloso, relator da ação, assentou em seu voto as lições doutrinárias de Alice Gonzalez Borges:

Não são normas gerais as que se ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam (...) São normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos.<sup>15</sup>

---

14 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

15 BORGES, Alice Gonzalez, apud BRASIL. *ADI 927 (MC)/RS*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. J. em 03/11/1993, p. em DJ 11/11/1994, p. 47/48.

Em oportunidade mais recente, no julgamento da ADI nº 3.059, já em 2015, pelo STF, o ministro Luiz Fux apresentou os seguintes ensinamentos em seu voto-vista:

Sedimentada esta premissa quanto ao caráter concorrente da competência legislativa em questão, resta definir os limites que demarcam os espaços próprios de cada ente federativo. Para tanto a Constituição erigiu o critério das “normas gerais”, reservando-as à União, pelo que, ao mesmo tempo, assegurou aos demais entes campo suficiente para o exercício de sua autonomia mediante atuação suplementar. O conceito de “norma geral” é essencialmente fluido, de fronteiras incertas, o que, embora não o desautorize como parâmetro legítimo para aferir a constitucionalidade de leis estaduais, distritais e municipais, certamente requer maiores cautelas no seu manejo. Isso porque a amplitude com que a Suprema Corte define com conteúdo do que sejam “normas gerais” influi decisivamente sobre a experiência federalista brasileira. Qualquer leitura maximalista do aludido conceito constitucional milita contra a diversidade e a autonomia das entidades integrantes do pacto federativo, em flagrante contrariedade ao pluralismo que marca a sociedade brasileira. Contribui ainda para asfixiar o experimentalismo local tão caro à ideia de federação. Nesse cenário, é preciso extrema cautela na árdua tarefa de densificar o sentido e o alcance da expressão “normas gerais”, limitando a censura judicial às manifestações nitidamente abusivas de autonomia.<sup>16</sup>

Em outras palavras, quis dizer o ministro que a Constituição Federal deixou um largo campo de atuação para os demais entes da federação exercerem sua autonomia suplementando a legislação vigente, baseado no pacto federativo e no pluralismo no qual se funda a República brasileira.

Depois do exercício dessa competência, cabe ao Poder Judiciário e, em determinados casos, aos Tribunais de Contas, tolher as manifestações abusivas dessa atividade.

---

16 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3059 (MC)/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux. J. em 09/04/2015, p. em DJ 08/05/2015.

Contudo, embora o Supremo Tribunal Federal tenha apreciado a impugnação de alguns dispositivos de legislações estaduais – a exemplo das ADIs 927, 3059 e 3158 – em afronta à norma constitucional de competência para legislar sobre normas gerais, não é possível extrair dos julgados um conceito concreto que pudesse distinguir as normas gerais das normas específicas e, por consequência, saber quais normas poderiam ou não ser objeto de matéria legislativa dos estados e municípios.

Como menciona o próprio ministro Luiz Fux, no voto-vista acima transcrito, o conceito de normas gerais é de fronteiras incertas.

Dos julgados já proferidos pelo STF, somente é possível depreender que é pacífico naquela Corte o abrigo das normas instituidoras de princípios, diretrizes fundamentais e orientações gerais no conceito de normas gerais que são de competência legislativa da União.

Deveras, os entes federativos, com exceção da União, poderão inovar naqueles aspectos específicos dos procedimentos licitatórios, desde que não haja infração direta ou indireta a preceitos básicos e orientadores contidos na Lei nº 8.666/93, especialmente no tocante aos princípios nela estabelecidos.

Nesse sentido, menciona o doutrinador Marçal Justen Filho que nos últimos anos existe uma forte propensão de produção de leis locais inserindo inovações relevantes em matéria de licitações públicas:

Nos últimos anos, no entanto, verificou-se a tendência à produção de leis locais pertinentes a licitações, introduzindo inovações relevantes. A questão mais conhecida envolveu a alteração da ordem procedimental prevista na Lei nº 8.666. A primeira iniciativa nesse campo coube à Lei do Estado da Bahia, cuja inovação mais marcante residiu na previsão de que o julgamento da habilitação seria posterior à escolha da proposta vencedora (art. 78 da Lei nº 9.433/2005).

Tal inovação também foi seguida na Lei do Estado do Paraná (Lei nº 15.608/2007) e na legislação de outros entes federativos.

Essa solução foi reputada como válida pela maioria dos estudiosos e não foi declarada inválida pelo Poder Judiciário.<sup>17</sup>

---

17 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 18.

Até o pronunciamento do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso não era possível constatar registro na doutrina e na jurisprudência acerca do enquadramento do art. 23 da Lei nº 8.666/93 como norma geral ou específica e, conseqüentemente, a possibilidade de os entes legislares sobre o tema de forma suplementar.

De maneira pioneira, a Corte de Contas mato-grossense entendeu que os limites para as modalidades licitatórias são normas de caráter específico que podem ser alteradas pelos demais entes da federação, com exceção da União, que deve obedecer às normas específicas contidas na Lei nº 8.666/93.

Logo após a decisão no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, em 3 de dezembro de 2014, outra Corte de Contas, o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, consolidou entendimento de forma contrária na Resolução TCE-TO nº 803/2014- Pleno:

EMENTA: CONSULTA. PREFEITURA DE PALMAS. IMPOSSIBILIDADE DE ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS, LEGISLAREM, DE FORMA SUPLEMENTAR, OBJETIVANDO FIXAREM NOVOS VALORES ÀS MODALIDADES DE LICITAÇÃO. ART. 23 DA LEI N. 8.666/93. NORMAS GERAIS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. OBJETIVANDO ATUALIZÁ-LAS APENAS ÀS CARACTERÍSTICAS LOCAIS. CONHECIMENTO. RESPOSTA EM TESE. PUBLICAÇÃO.<sup>18</sup>

Na ocasião, o conselheiro relator acompanhou o entendimento do corpo técnico e ministerial e discorreu:

Nesta perspectiva, por se tratar de norma geral, as modalidades de licitações estabelecidas no art. 23 da Lei nº 8.666/93, não vislumbro, definitivamente, ancoradouro para que os demais Entes da Federação disciplinem, sob o pálio de normas específicas, novos critérios visando promover a atualização dos valores das modalidades de licitação, tampouco através de correção monetária.

---

18 TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado. Resolução TCE-TO nº 803/2014- Pleno. *Boletim Oficial do TCE-TO*, ano VII, n. 1303, Palmas, 8 de dezembro de 2014.

Logo, reputo que aos Estados, Distrito Federal e Municípios não lhe são facultados estabelecerem novos valores para as modalidades de licitação constates da Lei nº 8.666/93, posto tratar-se de competência privativa da União, não sendo, desta forma, conferidos aos citados Entes da Federação, o exercício legiferante suplementar para disciplinar a matéria, conforme tenciona o consulente.<sup>19</sup>

Diante do que foi exposto, é clara a atuação contemporânea do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, a qual também vai ao encontro dos anseios de grande parte da administração pública, que é a integração da Lei de Licitações e Contratos com a atual realidade administrativa.

Entretanto, é necessário que, em um momento próximo, haja uma aplicação homogênea dos dispositivos da Lei nº 8.666/93, sob pena de existir, no mesmo território federal, a aplicação da lei de formas distintas.

Não é difícil imaginar tal situação. Um município do Estado do Tocantins, por exemplo, não pode legislar sobre os limites do art. 23 da Lei nº 8.666/93, ao passo que um município do Estado de Mato Grosso pode fazê-lo. Trata-se, sem dúvidas, de uma situação delicada, principalmente quando se considera que os municípios brasileiros dispõem das mesmas atribuições legislativas que estão elencadas na Constituição Federal.

## Conclusão

À luz do que foi apresentado, é latente a constatação de que a Lei nº 8.666/93 está ultrapassada para os padrões atuais das contratações públicas, sendo este fato alvo de crítica de muitos administrativistas e gestores públicos.

Entretanto, também é sabido que a contratação por meio de licitações é exigência constitucional, e o constituinte, ao expressar essa regra, da mesma forma que o legislador ordinário ao editar a

---

19 TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado. Resolução TCE-TO nº 803/2014- Pleno. *Boletim Oficial do TCE-TO*, Ano VII, nº 1303 – Palmas, 8 de dezembro de 2014

Lei nº 8.666/93, visando solucionar problemas e impor condutas, consideraram diversas razões para a sua existência.

Dentre os motivos para a edição das normas de licitações e contratos públicos está a necessidade de padronização das normas gerais, para garantir a ampla concorrência e evitar o surgimento de obstáculos para tais realizações, ainda, pode-se perceber que o controle a ser realizado, sobretudo pelos Tribunais de Contas, necessita que tal padronização seja estabelecida para nortear a sua atuação.

Neste contexto, é possível dizer que, sem dúvidas, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso decidiu de forma inovadora, buscando a melhoria das condições das contratações realizadas pela administração pública. Entretanto, não se pode negar a importância de consolidar o mesmo entendimento em outras Cortes, não somente de Contas, como Judiciárias, para que se tenha o mesmo tratamento a todo poder público, sob pena de se ter grave afetação ao pacto federativo, diante da discrepância de posicionamentos quanto ao tema.

Faz-se necessário evitar que, dentro do mesmo território federal, sob a égide do mesmo ordenamento jurídico, haja tratamentos jurídicos diferenciados, que implicam tratamentos não isonômicos aos entes federativos.

Por outro lado, como já aludido acima, também não se pode negar que a decisão do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso vai ao encontro do pensamento de muitos administrativistas, e, também, administradores públicos, acerca da necessidade de atualização ou edição de novas normas sobre licitações e contratos públicos.

## Referências

### Livros

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. João Batista Machado (Trad.). 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

## Artigos

FERRAZ, Luciano. O Estado Gerencial e a Lei de Licitações Públicas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, ano XVII, n.1, 1999. Disponível em: <[http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/1999/01/-sumario](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/01/-sumario)>. Acesso em: 1 out. 2015.

## Legislação

BRASIL. *Lei nº 8.666/1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 1 out. 2015.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 559*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 2 out. 2015.

## Jurisprudência

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 927 (MC)/RS*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. J. em 03/11/1993, p. em DJ 11/11/1994.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 3059 (MC)/RS*. Tribunal

Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux. J. em 09/04/2015, p. em DJ 08/05/2015.

MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado. *Consulta nº 12.174-6/2014 formulada pela Prefeitura Municipal de Campos de Júlio*. Resolução de Consulta nº 17/2014. Relator Conselheiro Antônio Joaquim. Voto-Vista Conselheiro Luiz Carlos Pereira. Diário Oficial de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, edição nº 467, de 18/09/2014.

TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado. *Processo nº 7508/2014 – Consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Palmas/TO*. Resolução TCE-TO nº 803/2014- Pleno. Relator Auditor em Substituição ao Conselheiro Leondiniz Gomes. Boletim Oficial do TCE-TO Ano VII, nº 1303 – Palmas, 8 de dezembro de 2014.

### Sites/Blog

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/26391083/realismo-juridico/definicoes>>.

# A fiança como medida de política criminal

## *Bail as a measure of criminal policy*

Marcos Henrique Machado<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem o objetivo demonstrar a nova concepção legal da “fiança”, após edição da Lei nº 12.403/11, que alterou substantivamente as disposições do Código de Processo Penal sobre as prisões cautelares e redefiniu as medidas cautelares alternativas. O tema foi introduzido a partir das prisões cautelares com propósito de ressaltar a conveniência judicial de valorizar o instituto da fiança como medida politicamente criminal na aplicação da lei penal, seguido de noções gerais a respeito de sua aplicação. O histórico da fiança é retratado desde o período Brasil Colônia, com referência à sua origem no Direito. Também procuramos relatar comparativamente a fiança antes e depois da Lei nº 12.403/11. Na sequência, dedicamos aos institutos processuais que compõem a fiança, em especial seu arbitramento e as questões incidentais. Destacamos, enfim, a fiança como medida de política criminal, sua importância para o sistema de justiça como medida cautelar mais adequada. Expostas as conclusões derivadas do texto, com as referências bibliográficas, construídos dois anexos para consultas sobre o cabimento da fiança.

### PALAVRAS-CHAVE:

Prisão cautelar; fiança; medida de política criminal.

---

<sup>1</sup> Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso - TJMT. Vice-diretor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Mato Grosso - Esmagis (2017-2019). Coordenador do Grupo de Estudos da Esmagis/Emam. Ex-diretor de Pesquisa da Escola da Magistratura Mato-Grossense - EMAM (2015-2016). Ex-diretor-geral da Escola da Magistratura Mato-grossense - EMAM (2012-2014). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Araçatuba-SP. Especialista em Direito Civil, Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direitos Difusos e Coletivos, Processual Civil e Processual Penal. M.B.L em Direito do Estado. Mestre em Política Social pela UFMT.

## ABSTRACT

*This article aims to demonstrate the new legal concept of 'bail', after the publication of Law n. 12,403/11, which substantively changed the provisions of the Code of Criminal Procedure on precautionary prisons and redefined alternative precautionary measures. The theme was introduced from the precautionary prisons with the purpose of highlighting the judicial convenience of valuing the bail institute as a politically criminal measure in the application of criminal law, followed by general notions regarding its application. The history of bail is portrayed from the period of Cologne Brazil, with reference to its origin in the Law. We also seek to comparatively report bail before and after Law 12,403/11. Next, we dedicate ourselves to the procedural institutes that make up the bail, especially its arbitration and the incidental issues. We emphasize, finally, bail as a measure of criminal policy, its importance to the justice system as a more appropriate precautionary measure. Having exposed the conclusions derived from the text, with bibliographical references, two annexes were constructed for consultations on the setting of bail.*

## KEYWORDS

*Precautionary arrest; bail; measure of criminal policy.*

## Introdução

A liberdade provisória, no seu sentido técnico-processual, retrata o direito de alguém que está preso possui de obter seu livramento. Deve-se cumprir com a seguinte premissa verdadeira: a pessoa está ou estava detida ou presa, detenção ou prisão essa considerada válida, mas não deve subsistir, diante da ausência de justificativa ou fundamentos que autorizam a prisão preventiva (CPP, art.312).

Seguindo este raciocínio, a fiança criminal não é compra da liberdade, mas garantia de cumprimento de condições sob pena de perda patrimonial, ou seja, busca-se assegurar a presença do implicado a todos os atos da investigação e do processo penal.

A Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, que reformulou os institutos da prisão processual, fiança, liberdade provisória e medidas

cautelares alternativas disciplinadas pelo Código de Processo Penal, tem o escopo de evitar o encarceramento do indiciado ou acusado antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória.

Atualmente, antes da condenação definitiva, o implicado em fato penal somente pode ser preso em três situações: 1) flagrante delito; 2) prisão preventiva; 3) prisão temporária; e apenas poderá permanecer preso nas duas últimas. Não mais existe no ordenamento penal brasileiro a prisão em flagrante como hipótese de prisão cautelar derivada da conduta típica e antijurídica que tenha relevância jurídica ou social.

Em outras palavras, ninguém responde mais preso a processo em virtude da prisão em flagrante, a qual deverá se converter em prisão preventiva ou convolar-se em liberdade provisória.

No compasso do processo, antes da sentença que põe fim à lide penal, mostra-se imprescindível a demonstração dos requisitos de necessidade e urgência para a prisão cautelar.

Note-se que, além da prisão temporária, cabível nas restritas hipóteses da Lei n. 7.960/89 – quando imprescindível para a investigação policial de crimes elencados em rol taxativo –, só existe a prisão preventiva como modalidade de prisão provisória.

Ainda assim, se couberem outras medidas coercitivas alternativas, tais como a vinculação pessoal do implicado aos atos do processo penal, a obrigação de comparecer ao fórum mensalmente, proibição de se ausentar da Comarca, submeter-se ao monitoramento eletrônico, entre outras adequadas ao caso concreto, não deve ser admitida a prisão preventiva como medida cautelar garantidora.

Portanto, a prisão cautelar não será imposta sem necessidade e urgência, devendo o juiz conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, diante de fato penal cuja pena cominada seja igual ou inferior a 4 anos. Na hipótese, caberá ao delegado de polícia arbitrar a fiança (no valor de 1 a 100 salários mínimos). Se a pena máxima for superior a 4 anos, competirá ao juiz a fiança (no valor de 10 a 200 salários mínimos), aumentado em até mil vezes dependendo da situação econômica da pessoa investigada ou acusada.

Registre-se que há no ordenamento jurídico pátrio infrações penais inafiançáveis, como crimes hediondos, racismo, tráfico de drogas, porém, não havendo necessidade de prisão preventiva, também caberá liberdade provisória. Essa espécie de liberdade provisória sem fiança [criada pela Lei n. 6.416/77], paradoxal à lógica cautelar do processo penal e benéfica ao criminoso, pois torna mais vantajoso responder por um crime inafiançável do que por crime afiançável, vem sendo minimizada pela conjugação de medidas cautelares alternativas, segundo tem se pautado a jurisprudência<sup>2</sup>.

Nasce nessa nova ordem jurídico-processual, a conveniência judicial de valorizar o instituto da fiança, uma medida politicamente correta na aplicação da lei penal.

### Noções gerais

A fiança é uma caução prestada em dinheiro, bem imóvel (hipoteca inscrita em primeiro grau) ou móveis (pedras, objetos ou metais preciosos, e títulos da dívida pública), destinada a vincular o implicado em fato penal ao inquérito policial ou processo judicial que irá responder, que assegura eventual pagamento de multa, de despesas processuais e de indenização no caso de sua condenação judicial transitada em julgado.

Não pode ser considerada espécie de compra da liberdade, mas sim a garantia de cumprimento de algumas condições impostas com a pena de certa perda patrimonial, com objetivo de assegurar a efetivação do devido processo legal sem privação da liberdade antes da condenação transitada em julgado.

Após recolhido o valor ou prestada fiança, o implicado passa a responder pela infração penal cometida em liberdade, mediante o cumprimento de algumas obrigações legais e/ou judiciais, entre as quais o comparecimento perante a autoridade (delegado de polícia ou juiz) todas as vezes em que houver intimação para atos do inquérito

---

2 HC 22618/2015, Des. Marcos Machado, Segunda Câmara Criminal, Julgado em 29/04/2015, publicado no DJE 08/05/2015.

ou do processo. Além disso, não poderá mudar de residência sem prévia permissão da autoridade ou ausentar-se por mais de oito dias de sua residência sem informar o lugar onde poderá ser encontrado.

A fiança recolhida em dinheiro deve ser depositada em conta judicial.

A autoridade que aplicá-la deve observar a gravidade do delito e a situação econômica do investigado ou acusado.

Se apresentado imóvel, ou pedras, objetos ou metais preciosos, a autoridade deverá nomear perito para avaliá-los. Após, oficiará ao Registro de Imóveis para averbação da hipoteca, indicando o fato e os dados do inquérito policial ou processo judicial, no caso de imóvel. Em se tratando de bens móveis preciosos, poderá depositá-los em banco oficial ou mãos de entidade ou pessoa física que exerça o múnus público de depositário.

Não deve ser concedida fiança nos casos de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, crimes hediondos, delitos cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (tentativa de golpe, por exemplo).

Também a prisão decretada pela Justiça Militar não pode ser substituída pela fiança, visto que o Código de Processo Penal Militar não reconhece esse instituto.

Mesmo nos casos de crimes inafiançáveis a liberdade provisória é admissível, exigindo, de mesmo modo que os crimes afiançáveis, que não haja nenhum dos motivos que autorizem a decretação da prisão preventiva<sup>3</sup>.

Também não terá direito à fiança o acusado que, em investigação anterior, tiver descumprido compromissos assumidos com as autoridades para se manter em liberdade.

Alguns magistrados defendem o arbitramento de fiança em tráfico de drogas.<sup>4</sup>

---

3 JUNIOR, Walter Nunes da Silva. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*, 2008. p 911.

4 STF, HC 129.474, rel. Min. Rosa Weber, j. 22/09/2015; TJMT, HC 120966/2014, Des. Marcos Machado, Segunda Câmara Criminal, Julgado em 03/12/2014, Publicado no DJE 10/12/2014.

Deve-se verificar as circunstâncias que podem ser admitidas a liberdade, pois o não pagamento da fiança, por si só, não justificaria deixar o implicado em fato penal preso, especialmente quando se constatar estado de pobreza<sup>5</sup>, ao atrair incidência do disposto no art. 350 do Código de Processo Penal, observadas as condições previstas nos arts. 327 e 328, do mesmo *codex*.

O valor da fiança deve ser fixado em salários mínimos, observada a gravidade do delito e a situação econômica do implicado, nos termos dos artigos 325 e 326 do Código de Processo Penal. Dessa forma, o valor varia de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos quando o delito tiver pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos quando a pena privativa de liberdade for superior a 4 (quatro) anos.

Importante ressaltar que o art. 325 do Código de Processo Penal estabelece, entre outras disposições que merecem leitura, que o valor da fiança, dependendo do caso concreto, pode ser dispensada (CPP, art. 350) ou aumentada em até 1000 (mil) vezes.

O valor da fiança não é absoluto, podendo ser “reforçado” quando observadas as hipóteses do art. 340 do Código de Processo Penal.

Se o réu for condenado e a pena imposta for cumprida, o valor dado em garantia utilizado para dedução das custas processuais, indenização pelo dano em favor da vítima, se fixada na sentença penal, e para pagamento da multa penal, se cominada.

A fiança poderá ser quebrada (anulada) quando o acusado cometer as seguintes irregularidades: deixar de comparecer, após intimado, para ato do processo, sem motivo justo; deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; praticar nova infração penal dolosa (intencional); resistir injustificadamente a ordem judicial ou descumprir medida cautelar (restrição de direito alternativa à prisão, como, por exemplo, proibição de frequentar determinados lugares) imposta cumulativamente com a fiança.

---

5 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p 653.

A quebra injustificada da fiança importará na perda de metade do valor depositado, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva. Neste cenário, deduzidas as custas judiciais e outros encargos a que o acusado estiver obrigado, o restante será recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), responsável por repassar recursos e meios para apoio ao aprimoramento do sistema carcerário, embora defendemos a tese de destinação para fundos estaduais quando o processo judicial é de competência da Justiça dos Estados<sup>6</sup>.

Por outro lado, o valor será perdido na totalidade se o condenado não se apresentar para início do cumprimento da pena definitivamente imposta. Se houver sobra dos descontos previstos em lei, também será recolhida ao Funpen ou fundos estaduais correspondentes.

Em caso de absolvição, a fiança deve ser devolvida ao implicado, na sua integralidade.

Para Aury Lopes Junior, “(...) se o réu for condenado, mas tiver declarada extinta a punibilidade pela prescrição, a fiança prestada continuará respondendo pelas custas processuais e indenização pelo dano”<sup>7</sup>.

Atualmente, a fiança não é concedida apenas nos casos em que o agente foi preso em flagrante. É possível o arbitramento de fiança como forma de substituir a prisão preventiva ou até para evitar que esta seja decretada<sup>8</sup>.

## Histórico da fiança

Na monarquia absolutista, a concessão da liberdade era feita mediante uma garantia, uma caução, que podia ser real (caução em

---

6 Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso – Esmagis-MT e Escola da Magistratura Mato-Grossense - Emam. (Conclusão 16 do Grupo de Estudos). *A destinação da multa penal*, 12 de agosto de 2016, Relatora Dra. Luciene Kelly.

7 *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 906.

8 CAVALCANTE, Marcio André Lopes. Fiança no Processo Penal. *Dizer Direito*. Disponível em <<https://docs.google.com/file/d/0B4mQkJ-pSXwqRThTYkNEcFhneTg/edit?pli=1>>. Acesso em 26.ago.2014.

sentido estrito, tendo por objeto um bem com valor economicamente apreciável, sendo esta a ilação extraída do artigo 330, caput, do CPP<sup>9</sup> ou fidejussória (fiança propriamente dita, como prevista no ordenamento civil). A primeira consistia em bens e a segunda num compromisso pessoal.

A primeira modalidade de garantia exigida no Brasil-Colônia (1500-1822), assim em Atenas como em Roma, foi a caução fidejussória, consistente na apresentação de fiadores, que assumiam a obrigação de apresentar o réu no dia do julgamento.

Desde as Ordenações Afonsinas, havia a concessão da liberdade por meio das Cartas de Seguro, então privilégio dos nobres, e da palavra de fiéis carcereiros, geralmente mediante compromisso de comparecimento ao julgamento. Era prevista também a fiança, como caução real prestada por fiador<sup>10</sup>.

Segundo João Mendes de Almeida Junior, desde o início da sociedade organizada, havia preocupação com a liberdade antes da condenação definitiva, assim como a restauração após a prisão em flagrante.

No século XIV, no Brasil havia meios para a concessão de liberdade provisória, inicialmente fidejussória, que consistia na apresentação de fiadores, os quais assumiam a obrigação de apresentar o réu no dia do julgamento, sob pena de perda de quantia previamente depositada e responsabilização criminal, no caso de convivência com o acusado, na hipótese de condenação<sup>11</sup>.

Pela Constituição do Império, a única forma de liberdade provisória concedida na época, era a fiança. A partir do Código de Processo Penal de 1941, na sua primeira redação, admitia-se a liberdade mediante pagamento de fiança, por parte do acusado, observando se não havia alguma condição para decretar sua prisão

---

9 Art. 330. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

10 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 42.

11 ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v 1. p. 406.

preventiva. Assim, poderia ficar em liberdade até, pelo menos, o julgamento do eventual recurso de apelação ao juiz *ad quem*<sup>12</sup>.

Todos os textos constitucionais do Brasil se referiram a fiança como remédio processual para uma liberdade provisória, com exceção da Carta de 1937.

Na essência das leis brasileiras, possibilitava-se o arbitramento da fiança para que fosse concedida liberdade provisória em qualquer tipo de delito, mediante um juízo de discricionariedade.

A Lei 6.416/77 trouxe expressiva mudança na liberdade provisória, sendo até mesmo chamada pela doutrina de liberdade vinculada<sup>13</sup>, acrescentou o parágrafo único no art.310 do Código de Processo Penal, possibilitando a liberdade provisória em qualquer crime quando não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva, cabendo ou não a fiança, sendo posteriormente modificada pela Lei 8.035/90 e 8.072/90, nas quais se vedou a liberdade provisória com ou sem fiança para os crimes contra a economia popular e sonegação fiscal e impediu a liberdade provisória com ou sem o pagamento da fiança, para crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico de drogas ilícitas e terrorismo<sup>14</sup>.

Em vigor desde julho de 2011, a Lei nº 12.403 alterou o Código de Processo Penal no tocante à prisão processual, fiança, liberdade provisória, medidas cautelares, dentre outros pontos.

A lei entrou em vigor no dia 4 de julho de 2011 e teve como finalidade evitar o encarceramento provisório do indiciado ou acusado sem necessidade de prisão, para isso ofereceu varias possibilidades de modificações, passando o Título IX no Código de Processo Penal, ao qual passou com a seguinte rubrica: “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”<sup>15</sup>.

12 JUNIOR, Walter Nunes da Silva. Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal, 2008. p 812.

13 PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barros da. *Prisão preventiva e liberdade provisória*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7.

14 FERNANDES, Antonio Scarance. A fiança criminal e a Constituição Federal. *Justitia*. São Paulo, v. 53, p. 28-39, 1991.

15 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p 298.

No caso da prisão em flagrante, quando há algum dos requisitos para que seja concedida a liberdade provisória, devendo aplicar os incisos do art. 310 do Código de Processo Penal, alterados pelo advento da Lei 12.403/11.

Assim, na hipótese de prisão em flagrante e percebido que esteja ausente os requisitos da prisão preventiva, o magistrado, conforme art. 321 do CPP deverá de imediato a sua comunicação, conceder liberdade provisória, sendo que se necessário, impor as medidas cautelares, notadamente a fiança, observados os critérios previstos no art. 282 também do Código de Processo Penal.

Anote-se que a Lei 12.403/11 alterou os arts. 282, 283, 289, 299,300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Código de Processo Penal (Vide Anexo I).

Enfim, desde a edição do Código de Processo Penal de 1941, permitiu-se a liberdade provisória mediante ao pagamento de fiança e, igualmente, com a Lei 12.403/11, os legisladores foram solidários à aqueles menos favorecidos, sem condições de pagar a fiança sem comprometer sua renda, ou até mesmo aqueles que não tem condições nenhuma para arcar com o valor da fiança, mas que mesmo assim se enquadrem na condição de receber o benefício (CPP, art. 327 e 328).

### A fiança antes e depois da Lei 12.403/11

No início do Título IX do Código de Processo Penal, registra-se a primeira modificação trazida pela da Lei 12.403/11. Antes o título era: “Da prisão e da liberdade provisória”. Após a lei: “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, apontando uma ideia mais abrangente do instituto.

No art. 282, antes da lei, excetuando a prisão em flagrante, a prisão só poderia acontecer em virtude de pronuncia ou nos casos já definidos em lei, assim como ordem escrita de autoridade competente. Esse mesmo art. 282, após a lei, demonstra que as medidas cautelares previstas nesse título deverão ser aplicadas observando a lei para que

sejam evitadas as infrações penais, adequando a gravidade do delito cometido, assim como as condições do agente e circunstâncias do fato.

Essas medidas podem ser aplicadas cumuladas ou separadas, decretados pelo juiz de ofício ou em atendimento a requerimento das partes envolvidas, quando for o caso de serem aplicadas no curso das investigações criminais, poderão ser aplicadas por representação da autoridade policial ou atendendo a requerimento do Ministério Público.

Em atendimento ao requerimento das partes, não sendo motivo de urgência, o juiz poderá intimar a parte contrária para serem ouvidas, antes de aplicadas as medidas cabíveis.

Havendo o descumprimento de alguma determinação do juiz, este por ofício ou mediante requerimento, poderá substituir a medida adotada, chegando até a decretar a prisão preventiva do desobediente, podendo assim revogar, para o bem ou para o mau a medida imposta quando observar que esta não tem mais a necessidade ou não atende mais o objetivo para qual foi decretada, decretando a prisão preventiva em último caso.

O art. 283 previa que a prisão poderia ser efetuada a qualquer hora, sendo dia ou noite, respeitando o que a lei determinava sobre a inviolabilidade do domicílio, com o advento da lei, o artigo passou a ter praticamente a mesma redação do antigo art. 282, sendo previsto que ninguém poderá ser preso senão em flagrante de delito ou mediante a ordem escrita da autoridade judicial, em decorrência de sentença condenatória, ou nos moldes de prisão temporária ou preventiva quando em curso de investigação ou no andamento do processo, ainda assim, essa prisão só poderá ocorrer quando as penas previstas para o crime cometido for de privação da liberdade, e continuando a redação de antes, agora em seu parágrafo segundo em relação ao momento da prisão.

A complementação do art. 289, que tratava de réu em lugar estranho a jurisdição, seria decretada sua prisão mediante a precatória ou, em caso de urgência, mediante telegrama, continuou com o mesmo teor, sendo apenas complementado com mais dois parágrafos que possibilitam o juiz, em caso de urgência, decretar a prisão por

qualquer meio de comunicação, desde que este meio conste os motivos da prisão e o valor a ser aplicado na fiança. A autoridade que receber essa requisição deverá se precaver e buscar a autenticidade dessa comunicação, e no caso da prisão acontecer, aquele magistrado que determinou por meio de carta precatória ou outro meio, deverá remover o preso, no máximo em 30 (trinta) dias para sua comarca, contando do dia da prisão.

O art. 299 foi alterado somente na parte que tratava da prisão inafiançável, passando a demonstrar apenas que a autoridade que efetuar a prisão deverá providenciar a autenticação da dessa determinação.

No art. 300 o legislador apenas aconselhava que, sempre que possível, aquele que houvesse sido preso provisoriamente ficasse separados dos presos definitivamente. Com a mudança isso ficou determinado e ainda acrescentado que o militar preso em flagrante será recolhido para dependência do quartel que pertencer onde ficará a disposição de sua autoridade superior.

As mudanças do art. 306 foram irrelevantes, pois tratam apenas de mudanças materiais das palavras, sendo que mesmo após as pequenas mudanças, o foco do artigo que é a comunicação da prisão ao juiz da comarca assim como à família imediatamente após a prisão, e dentro de 24 (vinte e quatro) horas ao advogado por ele indicado, não o fazendo, serão remetidos à Defensoria Pública os autos referente àquela prisão.

Antes da Lei 12.403/11, o art. 310 do Código de Processo Penal tratava do momento que o juiz tivesse conhecimento do auto de prisão em flagrante, poderia o magistrado, após ouvir o representante do Ministério Público conceder ao réu liberdade provisória com o seu comprometimento de comparecer a todos os atos processuais e em caso de não cumprimento poderia ser revogado a sua liberdade, assim como revogado também seria a prisão em flagrante se não houvesse necessidade da prisão preventiva. Após a lei, passou a figurar com mais complexidade o mesmo art. 310 demonstrando que, chegando ao conhecimento do juiz o auto de prisão em flagrante,

o magistrado deverá fundamentadamente relaxar a prisão, quando esta for ilegal, converter a prisão em flagrante para prisão preventiva, quando houver os requisitos previstos no art. 312, e se ineficazes as medidas cautelares diferentes da prisão, ou até mesmo conceder a liberdade mediante ou não ao pagamento de fiança, mostrando mais uma vez que não é obrigatório o pagamento da fiança.

Em relação ao art. 311 a modificação não foi expressiva, já era possível a prisão preventiva decretada pelo juiz a qualquer fase do inquérito policial ou instrução criminal, antes apenas por requerimento do Ministério Público, agora também podendo ser por ofício.

Foi incluído um parágrafo único no art. 312, mas o *caput* continuou com a mesma redação que trata da condição da prisão preventiva, que deve ser decretada para garantir a ordem pública, ordem econômica, pela conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal desde que estejam comprovados a existência do crime e houver indícios suficientes de autoria, mas a modificação ou implementação do parágrafo único trata do descumprimento das obrigações impostas para que o indivíduo tenha sua liberdade provisória concedida. Havendo descumprimento, poderá ser decretada a prisão preventiva, como consequência.

Completando o art. 312, o art. 313 trazia as hipóteses para a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos, quando fossem punidos com reclusão, quando coubesse a pena de reclusão e o indiciado fosse vadio ou apresentassem dúvidas quanto a sua identidade, se o réu já tivesse sido condenado por outro crime doloso e no caso do crime em questão tivesse ocorrido com a presença de violência doméstica ou familiar, passando a vigorar as hipóteses de crimes dolosos com pena privativa máxima maior que 4 (quatro) anos, a questão da condenação por outro crime continuou sem alteração assim como a questão da violência doméstica ou familiar, e foi acrescentado um parágrafo único que complementa a questão da dificuldade de identificação, sendo assim admitida a prisão preventiva daquele que apresente alguma dificuldade de identificação, mas assim que sanada essa dificuldade e seja identificado claramente o

indivíduo, este deve ser colocado em liberdade imediatamente, quando esse for o caso da sua prisão preventiva.

O art. 314, depois da Lei 12.403/11, assegura que em nenhum caso será decretada a prisão preventiva, caso o juiz verifique que o crime foi cometido nas hipóteses previstas nos incisos I, II e III do art. 23 do Código Penal [art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito].

Nessa situação, deve o implicado ser posto em liberdade imediatamente.

O art. 317 tratava da possibilidade da prisão preventiva ser decretada mesmo com o comparecimento espontâneo do implicado à autoridade competente, assim como o art. 318 que o complementava dizendo que aquele que se apresentou espontaneamente confessando que o crime foi praticado por outra pessoa ou por pessoa não identificada, não ficará isento do processo.

Com a mudança trazida pela lei, esse artigo passou a tratar da prisão domiciliar, que será o recolhimento do acusado em sua residência, só podendo dela sair com autorização do juiz, assim como o art. 318 o completa demonstrando que a prisão preventiva poderá ser substituída pela prisão domiciliar quando o réu for maior de 80 (oitenta) anos, assim como por motivo de doença grave for extremamente debilitado, imprescindível aos cuidados de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com alguma deficiência; a ré for gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gestação ou se essa gravidez for de alto risco, mas sempre que houver a possibilidade de modificação para este tipo de prisão o juiz exigirá provas para cada tipo de situação.

Após o art. 318, foi inserido um novo título: “Das outras medidas cautelares”, que trata das medidas complementares àquelas anteriormente previstas.

O antigo art. 319 tratava das prisões administrativas, senão vejamos. Com o advento da Lei 12.403/11, o art. 319 passou a tratar sobre as medidas cautelares diversas da prisão, e listou o comparecimento em juízo no prazo e condições estabelecidas, a

proibição de frequentar locais determinados pelo juiz, para que assim evite o risco de novas infrações, proibição de manter contato com pessoas relacionadas ao crime, assim como proibição de se ausentar da comarca que está tramitando o processo quando a permanência seja fundamental para a investigação, poderá também ser determinado que o acusado, quando possua residência fixa, se recolha para seu interior nos períodos noturnos assim como nas horas de folga, suspensão da função pública ou atividade econômica quando estas forem relacionadas com o crime cometido. Poderá também ser decretada a internação quando, mediante perícia for constatado que o indivíduo for inimputável ou semi-imputável e houver a possibilidade real de reiteração.

A fiança também esta presente nesses requisitos do art. 319, se as infrações a admitem, assegurando o comparecimento a todos os atos do processo, podendo ser aplicada isolada ou cumulativamente, assim como a monitoramento eletrônico.

O art. 320 antes de ser reformado dava conta que a prisão na jurisdição civil seria executada pela autoridade policial que recebesse os respectivos mandados, com a reformulação, o artigo passou a tratar da proibição de se ausentar do país, que será comunicada pelo juiz às autoridades competentes, assim como intimará o acusado a entregar o passaporte em 24 (vinte e quatro) horas.

Antes da lei, o art. 321 dava conta que o réu ficaria livre independentemente de fiança no caso de ter cometido infração, que mesmo cominada, não resultasse pena privativa de liberdade ou quando a pena, nos mesmos moldes, não fosse superior a 3 (três) meses, com a mudança, o juiz poderá decretar a liberdade provisória observando o art. 319.

Assim como as regras constantes no art. 282, também do Código de Processo Penal, revogado assim o critério de tempo imposto antes da Lei 12.403/11.

A mudança do art. 322 foi em relação ao delegado, que antes poderia somente conceder a fiança para casos em que a infração cometida fosse punida com detenção ou prisão simples, com a

alteração trazida pela lei, à autoridade policial poderá conceder a fiança nos casos de infração que a pena privativa de liberdade máxima não supere 4 (quatro) anos, sendo assim, nos demais casos ficam a cargo do juiz conceder em 48 (quarenta e oito) horas.

O art. 323 obteve mudanças relativas aos crimes que não cabem fiança, assim não poderia ser concedido fiança para crimes punidos com reclusão que a pena mínima cominada fosse superior a 2 (dois) anos de reclusão, nas contravenções penais que davam conta de pessoas vadias, em crimes dolosos em que o réu já havia sido condenado por outro crime de igual natureza, ou nos crimes que provocassem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça.

A modificação do art. 324 que trata de alguns crimes que também não serão agraciados pela fiança, somente forma extintos dois incisos que tratavam de prisões administrativas ou disciplinares decretadas por juiz civil, e aos que estiverem em gozo de livramento ou suspensão da pena sendo assim inserida a proibição nos casos de crime militar, ficando inalterada a impossibilidade da fiança nos casos em que, no mesmo processo, o réu já tenha cometido o quebraamento da fiança sem motivo justificado, assim quando estiverem presentes os requisitos que autorizem a decretação da prisão preventiva.

O art. 325 trata da valoração da fiança, que tinha o peso de 1 (um) a 5(cinco) salários mínimos quando a infração fosse punível com até 2 (dois) anos de privação da liberdade, de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos quando a infração fosse punível com até 4 (quatro) anos de privação da liberdade, de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos quando a infração fosse punível com pena superior a 4 (quatro) anos de privação de liberdade, podendo em todos os casos serem reduzidas até dois terços ou aumentadas até o décuplo pelo juiz.

Nos casos de crimes de sonegação fiscal, a liberdade provisória somente poderia ser concedida pelo juiz, mediante o pagamento de fiança, após serem lavrados todos os autos da prisão em flagrante, fiança esta que seria fixada pelo magistrado nos limites de 10 (dez) mil

a 100 (cem) mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional da data que fosse praticado o crime, e dependendo da situação econômica do réu poderia ser reduzida até nove décimos do valor assim como ser aumentada até o décuplo.

Com as mudanças trazidas pela Lei 12.403/11, o art. 325 passou a valorar a fiança de outra maneira, sendo assim possível que seja imposto de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos quando a infração cometida tiver pena privativa de liberdade de no máximo 4 (quatro) anos e de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos quando a pena privativa de liberdade for superior à 4 (quatro) anos, sendo ainda observado a situação econômica do réu, podendo se for o caso a fiança ser dispensada, nos termos do art. 350 do Código de Processo Penal.

Pode o juiz, ainda, reduzi-la em no máximo dois terços ou por outro lado aumentá-la em até 1.000 (mil) vezes o seu valor.

O art. 334 só foi modificado materialmente, antes dizia que a fiança poderia ser prestada em qualquer tempo do processo antes do trânsito em julgado e passou a ser descrito como cabível a qualquer momento do processo antes de transitar em julgado sentença condenatória.

Assim como o art. 334, o art. 335 também sofreu poucas mudanças, pois tratava da recusa ou demora da autoridade policial em conceder fiança nas modalidades que cabe a ela, sendo assim, poderia conceder a fiança perante o juiz mediante a uma simples petição que faria com que o magistrado ouvisse a autoridade para decidir sobre aquela situação, e com a mudança, a lei apenas determina que, após o interessado impetrar simples petição para o pagamento de fiança, pela recusa ou demora da autoridade policial, o juiz terá 48 (quarenta e oito) horas para decidir sobre essa questão, suprimindo assim a exigência de ouvir a autoridade policial causadora dessa situação.

A mudança referente ao art. 336 é sobre o que será feito com o valor pago em fiança, assim antes esse valor ficaria sujeito ao pagamento das custas processuais, da indenização ou multas provenientes do processo e, com a mudança a fiança, servira de

pagamento das mesmas coisas, sem a palavra “possível”, dando assim o entendimento que a fiança será vinculada para esse fim, e no caso de sobrar alguma coisa, poderá ser retirada.

O art. 337 completa o art. 336 no sentido de o valor da fiança no caso de extinta a ação penal ou absolvição do acusado, será atualizado e ainda assim descontado os valores referidos nos art. 336 e somente sobrando alguma coisa poderá ser devolvido. A mudança nesse dispositivo foi a atualização, antes o valor permanecia o mesmo.

No art. 341, foram expostas as condições do quebramento da fiança, antes da lei isso acontecia quando o réu era intimado a comparecer em algum ato legal do processo e ele não fazia sem justificativa aceita pelo juiz, ou quando praticava outra infração penal. Com a mudança, o quebramento da fiança passou a ser, além dos mesmos motivos de antes da lei, também quando o acusado praticar atos com a finalidade de atrapalhar o bom andamento do processo judicial ou quando descumprir qualquer medida cautelar que foi imposta cumulativamente com a fiança.

O art. 343 tratava o quebramento da fiança como, além da perda da metade do valor, uma condição de recolhimento a prisão daquele réu que a cometesse. Na nova lei, acontecendo o quebramento da fiança, continua perdendo a metade do valor pago em fiança, mas não será automaticamente recolhido a prisão, nesse sentido a mudança foi benéfica ao réu, pois o juiz poderá avaliar a possibilidade de cumular mais uma medida cautelar ou, e a lei é bem clara nessa parte, somente se for o caso e não houver outra possibilidade, recolher o réu a prisão.

Assim como antes da nova redação, o art. 344 tratava da perda total da fiança, sendo que antes da lei a perda acontecia quando o réu não se apresentasse a prisão e com a atualização acontece quando o réu não se apresenta para o cumprimento da pena definitivamente imposta.

Os arts. 345 e 346 tratam da destinação do valor da fiança quando acontece o quebramento ou a perda de sua totalidade, nesse sentido os valores referentes a cada caso eram remetidos, depois

das deduções previstas, ao Tesouro Nacional e com a mudança e advento da Lei 12.403/11, esses valores que continuam sendo deduzidos conforme previsões em lei passaram a ser destinado ao fundo penitenciário.

O art. 350 trazia a ideia de que se o implicado fosse comprovadamente pobre, o juiz conceder-lhe-ia a liberdade sem o pagamento da fiança, apenas com as obrigações referentes e com qualquer infração a elas seria revogado o benefício. Agora, o juiz poderá conceder a liberdade sem o pagamento da fiança, contudo, o implicado, para manter essa liberdade provisória, deverá atender aos requisitos do art. 327, assim como do art. 328, todos do Código de Processo Penal, como se houvesse pago a fiança.

No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (CPP, parágrafo 4º do art. 282).

A redação do art. 439, que tratava da função de jurado, trazia que por exercer essa função seria tratado como serviço público relevante, estabelecendo presunção de idoneidade moral e asseguraria prisão especial se ocorresse, mas essa última foi suprimida pela nova redação.

Foi inserido um novo artigo no Código de Processo Penal, o art. 289-A, que legisla fazendo com que o juiz competente providencie o imediato registro do mandado de prisão no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça para que qualquer policial tenha a possibilidade de efetuar a prisão determinada pelo mandado, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu, e que assim também qualquer agente policial possa efetuar a prisão antes mesmo de ser registrado o mandado no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça, mas se assim o fizer deverá se precaver e confirmar a autenticidade do mandado e comunicar ao juiz que o expediu, para que assim que comunicado, o magistrado providencie o registro. Ainda vem relatando que a prisão será imediatamente

comunicada ao juiz, assim como o preso deve ser informado de todos os seus direitos, bem como a Defensoria Pública caso o preso não tenha ou não informe o nome de seu advogado.

Antes da vigência da lei, a fixação da fiança contava com três parâmetros, após sua entrada em vigor ficaram apenas dois. E eram calculados como base para o arbitramento de fiança de 1 a 5 salários mínimos quando a infração cometida tivesse punição com privação de liberdade de até 2 anos, de 5 a 20 salários mínimos quando a infração cometida tivesse punição com privação de liberdade de até 4 anos e de 20 a 100 salários mínimos quando a infração cometida tivesse punição de privação de liberdade superior a 4 anos.

Com a vigência da Lei 12.403/11 foi reduzida essa base de cálculo, sendo os novos parâmetros tendo valores de 1 a 100 salários mínimos quando a infração cometida tiver punição com privação de liberdade não superior a 4 anos e de 10 a 100 salários mínimos quando a infração cometida tiver punição com privação de liberdade superior a 4 anos.

E assim ficaram revogados o artigo 298, o inciso IV do artigo 313, os parágrafos 1º a 3º do artigo 319, os incisos I e II do artigo 321, os incisos IV e V do artigo 323, o inciso III do artigo 324, o parágrafo 2º e seus incisos I, II e III do artigo 325 e os artigos 393 e 595, todos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

## Do arbitramento da fiança

É uma obrigação do delegado de polícia e não uma faculdade arbitrar fiança em benefício do autuado em flagrante, cabendo-lhe, obviamente, sopesar a gravidade do fato, as condições financeiras, a vida pregressa e sua periculosidade.

Se a autoridade policial se recusar ou retardar o arbitramento da fiança, poderá responder por abuso de autoridade previsto na Lei 4.898/65, art. 4º, 'e' – “Constitui também abuso de autoridade: e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei”.

O preso ou alguém por ele poderá prestar a fiança mediante simples petição (CPP, art. 335).

O delegado de polícia somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade não seja superior a 4 (quatro) anos de detenção ou reclusão (CPP, art. 322).

Para identificar se poderá ou não conceder a fiança, o delegado de polícia deve considerar a existência ou não de concurso de crimes, causas de aumento e de diminuição de pena (Ex: se o agente tiver praticado dois crimes em concurso material – ambos com pena máxima de 4 anos), a autoridade policial não poderá conceder a fiança<sup>16</sup>.

Com o advento da Lei 12.403/11 aumentou-se o rol das infrações penais passíveis de concessão da liberdade provisória mediante fiança, arbitrada pelo delegado de polícia em casos de prisões em flagrante, apenados com detenção, assim entendidos os de menor potencial ofensivo de competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95), vide Anexo I.

Nas infrações apenadas com reclusão acima de 4 (quatro) anos, somente o juiz de Direito pode arbitrar a fiança, de ofício ou requerida, no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas (CPP, art. 322, parágrafo único), embora haja doutrinadores que defendam que os delegados de polícia possam arbitrar fiança para todas infrações apenadas com detenção<sup>17</sup>.

A dispensa da fiança cabe também ao juiz de Direito, observadas todas as obrigações constantes nos arts. 327 e 328 do CPP e a outras medidas cautelares, se for o caso (CPP, art. 350), especialmente comparecer perante a autoridade competente todas as vezes que for intimado para atos do inquérito, da instrução criminal e para o julgamento, não mudar de residência sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

16 CAVALCANTE, Marcio André Lopes. Fiança no Processo Penal. *Dizer Direito*. Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0B4mQkJ-pSXwqRThTYkNEcFhneTg/edit?pli=1>. Acesso em: 26 ago. 2014.

17 KFOURI FILHO, Abrahão José. Preço da Liberdade. *A Lei 12.403, a autoridade policial e a fiança*, 30 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-30/retrocesso-desvio-finalidade-caracterizam-edicao-lei-12403>. Acesso em: 20 jan. 2017.

Acaso o arbitramento da fiança pelo delegado de polícia tenha sido feita com base em informações insuficientes, o juiz, reconhecendo o engano ou mesmo erro, poderá determinar o reforço da fiança (CPP, art. 340). No mesmo sentido quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas ou for inovada a classificação do delito.

Se o implicado for beneficiado com liberdade provisória mediante fiança e descumprir a obrigação de comparecer a todos os atos do processo, o juiz deverá revogar o benefício, podendo decretar seu recolhimento à prisão, se justificável a medida, ou impor medidas cautelares alternativas em caráter substitutivo.

### Das questões incidentais sobre a fiança

Pode o implicado prestar fiança com dinheiro, bens móveis e imóveis. Por outro lado, o juiz criminal, na administração da Justiça, tem preferência por bens de fácil portabilidade, guarda e conservação, quer para evitar a complexidade de receber bens móveis, seja porque o recebimento de imóveis facilita a prestação da garantia.

Diante desse impasse, alguns bens e valores devem ser excluídos da fiança, como a casa de moradia, as ferramentas de trabalho e as verbas alimentares. Portanto, não podem ser trazidas à conta da capacidade para prestar fiança, vez que não se tira de alguém aquilo que ele não tem.

Os limites de valor para o arbitramento estão descritos na redação do art. 325 do Código de Processo Penal, mas com alteração de seus patamares máximos. Deverão ser considerados: a natureza da infração; as condições pessoais de fortuna (fixando-se valor possível de ser pago); a vida pregressa do agente; as circunstâncias indicativas de periculosidade; as causas de aumento, as qualificadoras e causas de diminuição de pena; e o valor provável das custas do processo até final julgamento. No caso de concurso material: 1) somam-se as penas para o cálculo (STJ, Súmula 81<sup>18</sup>) ou considera-se cada pena isoladamente.

---

18 Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão. (Terceira Seção, julgado em 17/06/1993, DJ 29/06/1993, p. 12982)

Importará em quebra da fiança prestada o descumprimento, sem justa causa, de obrigação imposta – implicando tal rompimento na perda da metade do valor para o fundo penitenciário (CPP, art. 346), e imposição de outras medidas cautelares ou até mesmo a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 343) – ou a prática de outra infração penal durante a vigência da fiança (CPP, art. 341, incisos I a V).

Deve ser assegurado ao afiançado o contraditório.

Ocorrendo a perda parcial da fiança, a outra parte deve ser devolvida (CPP, art. 347).

Também, ainda que seja o réu absolvido, a quebra não pode ser revertida, cabendo ao afiançado somente os 50% restantes do que se prestou, bem como será impossível prestar nova fiança no mesmo processo.

Ocorrerá a perda total em favor do aludido fundo da parte remanescente – abatido o correspondente às custas, indenização da vítima e eventual multa – se condenado, o réu não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta (CPP, art. 344 e 345).

A cassação da fiança, por ser julgada inidônea, só é cabível quando concedida por equívoco, ou seja, não poderia ter sido, ou se houver aditamento da denúncia com imputação de mais uma infração, em regra a partir da soma das penas mínimas em concurso material (CPP, art. 338).

São três as possibilidades de exigência de reforço da fiança: 1) quando tomada a menor por equívoco; 2) quando ocorrer a depreciação material ou perecimento de bens hipotecados ou caucionados, bem como dos metais ou pedras preciosas; ou 3) quando for inovada a classificação do delito com alteração da pena e, por consequência, no quantitativo da fiança.

Não sendo reforçada a fiança, será julgada sem efeito e expedido o respectivo mandado de prisão, o que expressa também a inidoneidade da fiança (CPP, art. 340, parágrafo único).

Ocorrerá a dispensa da fiança quando verificado ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza. Contudo, ainda ficará adstrito

às obrigações dos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal e a outras medidas cautelares, sob pena de ter revogado o benefício ante a infração, sem motivo justo, de tais obrigações.

No tocante à prescrição, na sua ocorrência antes do trânsito em julgado da sentença condenatória não existirá fato penal certo, e a jurisdição cível poderá conhecer de tudo. Mas ocorrendo a prescrição depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, as hipóteses podem ser as seguintes: a) se a sentença foi publicada sobre uma prescrição intercorrente não produzirá nenhum efeito e pode ser dada como inexistente; b) se a prescrição é verificada após o trânsito em julgado em razão da pena em concreto, não produz nenhum efeito executório.

O quebramento de fiança pode ser determinado pelo Tribunal, em grau de recurso, ou nas infrações que sejam de sua competência originária, pois o relator exerce as mesmas atribuições que a legislação profere aos juízes singulares.

Contra o quebramento de fiança, cabe recurso no sentido estrito, que terá efeito suspensivo unicamente quanto à perda da metade do valor da fiança. Enquanto não for julgado o recurso, não ocorrerá a perda desse valor, mas as outras consequências do quebramento não ficarão suspensas pelo simples fato de ter sido interposto o recurso.

Se o acusado for condenado e não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta, haverá a perda da totalidade do valor da fiança.

A perda da fiança opera-se mesmo que a pena imposta tenha sido restritiva de direitos ou de multa.

Quando ocorre o quebramento da fiança, e não havendo recurso, aguardará o trânsito em julgado da sentença final, no caso de condenatória a metade do valor da fiança será restituída a quem a prestou e da outra metade é abatido o valor das despesas processuais e outros encargos.

Se ainda assim for verificado sobra de saldo, será recolhido ao Tesouro Nacional.

No caso de absolvição, a metade que não foi devolvida será recolhida ao Fundo Penitenciário Nacional<sup>19</sup>.

A fiança ainda poderá ser cassada caso for concedida, mesmo não sendo cabível, e nesse caso poderá ser cassada em qualquer momento do processo e no caso de inovação na classificação do delito, que acontecem normalmente na fase da sentença ou até mesmo na denúncia feita pelo Ministério Público quando este observa que o delito se trata na verdade de outro, diverso àquele que se trata a denúncia que deu origem a fiança.

Cassada a fiança, o seu valor é devolvido ao implicado ou a quem prestou e o implicado pode ser recolhido à prisão, se subsistir pressupostos autorizadores.

### A fiança como medida de política criminal

A expressão *política criminal* não conta com um conceito unânime na doutrina penal.

Basileu Garcia define-a como a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos que o Estado dispõe para atingir o fim da luta contra o crime. Examina o Direito em vigor e, em resultado da apreciação de sua idoneidade na proteção contra os criminosos, trata de aperfeiçoar a defesa jurídico-penal contra a delinquência, sendo o seu meio de ação, portanto, a legislação penal<sup>20</sup>.

Jímenez de Asúa sustenta que a política criminal é um conjunto de princípios fundados na investigação científica do direito e da eficácia da pena, por meio dos quais se luta contra o crime, valendo-se não apenas dos meios penais, mas também dos de caráter assegurativo<sup>21</sup>.

Zaffaroni e Pierangeli, por sua vez, afirmam que a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens jurídicos que devem ser tutelados penalmente e os caminhos para tal tutela, o que

---

19 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 664.

20 GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1978. p. 37.

21 *Princípios de derecho penal*. Buenos Aires: Sudamericana, 1984. p. 62.

implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos<sup>22</sup>.

Dante dessas considerações vertentes, inegável o duplice caráter da Política Criminal, qual seja: ação, para efetivar a tutela dos bens jurídicos, e crítica, como forma de aprimoramento de tal tutela, que busca fornecer orientação para que o combate à criminalidade se faça racionalmente, com o emprego de meios adequados, bem como promover sua alteração e adequação às políticas recomendadas.

Logo, na aplicação da lei, o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal tem sua escolha determinada por fatores políticos, visto que: A norma, portanto, deixaria de exprimir o tão propalado interesse geral, cuja simbolização aparece como justificativa do princípio representativo para significar, muitas vezes, simples manifestação de interesses partidários, sem qualquer vínculo com a real necessidade da nação.<sup>23</sup>

No âmbito da jurisdição penal, a Política Criminal deve orientar o tratamento a ser dispensado ao delinquente, na aplicação da lei, como instrumento de legitimação do poder do juiz.

Dito isso, acreditamos que a fiança é a mais importante medida de política criminal a serviço do Sistema de Justiça Penal, ao considerar; 1) a prevalência no direito nacional da liberdade sobre a custódia cautelar; 2) a realidade do sistema prisional brasileiro, que marginaliza, amplia a cultura criminoso, o uso de substância entorpecente e incita a violência; 3) a finalidade da medida cautelar para o devido processo legal, qual seja viabilizar a instrução probatória e assegurar a aplicação da lei penal; 4) o efeito pedagógico de afetação do patrimônio do implicado em infração penal sujeita à fiança; 5) a conveniência de garantir o pagamento de custas do processo, multa pecuniária cominada ao crime e indenização à vítima.

---

22 *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 132.

23 TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, número especial, p. 75-87, dez. 1992.

Vejamos.

Ação penal que resulta em condenação enseja a execução da pena.

De regra, as sentenças penais condenatórias transitadas em julgado são certas e líquidas, mas nem todas são exigíveis porque atingidas por causa de extinção da pretensão executória (CPP, art. 336, parágrafo único).

O trânsito em julgado de sentença penal condenatória gera obrigações pecuniárias que se projetam na execução, como custas, multas, prestações pecuniárias e a malfadada indenização mínima passada junto com a condenação, esta última não passando de uma estranha tutela estatal de interesse pessoal disponível.

A fiança é uma caução real que serve, se condenado o responsável pelo fato ilícito, o pagamento das despesas processuais havidas pela tramitação do processo penal, indenização à vítima, se fixada pelo juiz, da multa pecuniária se cominada pela infração penal.

Destaque-se a possibilidade de fiança para ressarcimento do dano ao patrimônio ou ao erário em crimes contra a Administração Pública, no mínimo no valor recebido, apropriado ou desviado<sup>24</sup>.

Outrossim, a fiança inibe a fuga, ao permitir a liberdade vinculada do implicado mediante o cumprimento de obrigações formais e restrições de comportamento social.

Os valores fiança são elevados, e ainda podem sofrer um aumento de mil vezes, conforme dispõe art. 325, § 1º, III, do CPP, de modo a inibir a criminalidade e desestimular a reiteração delitiva, se corretamente arbitrado, tendo o binômio “gravidade do crime” e “condição econômica do imputado” como pilares de aplicação.

A fiança materializa, ao menos, dois princípios constitucionais, quais sejam a dignidade da pessoa humana e a presunção de não culpabilidade.

---

24 TJMT. HC 143911/2016, Des. Alberto Ferreira de Souza, Segunda Câmara Criminal, Julgado em 25/01/2017, Publicado no DJE 06/02/2017. TJMT. Ap 64769/2016, Des. Orlando de Almeida Perri, Primeira Câmara Criminal, Julgado em 11/10/2016, Publicado no DJE 21/10/2016.

## Conclusão

Ante ao exposto sobre a fiança, conclui-se basicamente que: é uma garantia patrimonial do Estado para que o imputado responda pelo delito cometido em liberdade; é aplicada (ou não) de acordo com a gravidade do delito e condição econômica do imputado.

São extremamente valiosos os efeitos da fiança, tanto porque possibilita a liberdade do implicado, durante a formação da culpa, como até uma indenização às vítimas do dano provocado pelo crime, entre estas o Estado como pessoa jurídica de direito público.

Além de ser uma substituição à prisão, visa, também, assegurar o pagamento das custas, indenização ao eventual dano causado pelo delito e multa penal, em caso de condenação, ainda que ocorra a prescrição depois da sentença condenatória, sendo concedida somente em casos especiais (CPP, art. 321 a 350) e podendo ser prestada pelo implicado ou por terceiro nas modalidades de depósito de dinheiro, bens móveis ou hipoteca.

O instituto da fiança ganhou importância através da Lei nº 12.403/2011, que ampliou as hipóteses concessivas de liberdade provisória e colocou-a como principal medida cautelar substitutiva da prisão preventiva.

As normas atuais sobre fiança ampliaram a responsabilidade do delegado de polícia, possibilitando-o arbitrar fiança nos crimes não superiores a 4 anos de prisão.

A fiança é o mais importante instrumento de política criminal que dispõe o juiz para dar efetividade à sentença penal condenatória.

A concessão de fiança coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana e da não culpabilidade ou presunção de inocência.

## Referências

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v 1.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Princípios de derecho penal*. Buenos Aires: Sudamericana, 1984. p. 62.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 20 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm). Acesso em: 20 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.036*, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8036compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036compilada.htm). Acesso em: 21 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm). Acesso em: 20 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.416*, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6416.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6416.htm). Acesso em: 20 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal – STF. HC 129.474, rel. Min. Rosa Weber, j. 22/09/2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. Fiança no Processo Penal. *Dizer Direito*. Disponível em <<https://docs.google.com/file/d/0B4mQkJ-pSXwqRThTYkNEcFhneTg/edit?pli=1>> Acesso em 26.ago.2014.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE MATO GROSSO – ESMAGIS-MT E ESCOLA DA MAGISTRATURA MATO-GROSSENSE - EMAM. (Conclusão 16 do Grupo de Estudos). *A destinação da multa penal*, 12 de agosto de 2016, Relatora Dra. Luciene Kelly.

FERNANDES, Antonio Scarance. A fiança criminal e a Constituição Federal. *Justitia*. São Paulo, v. 53, p. 28-39, 1991.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Manual de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1978.

JUNIOR, Walter Nunes da Silva. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*, 2008.

KFOURI FILHO, Abrahão José. *Preço da Liberdade*. A Lei 12.403, a autoridade policial e a fiança, 30 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-30/retrocesso-desvio-finalidade-caracterizam-edicao-lei-12403>. Acesso em: 20 jan. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. *HC 120966/2014*, Des. Marcos Machado, Segunda Câmara Criminal, Julgado em 03/12/2014, Publicado no DJE 10/12/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. *HC 22618/2015*, Des. Marcos Machado, Segunda Câmara Criminal, Julgado em 29/04/2015, Publicado no DJE 08/05/2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barros da. *Prisão preventiva e liberdade provisória*. São Paulo: Atlas, 2013.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, número especial, p. 75-87, dez. 1992.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

## Anexo I Infrações de menor potencial ofensivo

### Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
129, caput	Lesão corporal leve.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Cond.
129, § 6º	Lesão corporal culposa.	Det. de 2 m. a 1 ano	Públ. Cond.
130, caput	Perigo de contágio venéreo.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Cond.
132	Perigo para a vida ou saúde de outrem.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
134*	Exposição ou abandono de recém-nascido	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
135, caput	Omissão de socorro	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Inc.
135, § ún.	Omissão de socorro majorada p/ resultado	Det. de 45 d. a 9 m.	Públ. Inc.
136, caput	Maus tratos.	Det. de 2 m. a 1 ano	Públ. Inc.
137, caput	Rixa.	Det. de 15 d. a 2 m.	Públ. Inc.
137, § ún.*	Rixa qualificada (participantes).	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
138*	Calúnia	Det. de 6 m. a 2 anos	Priv./ P. Cond.
139	Difamação.	Det. de 3 m. a 1 ano	Privada
140	Injúria.	Det. de 1 a 6 meses	Privada
140, § 2º	Injúria qualificada (real).	Det. de 3 m. a 1 ano	Priv. / P. Inc.
146, caput	Constrangimento ilegal.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
147	Ameaça.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Cond.
150, caput	Violação de domicílio.	Det. de 1 a 3 meses	Públ. Inc.
150, § 1º*	Violação de domicílio qualificada.	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
151, caput	Violação de correspondência.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Cond.
151, § 1º, I	Sonegação ou destruição de correspondência.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Cond.
151, § 1º, II	Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Cond.
151, § 1º, III	Impedimento de comunicação através dos meios acima referidos.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Cond.
151, § 1º, IV	Instalação ou uso ilegal de estação ou aparelho radioelétrico.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Inc.
152*	Violação de correspondência comercial	Det. de 3 m. a 2 anos	Públ. Cond.
153	Divulgação de segredo.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Cond.
154	Violação de segredo profissional.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Cond.
156*	Furto de coisa comum	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Cond.
161, caput	Alteração de limites.	Det. de 1 a 6 meses	Priv. / P. Inc.
161, § 1º, I	Usurpação de águas.	Det. de 1 a 6 meses	Priv. / P. Inc.

\* Tipo penal de menor potencial ofensivo acrescido ao rol da Lei 9.099 pela Lei 10.259/2001.

## Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
161, § 1º, II	Esubulho possessório.	Det. de 1 a 6 meses	Priv. / P. Inc.
163, caput	Dano simples.	Det. de 1 a 6 meses	Privada
164	Introdução/abandono de animais propriedade alheia.	Det. de 15 d. a 6 m.	Privada
165*	Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico.	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
166	Alteração de local especialmente protegido.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
169, caput	Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
169, § ún., I	Apropriação de tesouro.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
169, § ún., II	Apropriação de coisa achada.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
175, caput*	Fraude no comércio.	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
176, caput	Fraude em refeição, alojamento e transporte	Det. de 15 d. a 2 m.	Públ. Cond.
177, § 2º*	Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
179*	Fraude à execução	Det. de 6 m. a 2 anos	Privada
180, § 3º	Receptação culposa.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
185*	Usurpação de nome ou pseudônimo alheio	Det. de 6 m. a 2 anos	Priv. / P. Inc.
197, I e II	Atentado contra a liberdade de trabalho.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
198	Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
199	Atentado contra a liberdade de associação.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
200, caput	Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
201*	Paralisação de trabalho de interesse coletivo	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
203*	Frustração de direito assegurado por lei trabalhista	Det. de 1 a 2 anos	Públ. Inc.
204	Frustração de lei sobre a nacionalidade do trabalho.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
205*	Exercício de atividade com infração de decisão administrativa	Det. de 3 m. a 2 anos	Públ. Inc.
208, caput	Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
209, caput	Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
216*	Atentado ao pudor mediante fraude	Recl. de 1 a 2 anos	Priv. / P. I-C
216-A*	Assédio sexual	Det. de 1 a 2 anos	Priv. / P. I-C
233	Ato obsceno.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
234*	Escrito ou objeto obsceno	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
236*	Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.

\* Tipo penal de menor potencial ofensivo acrescido ao rol da Lei 9.099 pela Lei 10.259/2001.

**Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
237	Conhecimento prévio de impedimento matrimonial.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
242, § ún.*	Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido	Det. de 1 a 2 anos	Públ. Inc.
245 *	Entrega de filho menor à pessoa inidônea	Det. de 1 a 2 anos	Públ. Inc.
246	Abandono intelectual de filho.	Det. de 15 d. a 1 m.	Públ. Inc.
247	Abandono moral de menor.	Det. de 1 a 3 meses	Públ. Inc.
248	Induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
249*	Subtração de incapazes	Det. de 2 m. a 2 anos	Públ. Inc.
250, § 2º*	Incêndio culposo	Det. de 6 m a 2 anos	Públ. Inc.
251, § 3º	Explosão culposa, se é de dinamite ou similar.	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
251, § 3º	Explosão culposa, nos demais casos.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
252, § ún.	Uso culposo de gás tóxico ou asfixiante.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
253*	Fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante.	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
254*	Inundação culposa	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
256, § ún.	Desabamento ou desmoronamento culposos.	Det. de 6 m. a 1 ano	Públ. Inc.
259, § ún.	Difusão culposa de doença ou praga.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Inc.
260, § 2º*	Perigo de desastre ferroviário – culposo.	Det. de 6 m a 2 anos	Públ. Inc.
261, § 3º*	Atentado culposo contra a segurança de transporte marítimo, fluvial e aéreo.	Det. de 6 m a 2 anos	Públ. Inc.
262, caput*	Atentado doloso contra a segurança de outro meio de transporte.	Det. de 1 a 2 anos	Públ. Inc.
262, § 2º	Atentado culposo contra a segurança de outro meio de transporte.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
264, caput	Arremesso de projétil.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Inc.
264, § ún.*	Arremesso de projétil quando resulta lesão corporal.	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
267, § 2º*	Epidemia culposa	Det. de 1 a 2 anos	Públ. Inc.
268, caput	Infração de medida sanitária preventiva.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
269*	Omissão de notificação de doença	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
270, § 2º*	Envenenamento culposo de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
271, § ún.	Corrupção ou poluição culposa de água potável.	Det. de 2 m. a 1 ano	Públ. Inc.
272, § 2º*	Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios – culposo.	Det. de 1 a 2 anos	Públ. Inc.
278, § ún.	Fabrico ou fornecimento culposo, para consumo, de substância nociva à saúde .	Det. de 2 m. a 1 ano	Públ. Inc.

\* *Tipo penal de menor potencial ofensivo acrescido ao rol da Lei 9.099 pela Lei 10.259/2001.*

## Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

Artigos	Denominação da Infração	Penas	Ação Penal
280, § ún.	Fornecimento culposo de medicamento em desacordo com receita médica.	Det. de 2 m. a 1 ano	Públ. Inc.
282*	Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica.	Det. de 6 m a 2 anos	Públ. Inc.
283	Charlatanismo.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
284*	Curandeirismo	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
289, § 2º*	Moeda falsa	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
286	Incitação ao crime.	Det. de 3 a 6 meses	Públ. Inc.
287	Apologia de crime ou criminoso.	Det. de 3 a 6 meses	Públ. Inc.
292, caput	Emissão de título ao portador sem permissão legal.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Inc.
292, § ún.	Recebimento ou utilização, como dinheiro, de título ao portador emitido ilegalmente.	Det. de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
293, § 4º*	Falsificação de papéis públicos	Det. de 6 m a 2 anos	Públ. Inc.
301	Certidão e atestado ideologicamente falso.	Det. de 2 m. a 1 ano	Públ. Inc.
301, § 1º*	Certidão e atestado materialmente falso.	Det. de 6 m a 2 anos	Públ. Inc.
302	Falsidade de atestado médico.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
307	Falsa identidade — criar.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
308*	Falsa identidade — usar de terceiro.	Det. de 4 m. a 2 anos	Públ. Inc.
313-B*	Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações	Det. de 3 m. a 2 anos	Públ. Inc.
319	Prevaricação	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
325*	Violação de sigilo funcional	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
328*	Usurpação de função pública.	Det. de 3 m. a 2 anos	Públ. Inc.
329*	Resistência.	Det. de 2 m. a 2 anos	Públ. Inc.
330	Desobediência	Det. de 15 d. a 6 m.	Públ. Inc.
331*	Desacato	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
335*	Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
336	Inutilização de edital ou de sinal.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
340	Comunicação falsa de crime ou contravenção.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Inc.
341*	Autoacusação falsa	Det. de 3 m. a 2 anos	Públ. Inc.
345	Exercício arbitrário das próprias razões.	Det. de 15 d. a 1 mês	Priv. / P. Inc.
346*	Subtração, supressão ou dano a coisa própria na posse legal de terceiro	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
347*	Fraude processual	Det. de 3 m. a 2 anos	Públ. Inc.
348, caput	Favorecimento pessoal.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Inc.
348, § 1º	Favorecimento pessoal privilegiado.	Det. de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
349	Favorecimento real.	Det. de 1 a 6 meses	Públ. Inc.

\* Tipo penal de menor potencial ofensivo acrescido ao rol da Lei 9.099 pela Lei 10.259/2001.

**Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
350	Exercício arbitrário ou abuso de poder.	Det. de 1 m. a 1 ano	Públ. Inc.
351, caput*	Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança (dolosa).	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
351, § 4º	Fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança (culposa).	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
352	Evasão mediante violência contra a pessoa.	Det. de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
354*	Motim de presos	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
358	Violência ou fraude em arrecadação judicial	Det. de 2 m. a 1 ano	Públ. Inc.
359*	Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito.	Det. de 3 m. a 2 anos	Públ. Inc.
359-A*	Contratação de operação de crédito.	Det. de 1 a 2 anos	Públ. Inc.
359-B*	Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.
359-F*	Não cancelamento de restos a pagar	Det. de 6 m. a 2 anos	Públ. Inc.

\* *Tipo penal de menor potencial ofensivo acrescido ao rol da Lei 9.099 pela Lei 10.259/2001.*

**Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941)**

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
18	Fabrico, comércio ou detenção de arma ou munição.	Prisão simples de 3 m a 1 ano	Públ. Inc.
19	Porte ilegal de arma (branca).	Prisão simples de 15 d. a 6 m.	Públ. Inc.
20	Anúncio de meio abortivo.	Multa.	Públ. Inc.
21	Vias de fato.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
22	Internação irregular em estabelecimento psiquiátrico.	Multa.	Públ. Inc.
23	Indevida custódia de doente mental.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
24	Instrumento de emprego usual na prática de furto.	Prisão simples de 6 m. a 2 a.	Públ. Inc.
25	Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto.	Prisão simples de 2 m. a 1 a.	Públ. Inc.
26	Violação de lugar ou objeto.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
28, § ún.	Deflagração perigosa.	Prisão simples de 15 d. a 2 m.	Públ. Inc.
29	Desabamento de construção.	Prisão simples de 1 a 6 meses	Públ. Inc.

## Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
30	Perigo de desabamento.	Multa.	Públ. Inc.
31	Omitir cautela na guarda ou condução de animais.	Prisão simples de 10 d. a 6 m.	Públ. Inc.
32	Falta de habilitação para dirigir veículos.	Multa.	Públ. Inc.
33	Direção não licenciada de aeronave.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
34	Direção perigosa de veículo na via pública (de veículo não automotor).	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
35	Abuso na prática de aviação.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
36, caput	Não colocação de sinais de perigo.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
36, § ún., "a"	Destruição ou remoção de sinal de perigo.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
36, § ún. "b"	Remoção de sinal de serviço público.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
37	Arremesso ou colocação perigosa.	Multa.	Públ. Inc.
37, § ún.	Omissão de cautela na colocação ou suspensão perigosa de coisa.	Multa.	Públ. Inc.
38	Emissão de fumaça, vapor ou gás.	Multa.	Públ. Inc.
39, caput	Associação secreta.	Prisão simples de 1 a 6 meses.	Públ. Inc.
39, § 1º	Ceder prédio para reunião de associação secreta.	Prisão simples de 1 a 6 meses.	Públ. Inc.
40	Provocação de tumulto. Conduta inconveniente.	Prisão simples de 15 d. a 6 m.	Públ. Inc.
41	Falso alarma.	Prisão simples de 15 d. a 6 m.	Públ. Inc.
42	Perturbação do trabalho ou sossego alheios.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
43	Recusa de moeda de curso legal.	Multa.	Públ. Inc.
44	Imitação de moeda para propaganda.	Multa.	Públ. Inc.
45	Simulação da qualidade de funcionário.	Prisão simples de 1 a 3 meses.	Públ. Inc.
46	Uso ilegítimo de uniforme ou distintivo.	Multa.	Públ. Inc.
47	Exercício ilegal de profissão ou atividade.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
48	Exercício ilegal do comércio de coisas antigas e obras de arte.	Prisão simples de 1 a 6 meses	Públ. Inc.

**Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941)**

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
49	Matrícula ou escrituração de indústria ou profissão.	Multa.	Públ. Inc.
50	Jogo de azar.	Prisão simples de 3 m. a 1 a.	Públ. Inc.
59	Vadiagem.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
60	Mendicância.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
61	Importunação ofensiva ao pudor.	Multa.	Públ. Inc.
62	Embriaguez.	Prisão simples de 15 d. a 3 m.	Públ. Inc.
63	Bebidas alcoólicas.	Prisão simples de 2 m. a 1 a.	Públ. Inc.
64	Crueldade contra animais.	Prisão simples de 10 d. a 1 m.	Públ. Inc.
65	Perturbação da tranquilidade.	Prisão simples de 15 d. a 2 m.	Públ. Inc.
66	Omissão de comunicação de crime.	Multa.	Públ. Inc.
67	Inumação ou exumação de cadáver.	Prisão simples de 1 m. a 1 a.	Públ. Inc.
68	Recusa de dados sobre a própria identidade.	Multa.	Públ. Inc.

**Lei das loterias (Decreto-Lei 6.259, de 10 de fevereiro de 1944)**

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
45	Loteria não autorizada.	Prisão simples de 1 a 4 anos	Públ. Inc.
46	Introdução de loteria estrangeira no país ou de loteria estadual de um Estado em outro.	Prisão simples de 6 m. a 1 a.	Públ. Inc.
47	Posse ou distribuição de bilhetes de loteria estrangeira.	Prisão simples de 6 m. a 1 a.	Públ. Inc.
48	Posse ou distribuição de bilhetes de loteria estadual, fora do Estado respectivo.	Prisão simples de 2 a 6 m.	Públ. Inc.
49	Posse e exibição de listas de sorteios de loteria estrangeira ou de outro Estado.	Prisão simples de 1 a 4 m.	Públ. Inc.
50	Pagamento de prêmio de loteria estrangeira ou de outro Estado, sem circulação legal.	Prisão simples de 2 a 6 m.	Públ. Inc.
51	Impressão de bilhetes, listas ou cartazes de loteria sem circulação local legal.	Prisão simples de 2 a 6 m.	Públ. Inc.

## Lei das loterias (Decreto-Lei 6.259, de 10 de fevereiro de 1944)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
52	Distribuição ou transporte de listas ou avisos de loteria sem circulação local legal.	Prisão simples de 1 a 4 m.	Públ. Inc.
56	Transmissão de resultado de extração de loteria não autorizada.	Multa.	Públ. Inc.
58	Jogo do bicho.	Prisão simples de 6 m. a 1 a.	Públ. Inc.
60	Jogo sobre corridas de cavalos fora de hipódromo ou entidade autorizada, ou sobre competições esportivas.	Prisão simples de 1 a 4 a.	Públ. Inc.

Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas  
(Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
28	Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar	*	Publ. Inc..
Art. 33. § 3º	Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
Art. 38	Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar	Detenção de 6 m. a 2 ano.	Públ. Inc.

\* I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
228, § ún.	Não manutenção de registro das atividades de estabelecimento de saúde da gestante ou não fornecimento de declaração de nascimento do neonato.	Detenção de 2 a 6 meses.	Públ. Inc.
229, § ún.	Não identificação correta ou não realização de exames do neonato e da parturiente.	Detenção de 2 a 6 meses.	Públ. Inc.
230*	Apreender o menor de 18 anos sem estarem presentes as circunstâncias da flagrância (caput), ou sem observar as formalidades legais (§ ún.)	Detenção de 6 m. a 2 anos.	Públ. Inc.
231*	Deixar a autoridade polícia de comunicar a apreensão de menor de 18 anos a autoridade judiciária e família do apreendido.	Detenção de 6 m. a 2 anos.	Públ. Inc.
232*	Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento.	Detenção de 6 m. a 2 anos.	Públ. Inc.
234*	Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação de criança ou adolescente quando ciente da ilegal apreensão.	Detenção de 6 m. a 2 anos.	Públ. Inc.
236*	Impedir ou embarçar ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista no ECA.	Detenção de 6 m. a 2 anos.	Públ. Inc.

\* Tipo penal de menor potencial ofensivo acrescido ao rol da Lei 9.099 pela Lei 10.259/2001.

Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
63*	Omissão dolosa sobre nocividade ou periculosidade do produto (caput) e do serviço (§ 1º), em embalagens ou publicidade	Detenção de 6 meses a 2 anos.	Públ. Inc.
63, § 2º	Omissão culposa sobre nocividade ou periculosidade do produto (caput) e do serviço (§ 1º) em embalagens ou publicidade.	Detenção de 1 a 6 meses.	Públ. Inc.
64*	Omissão dolosa sobre conhecimento posterior ao lançamento no mercado sobre nocividade ou periculosidade do produto, e deixar de retirá-lo do mercados (§ ún.).	Detenção de 6 m. a 2 anos.	Públ. Inc.
65*	Executar serviço de alta periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente.	Detenção de 6 m. a 2 anos.	Públ. Inc.
66, caput	Afirmção falsa, enganosa ou omissão de informação relevante sobre produtos e serviços ofertados.	Detenção de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
66, § 1º	Oferta de produtos e serviços com afirmação falsa, enganosa ou c/ omissão de informação relevante.	Detenção de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
67	Publicidade enganosa ou abusiva.	Detenção de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.

## Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
68*	Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde	Detenção de 6 m. a 2 anos.	Públ. Inc.
69	Não organização de dados que dão base à publicidade.	Detenção de 1 a 6 meses.	Públ. Inc.
70	Reparação não autorizada de produtos com peças ou componentes usados.	Detenção de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
71	Constrangimento físico ou moral na cobrança de dívida do consumidor.	Detenção de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
72	Impedimento ou dificuldade no acesso às informações cadastrais do consumidor.	Detenção de 6 m. a 1 ano	Públ. Inc.
73	Não correção de informação inexata em cadastro de consumidor.	Detenção de 1 a 6 meses	Públ. Inc.
74	Não entrega de termo de garantia ao consumidor.	Detenção de 1 a 6 meses	Públ. Inc.

## Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
303*	Lesão corporal culposa na direção de veículo.	Detenção de 6 m. a 2 anos	Publ. Cond.
304	Omissão de socorro por condutor de veículo em acidente.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
305	Fuga do condutor do veículo do local do acidente.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
307, caput	Violação da suspensão ou proibição de obter habilitação para dirigir veículo.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
307, § ún.	Não entrega do documento de habilitação em juízo no prazo, pelo condenado pela violação da suspensão ou proibição de dirigir.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
308*	Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada.	Detenção de 6 m a 1 ano.	Públ. Inc.
309	Direção não habilitada de veículo automotor, gerando perigo.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
310	Entrega de direção de veículo automotor a pessoa não habilitada ou sem condições de conduzir o veículo com segurança.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
311	Tráfego em velocidade incompatível com a segurança no trânsito.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
312	Inovação artificiosa de local de acidente automobilístico.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.

\* Tipo penal de menor potencial ofensivo acrescentado ao rol da Lei 9.099 pela Lei 10.259/2001.

Meio Ambiente (Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
29, caput	Caça, perseguição ou apanha de espécime da fauna silvestre sem licença ou em desacordo com a obtida.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
29, § 1º, I	Impedimento de procriação da fauna silvestre sem licença ou em desacordo com a obtida.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
29. § 1º, II	Destruição, dano ou modificação de ninho, abrigo ou criadouro natural.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
29, § 1º, III	Venda, exportação, aquisição ou guarda de espécimes da fauna silvestre e produtos derivados, sem licença ou provenientes de criadouros não autorizados.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
31	Introdução de espécime animal no país sem licença.	Detenção de 3 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
32, caput	Abuso ou maus tratos em animais.	Detenção de 3 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
32, § 1º	Experiência dolorosa ou cruel com animal vivo.	Detenção de 3 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
41, § ún.	Incêndio culposo em mata ou floresta.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
44	Extração mineral não autorizada em florestas públicas ou de preservação.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
45 *	Cortar ou transformar em carvão, madeira de lei, assim classificada por ato do poder público, para fins industriais, energéticos ou para outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais.	Reclusão de 1 a 2 anos.	Publ. Inc.
46, caput	Aquisição ou recebimento de produtos vegetais sem verificação de sua extração mediante licença e desacompanhados de documento.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
46, § ún.	Venda, depósito, transporte ou guarda de produtos de origem vegetal sem licença.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
48	Impedimento da regeneração de florestas ou vegetação.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
49	Destruição ou dano em plantas ornamentais de logradouros ou propriedade privada.	Detenção de 3 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
50	Destruição ou dano em floresta ou vegetação de especial preservação.	Detenção de 3 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
51	Comercialização ou uso de moto-serra sem licença ou registro.	Detenção de 3 m. a 1 ano.	Públ. Inc.

## Meio Ambiente (Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
52	Penetração em Unidade de Conservação portando instrumentos para caça ou exploração florestal, sem licença.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
54, § ún.	Causação culposa de poluição danosa à saúde humana ou provocadora de mortandade de animais ou de destruição da flora.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
55, caput	Pesquisa ou extração mineral sem autorização ou em desacordo com a licença.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
55, § ún.	Não recuperação de área de pesquisa ou exploração mineral.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
56, § 3º	Substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
60	Estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou contrariando normas legais e regulamentares.	Detenção de 1 a 6 meses.	Públ. Inc.
62, § ún.	Destruição, inutilização ou deterioração culposa de bem especialmente protegido.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
64	Construção em solo não edificável ou seu entorno, sem autorização ou em desacordo com a autorização concedida.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
65, caput	Conspuração de edificação ou monumento urbano.	Detenção de 3 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
65, § ún.	Conspuração de monumento ou coisa tombada.	Detenção de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.
68, § ún.	Não cumprimento culposo de obrigação de relevante interesse ambiental.	Detenção de 3 m. a 1 ano.	Públ. Inc.

\* Tipo penal de menor potencial ofensivo acrescido ao rol da Lei 9.099 pela Lei 10.259/2001.

## Código Florestal Federal (Lei 4771, de 15 de Setembro de 1965)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
26, "c"	Penetrar em florestas de preservação permanente conduzindo armas, substâncias ou instrumentos próprios para caça proibida ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem estar munido de licença da autoridade competente;	Detenção de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.

Código Florestal Federal (Lei 4771, de 15 de Setembro de 1965)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
26, "e"	Fazer fogo, por qualquer modo, em florestas e demais formas de vegetação, sem tomar precauções adequadas	Detenção de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
26, "i"	Deixar de restituir à autoridade licenças extintas pelo decurso do prazo ou pela entrega ao consumidor dos produtos procedentes de florestas;	Detenção de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
26, "l"	Empregar, como combustível, produtos florestais ou hulha, sem uso de dispositivos que impeçam a difusão de fagulhas, suscetíveis de provocar incêndios nas florestas;	Detenção de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.
26, "m"	Soltar animais ou não tomar precauções necessárias, para que o animal de sua propriedade não penetre em florestas sujeitas a regime especial;	Detenção de 3 m. a 1 ano	Públ. Inc.

Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
13, caput *	Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade. Parágrafo único.	Det. de 1 a 2 anos.	Públ. Inc.
13, par. único	Nas mesmas penas incorrem o proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança e transporte de valores que deixarem de registrar ocorrência policial e de comunicar à Polícia Federal perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de arma de fogo, acessório ou munição que estejam sob sua guarda, nas primeiras 24 (vinte e quatro) horas depois de ocorrido o fato.	Det. de 1 a 2 anos.	Públ. Inc.

Lei do Desporto/Bingo (Lei 9.615/98)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
75	Manutenção ou realização de jogo de bingo sem autorização legal.	Prisão simples de 6 m. a 2 anos.	Públ. Inc.
77	Oferecimento em bingo de prêmio diverso do permitido em lei.	Prisão simples de 6 m. a 1 ano.	Públ. Inc.

## Estatuto do Idoso (Lei 10.471, de 1º de outubro de 2003)

Artigos	Denominação da Infração	Pena(s)	Ação Penal
96, caput	Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade.	Reclusão de 6 m a 1 ano	Públ. Inc.
96, § 1º	Desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo.	Reclusão de 6 m a 1 ano.	Públ. Inc.
97, caput	Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública.	Detenção de 6 m. a 1 ano	Públ. Inc.
99, caput	Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado.	Detenção de 2 m. a 1 ano	Públ. Inc.
100	Obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade. Negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho. Recusar, retardar ou dificultar atendimento ou deixar de prestar assistência à saúde, sem justa causa, a pessoa idosa. Deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil que alude esta Lei. Recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.	Detenção de 6 m. a 1 ano	Públ. Inc.
101	Deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida nas ações em que for parte ou interveniente o idoso.	Detenção de 6 m. a 1 ano	Públ. Inc.
103	Negar o acolhimento ou a permanência de idoso, como abrigado, por recusa deste em outorgar procuração à entidade de atendimento.	Detenção de 6 m. a 1 ano	Públ. Inc.
104	Reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão do idoso, bem como qualquer outro documento com objetivo de assegurar recebimento ou ressarcimento de dívida.	Detenção de 6 m. a 1 ano	Públ. Inc.
109	Impedir ou embarçar ato do representante do Ministério Público ou de qualquer outro agente fiscalizador.	Detenção de 6 m. a 1 ano	Públ. Inc.

\* Tipo penal de menor potencial ofensivo acrescido ao rol da Lei 9.099 pela Lei 10.259/2001.

## Anexo II

### Crimes com pena máxima superior a 4 anos

Artigo	Infração	Penas
121	Homicídio simples	Reclusão de 6 a 20 anos
121, § 1º	Homicídio	Reclusão de 12 a 30 anos
122	Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio	Reclusão de 2 a 6 anos, se o suicídio se consuma; ou Reclusão de 1 a 3 anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave
123	Infanticídio	Detenção de 2 a 6 anos
125	Aborto provocado por terceiro	Reclusão de 3 a 10 anos
129, § 1º	Lesão corporal de natureza grave	Reclusão de 1 a 5 anos
129, § 2º	Lesão corporal de natureza grave	Reclusão de 2 a 8 anos
129, § 3º	Lesão corporal seguida de morte	Reclusão de 4 a 12 anos
133, § 1º	Abandono de incapaz	Reclusão de 1 a 5 anos
133, § 2º	Abandono de incapaz	Reclusão de 4 a 12 anos
134, § 2º	Exposição ou abandono de recém-nascido	Detenção de 2 a 6 anos
136, § 2º	Maus-tratos	Reclusão de 4 a 12 anos
148, § 1º	Sequestro e cárcere privado	Reclusão de 2 a 5 anos
148, § 2º	Sequestro e cárcere privado	Reclusão de 2 a 8 anos
149 caput e § 1º	Redução a condição análoga à de escravo	Reclusão de 2 a 8 anos, e multa, além da pena correspondente à violência
155, § 4º	Furto qualificado	Reclusão de 2 a 8 anos, e multa
155, § 5º	Furto qualificado	Reclusão de 3 a 8 anos
157	Roubo	Reclusão de 4 a 10 anos, e multa
157, § 1º	Roubo	Reclusão de 4 a 10 anos, e multa
157, § 3º	Roubo (lesão corporal grave)	Reclusão de 7 a 15 anos, além da multa
157, § 3º	Roubo (morte)	Reclusão de 20 a 30 anos
158	Extorsão	Reclusão de 4 a 10 anos, e multa
158, § 2º	Extorsão praticada mediante violência (lesão corporal grave)	Reclusão de 4 a 10 anos, e multa
158, § 2º	Extorsão praticada mediante violência (morte)	Reclusão de 20 a 30 anos

Artigo	Infração	Penas
158, § 3º	Extorsão praticada mediante restrição da liberdade da vítima (obtenção de vantagem)	Reclusão de 6 a 12 anos, além da multa
158, § 3º	Extorsão praticada mediante restrição da liberdade da vítima (lesão corporal grave)	Reclusão de 16 a 24 anos
158, § 3º	Extorsão praticada mediante restrição da liberdade da vítima (morte)	Reclusão de 24 a 30 anos
159	Extorsão mediante sequestro	Reclusão de 8 a 15 anos
159 § 1º	Extorsão mediante sequestro	Reclusão de 12 a 20 anos
159 § 2º	Extorsão mediante sequestro	Reclusão de 16 a 24 anos
159 § 3º	Extorsão mediante sequestro	Reclusão de 24 a 30 anos
168- A	Apropriação indébita previdenciária	Reclusão de 2 a 5 anos, e multa
168- A § 1º	Apropriação indébita previdenciária	Reclusão de 2 a 5 anos, e multa
171 caput e § 2º	Estelionato	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa
173	Abuso de incapazes	Reclusão de 2 a 6 anos, e multa
175 § 1º	Fraude no comércio	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa
180 § 1º	Receptação qualificada	Reclusão de 3 a 8 anos, e multa
213	Estupro	Reclusão de 6 a 10 anos
213 § 1º	Estupro	Reclusão de 8 a 12 anos
213 § 2º	Estupro	Reclusão de 12 a 30 anos
215	Violação sexual mediante fraude	Reclusão de 2 a 6 anos
215 § único	Violação sexual mediante fraude	Reclusão de 2 a 6 anos e multa
217 caput e § 1º	Estupro de vulnerável	Reclusão de 8 a 15 anos
217 § 3º	Estupro de vulnerável	Reclusão de 10 a 20 anos
217 § 3º	Estupro de vulnerável	Reclusão de 12 a 30 anos
218	Corrupção de menores	Reclusão de 2 a 5 anos
218 B	Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável	Reclusão de 4 a 10 anos
218 B §§ 1º e 2º	Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável	Reclusão de 4 a 10 anos e multa
227 § 1º	Mediação para servir a lascívia de outrem	Reclusão de 2 a 5 anos
227 § 2º	Mediação para servir a lascívia de outrem	Reclusão de 2 a 8 anos, além da pena correspondente a violência
227 § 2º	Mediação para servir a lascívia de outrem	Reclusão de 2 a 5 anos e multa
228	Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual	Reclusão de 2 a 5 anos, e multa
228 § 1º	Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual	Reclusão de 3 a 8 anos
228 § 2º	Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual	Reclusão de 4 a 10 anos, além da pena

Artigo	Infração	Penas
228 § 3º	Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual	Reclusão de 4 a 10 anos, além da pena correspondente à violência e multa
229	Casa de prostituição	Reclusão de 2 a 5 anos, e multa
230 § 1º	Rufianismo	Reclusão de 3 a 6 anos, e multa
230 § 2º	Rufianismo	Reclusão de 2 a 8 anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência
231 caput e § 1º	Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual	Reclusão de 3 a 8 anos
231 § 3º	Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual	Reclusão de 3 a 8 anos e multa
231 - A caput e § 1º	Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual	Reclusão de 2 a 6 anos
231 - A § 3º	Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual	Reclusão de 2 a 6 anos e multa
235	Bigamia	Reclusão de 2 a 6 anos
241	Registro de nascimento inexistente	Reclusão de 2 a 6 anos
242	Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido	Reclusão de 2 a 6 anos
243	Sonegação de estado de filiação	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa
250	Incêndio	Reclusão de 3 a 6 anos, e multa
251	Explosão	Reclusão de 3 a 6 anos, e multa
254	Inundação Dolosa	Reclusão de 3 a 6 anos, e multa, no caso de dolo, ou o patrimônio de outrem
257	Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento	Reclusão de 2 a 5 anos, e multa
259	Difusão de doença ou praga	Reclusão de 2 a 5 anos, e multa
260	Perigo de desastre ferroviário	Reclusão de 2 a 5 anos, e multa
260 § 1º	Desastre ferroviário	Reclusão de 4 a 12 anos e multa
261	Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo	Reclusão de 2 a 5 anos
261 § 1º	Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo	Reclusão de 4 a 12 anos
262 § 1º	Atentado contra a segurança de outro meio de transporte	Reclusão de 2 a 5 anos
265	Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa
267	Epidemia	Reclusão de 10 a 15 anos

Artigo	Infração	Penas
270	Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal	Reclusão de 10 a 15 anos
271	Corrupção ou poluição de água potável	Reclusão de 2 a 5 anos
272 caput e § 1º A e 1º	Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios	Reclusão de 4 a 8 anos, e multa
273 caput e §§ 1º e 1ºB	Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais	Reclusão de 10 a 15 anos, e multa
274	Emprego de processo proibido ou de substância não permitida	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa
275	Invólucro ou recipiente com falsa indicação	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa
276	Produto ou substância nas condições dos artigos anteriores	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa
277	Substância destinada à falsificação	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa
289 caput e § 1º	Moeda Falsa	Reclusão de 3 a 12 anos, e multa
289 § 3º	Moeda Falsa	Reclusão de 3 a 15 anos, e multa
290	Crimes assimilados ao de moeda falsa	Reclusão de 2 a 8 anos, e multa
291	Petrechos para falsificação de moeda	Reclusão de 2 a 6 anos, e multa
293 caput e § 1º	Falsificação de papéis públicos	Reclusão de 2 a 8 anos, e multa
296 caput e § 1º	Falsificação do selo ou sinal público	Reclusão de 2 a 6 anos, e multa
297 caput e § 3º	Falsificação de documento público	Reclusão de 2 a 6 anos, e multa
298	Falsificação de documento particular	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa
299	Falsidade ideológica (documento público)	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa
300	Falso reconhecimento de firma ou letra (documento público)	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa
305	Supressão de documento (documento público)	Reclusão de 2 a 6 anos, e multa
305	Supressão de documento (documento particular)	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa
306	Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins	Reclusão de 2 a 6 anos, e multa
311 caput e § 2º	Adulteração de sinal identificador de veículo automotor	Reclusão de 3 a 6 anos, e multa.
312 caput e § 1º	Peculato	Reclusão de 2 a 12 anos, e multa
313 - A	Inserção de dados falsos em sistema de informações	Reclusão de 2 a 12 anos, e multa
316	Concussão	Reclusão de 2 a 8 anos, e multa
316, § 1º	Excesso de exação	Reclusão de 3 a 8 anos, e multa
316 § 2º	Excesso de exação	Reclusão de 2 a 12 anos, e multa

Artigo	Infração	Penas
317	Corrupção passiva	Reclusão de 2 a 12 anos, e multa
318	Facilitação de contrabando ou descaminho	Reclusão de 3 a 8 anos, e multa
325 § 2º	Violação de sigilo funcional	Reclusão de 2 a 6 anos, e multa
328 § único	Usurpação de função pública	Reclusão de 2 a 5 anos, e multa
332	Tráfico de Influência	Reclusão de 2 a 5 anos, e multa
333	Corrupção ativa	Reclusão de 2 a 12 anos, e multa
337	Subtração ou inutilização de livro ou documento	Reclusão de 2 a 5 anos, se o fato não constitui crime mais grave
337 - A	Sonegação de contribuição previdenciária	Reclusão de 2 a 5 anos, e multa
337 - B	Corrupção ativa em transação comercial internacional	Reclusão de 1 a 8 anos, e multa
337 - C	Tráfico de influência em transação comercial internacional	Reclusão de 2 a 5 anos, e multa
339	Denunciação caluniosa	Reclusão de 2 a 8 anos, e multa
351 § 1º	Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança	Reclusão de 2 a 6 anos
357	Exploração de prestígio	Reclusão de 1 a 5 anos, e multa

Lei nº 10.826, de 22 de novembro de 2003 – Estatuto do Desarmamento

Artigo	Infração	Penas
16 caput, § único	Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito	Reclusão de 3 até 6 anos
17	Comércio ilegal de arma de fogo	Reclusão de 4 até 8 anos
18	Tráfico internacional de arma de fogo	Reclusão de 4 até 8 anos

Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – Meio Ambiente

Artigo	Infração	Penas
35	Pescar mediante a utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente	Reclusão de 1 até 5 anos
40	Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:	Reclusão de 1 até 5 anos
54, §§ 2º, 3º	Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora	Reclusão de 1 até 5 anos
69 A	Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão	Reclusão de 3 até 6 anos

Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Drogas

Artigo	Infração	Penas
33º caput, § 1º	Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar	Reclusão 5 até 15 anos (Inafiançável)
34	Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar	Reclusão 3 até 10 anos (Inafiançável pela CF)
35 caput, § único	Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos s. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei	Reclusão 3 até 10 anos
36	Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos Arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei	Reclusão 8 até 20 anos
37	Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos Arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei	Reclusão 2 até 6 anos

Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990 - Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo

Artigo	Infração	Penas
1º	Crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório	Reclusão 2 até 5 anos
4º	Crime contra a ordem econômica	Reclusão 2 até 5 anos
5º	Crime da mesma natureza	Detenção 2 até 5 anos
7º	Crime contra as relações de consumo	Detenção 2 até 5 anos

Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991 - Crimes Contra a Ordem Econômica e Cria o Sistema de Estoques de Combustíveis

Artigo	Infração	Penas
1º	Crime contra a ordem econômica	Detenção 1 até 5 anos
2º caput, § 1º	Crime contra o patrimônio	Detenção 1 até 5 anos

Lei nº 1.521, de 26 de novembro de 1951 - Crimes Contra a Economia Popular

Artigo	Infração	Penas
3º	Crimes e as contravenções contra a economia popular	Detenção 2 até 10 anos

Lei Nº 12.299, de 27 de julho de 2010 - Violência nos Estádios /Estatuto Torcedor

Artigo	Infração	Penas
41-C	Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva	Reclusão 2 até 6 anos
41- D	Dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva	Reclusão 2 até 6 anos
41- E	Fraudar, por qualquer meio, ou contribuir para que se fraude, de qualquer forma, o resultado de competição esportiva	Reclusão 2 até 6 anos



# Uniformização de entendimentos: economia, rapidez e segurança jurídica

*Uniformization of understandings:  
economy, speed and legal certainty*

Mauro Viveiros<sup>1</sup>

## RESUMO

No presente artigo aborda-se os institutos do incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas, inovações do novo Código de Processo Civil, destinados a produzir uniformização de entendimentos nos tribunais brasileiros, focalizando-os à luz da doutrina dos precedentes norte americanos.

## PALAVRAS-CHAVE

Uniformização; entendimentos; precedentes; efeito vinculante; assunção de competência; demandas repetitivas.

## ABSTRACT

*This article addresses the institutes of the incident of assumption of competence and the incident of resolution of repetitive demands, innovations of the new Code of Civil Procedure, intended to produce standardization of understandings in the Brazilian courts, focusing them in the light of the doctrine of the North American precedents.*

## KEYWORDS

*Uniformization; understandings; precedents; binding effect; assumption of competence; repetitive demands.*

---

<sup>1</sup> Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, professor da ESMP/MT, Especialista em Direito Público, Mestre em Direito pela UNESP, Doutor em Direito Constitucional pela Universidad Complutense de Madrid e Especialista na área do Crime Organizado pela Universidad de Salamanca-ES.

## Introdução

Uma das causas do excesso de processos na Justiça brasileira está associada ao modo individualístico de aplicar o direito, baseado na ideia de que a função dos tribunais é a de rejulgar litígios concretos, como resposta à inconformidade natural do ser humano em observar uma única decisão contrária a seus interesses como a correta.

Essa concepção, potencializando o direito de recorrer, em alguns casos até ao máximo tribunal do país, induz a uma série de julgamentos caso a caso sobre a mesma tese de direito decidida inúmeras vezes pelos tribunais, inclusive pelos tribunais superiores, gerando alto volume de processos, o que contribui sobremaneira para a morosidade, o custo e a inefetividade na prestação jurisdicional no Brasil.

Essa problemática traz como consequência adicional, além do aumento da atividade burocrática, com a simples confirmação da maioria das decisões recorridas, dificuldades a que os tribunais dediquem tempo e atenção adequados às questões efetivamente novas e socialmente relevantes.

É já um lugar comum a asserção de que nenhum sistema jurídico pode permitir o luxo de rediscutir decisões anteriores firmes sem restrições. Não apenas em razão do significativo custo econômico e social que isso supõe, por onerar os contribuintes sem contraprestação, mas especialmente porque a função mais eminente dos tribunais é a de fornecer normas e padrões de decisão para a estabilidade das expectativas sociais e garantia da vigência das leis.

A essa luz se diz que o direito aplicado nos tribunais deve ter um coeficiente de estabilidade e certa capacidade de adaptação ao futuro, por três razões fundamentais: a) para a proteção das expectativas patrimoniais; b) para a segurança jurídica; e c) para a tutela da igualdade de todos na e perante a lei.

O novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, trouxe, entre diversas regras e princípios de aplicação do direito, institutos que poderão

produzir mudança radical no papel dos tribunais e na autoridade da jurisprudência no Brasil.

Após a introdução no sistema jurídico da súmula vinculante editada pelo STF, efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade e nos acórdãos em recursos especiais repetitivos proferidos pelo STJ, dá-se agora decisivo passo com a obrigatoriedade de respeito, por parte dos juízes e tribunais, às decisões dos tribunais de grau superior ou dos órgãos colegiados do próprio tribunal a que pertençam.

O Código resolutamente prescreveu que “**os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente**”, editando enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante, na conformidade do regimento interno (art. 926).

Trata-se, agora, de uma obrigação institucional imposta a todos os tribunais brasileiros, não mais uma faculdade deixada à conveniência e discricionariedade de cada julgador, quem poderia, ou não, suscitar a uniformização de entendimento ao órgão colegiado maior a que pertencia, como no código revogado.

### Os novos incidentes de uniformização da jurisprudência

O Código criou dois importantes mecanismos: “o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas”. O primeiro como meio de solução de conflito em hipótese que envolva “relevante questão de direito, com grande repercussão social”, sem repetição em múltiplos processos (art. 947); o segundo, destinado a “resolução de demandas repetitivas” quando houver, simultaneamente: efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito ou “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

A essência da fórmula reside no caráter jurisdicional do incidente, de iniciativa do relator mediante provocação das partes, Ministério Público, Defensoria Pública e outros atores interessados – *amicus curiae*. Procura-se a uniformização de entendimentos à luz do

caso, conforme a concepção norte americana de que precedentes vinculantes se constroem na atividade de interpretação/aplicação, em debate público.

O julgamento do processo principal é suspenso até a solução do incidente e, firmada a tese jurídica, a decisão valerá para todos os casos iguais no futuro. Mas, como é lógico, pouco valeria dizer que os juízes e tribunais deverão observar essas decisões se não houvesse meio de assegurar a obediência. O Código assume, então, com todas as letras, a consequência do efeito vinculante prevendo o cabimento de reclamação ao tribunal.

E, de modo elogiável, o legislador cuidou também de prescrever regras específicas à observância dos Juízes e tribunais na aplicação desse novo modelo, ante as graves consequências políticas, econômicas e sociais que poderão advir dessas decisões ultra partes.

De importância superlativa é a regra do § 1º do art. 927 do CPC, ao estender a observância ao art. 10 e 489, § 1º, ao se aplicar decisões superiores com efeito vinculante. Pontualmente o inciso VI obriga a demonstração, pelo julgador, de peculiaridade capaz de justificar distinção para não seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte.

Além de prever um conjunto de regras de conteúdo negativo que orientam a fundamentação de todas as decisões (art. 489, § 1º), o Código impôs ao julgador a obrigação de especificar os elementos peculiares capazes de autorizar decisão em sentido diverso da adotada em precedente invocado. Diz o art. 489, § 2º do CPC:

No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

A lei, ao obrigar o julgador a uma exposição metódica do raciocínio no caso de colisão aparente de normas, permite que o jurisdicionado tenha a compreensão sobre quais normas em princípio interferem na solução do problema, quais os critérios de ponderação

de bens ou interesses considerados e as razões porque uma das normas não foi aplicada ao caso concreto.

Aplica-se luz sobre a omissão, a contradição e a ambiguidade, tão comum na chamada *jurisprudência defensiva*. O julgador deve demonstrar, enfim, que a ponderação que faz não é fruto de uma preferência subjetiva, exteriorizando decisão objetiva, capaz de ser exportada a casos iguais.

Especialmente importante é a regra do § 4º do art. 927, segundo a qual “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

A modificação da jurisprudência, especialmente a de natureza vinculante deve ser adotada com redobrada prudência. A exigência de “fundamentação adequada e específica” nesse caso importa: 1) na prévia identificação dos “motivos determinantes” da súmula, da jurisprudência ou da tese em julgamento de casos repetitivos; 2) na demonstração da “evolução dos fatos materiais subjacentes aos precedentes”, traduzidos em decisões judiciais ou em fenômenos político-econômicos e sociais notórios, capazes de induzir à nova concepção do direito aplicável; e 3) na exposição das razões concretas “porque e em que medida os novos fatos autorizam modificar o entendimento anterior”.

Avulta, nesse ponto, a necessidade de cautela do tribunal quanto às mudanças bruscas de entendimento sobre questões que contam com tratamento uniforme por largo período de tempo, que orientaram um número considerável de pessoas a adotarem projetos de vida e de negócios, criando expectativas legítimas à luz de um direito vigente e válido. O tempo certo da mudança haverá de ser sempre tomado em conta nesses casos, como manifestação da sensibilidade judiciária.

Editada a súmula pelas novas vias legais, o seu desatendimento por parte de órgão de jurisdição igual ou inferior dará ensejo a *reclamação* por desobediência. Mas não apenas isso, pois a partir

de agora não se admite recurso se a decisão recorrida estiver em conformidade com súmula ou decisão proferida nos referidos incidentes.

O relator é autorizado pelo art. 1.011, I, do CPC, a julgar monocraticamente o recurso, podendo negar-lhe seguimento, provê-lo ou desprovê-lo com fundamento em: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça “ou do próprio tribunal”; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) “**entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência**”. Ao recurso de agravo de instrumento poderá negar provimento se estiver em contrariedade a “**entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência**”, conforme prevê o 1.019 c.c. 932, IV, alínea c, do novo estatuto processual.

Parece certo, portanto, que o precedente vinculante confere renovado papel aos tribunais. De órgãos de revisão ou cassação das decisões singulares, assumem também agora, de modo efetivo, o papel proeminente de órgãos de orientação, por meio da função institucional de fornecer doutrina vinculante para os órgãos de jurisdição inferior, os encarregados propriamente da resolução primária dos conflitos.

Assim que, amplia-se a autoridade dos tribunais e se estabelece uma comunicação bidirecional: o juiz singular seguirá decidindo conflitos com base na lei abstrata, mas deverá seguir também os precedentes vinculantes dos tribunais a que sua jurisdição esteja subordinada e só poderá divergir da orientação superior demonstrando que o caso que tem diante de si é diferente do que gerou o precedente.

O tribunal, por sua vez, haverá de examinar com redobrada atenção os argumentos das decisões recorridas de modo a aferir se as peculiaridades fáticas nelas invocadas são suficientes para justificar a conclusão distinta da orientação de seus precedentes.

Não é sutil a mudança de paradigma.

## Os desafios na interpretação/aplicação dos precedentes vinculantes

Interpretar/aplicar precedentes vinculantes exige algo mais do aplicador. Ao contrário de uma regra abstrata, o precedente é constituído de inúmeras facetas e variáveis fáticas de uma sucessão de casos concretos, segundo certo contexto político, econômico e social, quase sempre distintos, em algum aspecto, do caso em julgamento (norma = material interpretado).

O substrato fático do precedente, constituindo o mapa de navegação retrospectiva do intérprete, exige fidelidade quanto a variáveis determinantes e o seu significado em correlação com cada um dos aspectos antes mencionados, para a posterior atividade de comparação entre os padrões em exame.

A exata compreensão do sentido, do alcance e das consequências da aplicação do precedente para o caso que se tem de decidir cobram do julgador acuidade e prudência, sobretudo quando se trate de interpretação e aplicação de princípios, dada a natureza de sua linguagem e significação contextual.

Um melhor conhecimento teórico acerca dos pressupostos, condições, enfoques, valoração e critérios empregados no discurso sobre o precedente vinculante aparece como um *a priori*. Determinar o princípio ou regra a ser seguido, ou não, em futuros casos idênticos ou análogos e as diversas técnicas de argumentação que permitam afastar a aplicação do precedente vinculante passam a ser ferramentas essenciais na arte judicante.

Entre os principais desafios estão a compreensão dos verdadeiros *motivos determinantes* dos precedentes e dos fatores essenciais à formação da norma impositiva, pois nem tudo o que consta num acórdão serve como fundamento da decisão.

Esse conhecimento será facilitado se os tribunais especificarem claramente em seus acórdãos, doravante, “os fundamentos jurídicos utilizados como determinantes da tese”, distinguindo-os dos argumentos secundários e da parte dispositiva em que o caso é resolvido.

A escolha de um estilo maximalista ou minimalista do precedente, sob forma de *standards* ou regra, dependerá da natureza e relevância do tema de direito e do quanto se deseja: 1) de estabilidade a curto prazo ou 2) de maior liberdade para o desenvolvimento do direito a médio ou longo prazo.

No diálogo necessário entre juízes e tribunais, nessa comunicação bidirecional, o poder de observação crítica ganha importância vital. Entender por quê o tribunal opta por uma solução e não por outras possíveis, porque prestou atenção a uns fatos e não a outros, é essencial para poder valorar as diferenças e similitudes entre o precedente e o novo assunto.

Saber identificar os *juízos de valor extranormativos* que os julgadores utilizam em suas decisões, muitas vezes não explícitos ou propositadamente ocultos, contribui para prognosticar o futuro valor de precedente de uma decisão e a direção em que pode evoluir a doutrina vinculante.

O precedente vinculante, entendido como uma força motriz, que liga a experiência e a sabedoria do direito vivo às novas necessidades sociais, impulsionadas pela força da razão, da prudência e do bem geral, é a chave para entender a sua dupla virtualidade: por um lado, a de obrigar que toda decisão judicial seja congruente com as decisões prévias ditadas em casos similares e, por outro, que elas sejam parâmetro normativo a ser seguido em casos análogos.

A partir desse movimento entre estática/mudança, os juízes e tribunais vão articulando e ordenando o conjunto de regras e princípios contidos no vasto número de decisões judiciais. Um repositório de precedentes sistematizado em cada tribunal, no qual os motivos determinantes estejam estruturados para resgate em modo de pesquisa informatizado, afigura-se ferramenta indispensável à gestão desse novo modo de interpretar/aplicar o direito.

## Conclusões

A firme resolução de uniformizar entendimentos pelas vias agora estabelecidas no CPC deverá conduzir a uma progressiva

racionalização das atividades judiciais, economia e celeridade dos julgamentos.

Prevenindo-se divergências entre órgãos colegiados, orienta-se os juízes do primeiro grau, desestimulam-se recursos protelatórios e, enfim, assegura-se fluidez no tráfego de processos, reduzindo centenas, talvez milhares de processos ao ano, provendo previsibilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados.

A progressiva substituição de julgamentos atomizados e repetitivos, que geram custos econômicos e sociais incalculáveis, é estratégica para a aquisição, entre nós, da ideia de que o direito é, em última instância, aquilo que os juízes dizem que é, como falam os norte americanos.

O alcance desse objetivo depende da disposição dos tribunais em vencer barreiras psicológicas para transformar o modelo de funcionamento de seu “negócio”, a começar pelo compromisso de “dizer mais o direito com menos”, ou seja, empreender discurso mais pragmático, menos analítico em suas decisões, eliminar descrições conceituais desnecessárias, enfim, evitar a cultura da reprodução sem densidade e aderência ao caso concreto.

Mas de todos os benefícios, a uniformidade nas decisões judiciais representa a grande oportunidade de afirmação real do princípio fundamental da isonomia, pois não pode haver maior iniquidade que a situação daquele que teve a desventura de ver seus direitos vulnerados apenas por ter “errado de porta” no Tribunal.

A solução ótima a médio/longo prazo pode ser: gerar a crença de que ha algo de objetivo e intrinsecamente justo no Direito e fortalecer a confiança da sociedade no sistema de Justiça, o último dos subsistemas sociais.

O preço para isso deve ser: a demonstração da racionalidade de seu método, capaz de obter certo consenso social de que suas decisões têm a utópica pretensão de validade universal, ao menos até que um fator relevante gere um novo princípio racional que autorize mutação.

## Referências

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Las sentencias básicas del tribunal supremo de los estados unidos de américa*, CEC, Madrid, 2005.

HAMILTON, Alexander. O federalista. Seleção de Francisco C. Wefort. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

KERPEL, Ana Laura Magaloni. *El Precedente Constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGrawHill, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LÓPEZ GUERRA, L. El tribunal constitucional y el principio stare decisis, en *El Tribunal Constitucional*, vol. II, IEF, Madrid, 1982.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law, introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIVEIROS, Mauro. O Acoplamento Estrutural no Controle de Constitucionalidade Brasileiro, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

\_\_\_\_\_. O Precedente no Controle de Constitucionalidade Brasileiro: visita ao modelo Norte Americano. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*. Ano 4, n. 6, p. 135-151, jan./jun. 2009.

# O papel do juiz na delação premiada

## *The role of the judge in the awarding*

Moacir Rogério Tortato<sup>1</sup>

### RESUMO

Este trabalho descreve a importância e evolução do instituto da colaboração premiada em nosso sistema jurídico penal e aborda com mais ênfase o papel do magistrado nesse contexto. O estudo analisa os limites da atuação do juiz criminal dentro da delação premiada, no cumprimento da missão de fiscal do instituto, assim como propõe o alcance de seu papel fiscalizador, assim como as providências possíveis que podem ser tomadas. A abordagem enfatiza ainda a necessidade da paridade da sentença para com os termos do acordo, desde que previamente aferido e homologado pelo juiz, como fator de segurança às partes e proteção ao próprio instituto.

### PALAVRAS-CHAVE

Penal; processo penal; delação premiada.

### ABSTRACT

*This paper describes the importance and evolution of the institute of award-winning collaboration in our criminal justice system and more emphatically addresses the role of the magistrate in this context. The study analyzes the limits of the role of the criminal judge within the awarded award, in the accomplishment of the fiscal mission of the institute, as well as proposes the scope of its fiscalizing role, as well as the possible measures that can be taken. The approach also emphasizes the necessity of the parity of the sentence to the terms of the agreement, since previously verified and homologated by the judge, as a factor of security to the parties and protection to the own institute.*

### KEYWORDS

*Criminal; criminal proceedings; Awarding award.*

---

1 Juiz de Direito, titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Várzea Grande-MT.

## Introdução

Para um agente do crime, a obtenção de vantagem penal por meio de delação sempre foi e continua sendo um tabu. Delação é considerada uma traição, conduta pouco recomendável em qualquer área, até mesmo na criminalidade.

No submundo do crime, delatores considerados traidores atraem para si e para os seus, juras de terríveis vinganças, com chances reais de virem a ser concretizadas.

Há, destarte, uma natural resistência por parte do agente do crime em colaborar, daí porque há de ser efetivamente atrativa a vantagem ofertada pelo Estado visando persuadi-lo.

## Histórico

A premiação do delator por parte do Estado não é prática moderna no sistema penal.

Embora a delação premiada tenha sido introduzida maciçamente no Brasil, à semelhança dos modelos norte-americanos e italiano, a partir dos anos noventa do século passado, suas reminiscências reportam-se às Ordenações Filipinas de 1603, quer perduraram até o Código Criminal de 1830. Heráclito Antônio Mossin e Júlio César O. G. Mossin anotam que, no Título VI do Livro Quinto, que disciplinava os crimes de lesa majestade, havia a previsão do perdão àquele que delatasse os demais conspiradores do Rei, antes que a Coroa os identificasse, exceto se fosse o líder do complô. Os crimes listados no Título CXVI do mesmo Livro Quinto do Código Filipino, sob a sugestiva rubrica “como se perdoará aos malfeitores, que deram outros à prisão”, igualmente contemplavam o perdão através da delação.<sup>2</sup>

Mais recentemente, nosso legislador vem reintroduzindo no sistema penal benefícios para aquele réu que se dispõe a colaborar com a justiça.

Inicialmente se revelaram bastante tímidas, até mesmo inócuas,

---

2 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 62.

as previsões legais que visavam garantir prêmios ou vantagens para o colaborador criminal.

Percebendo a pouca efetividade do instituto da colaboração premiada na forma como foi reintroduzido nos anos de 1990, o legislador aos poucos trouxe novos mecanismos, tornando-o mais atrativo.

Desde a inauguração do instituto na atualidade, ainda na lei dos crimes hediondos em 1990, que previa redução da pena de um a dois terços ao colaborador, a premiação se estendeu e alcançou outros delitos, como a extorsão mediante sequestro e passou ainda pela legislação dos crimes contra o sistema financeiro e ordem tributária. Entretanto somente com a Lei 9.613/98 que trata da lavagem de dinheiro, foi que o instituto passou a ser realmente atrativo, com o fomento da premiação bastante além da mera redução matemática da pena, com benefícios também na qualidade da reprimenda, facultando tanto o abrandamento do regime prisional como sua substituição, chegando, inclusive a possibilitar o perdão judicial.

Tal evolução culminou no aprimoramento ainda maior do instituto na nova lei do crime organizado (Lei nº 12.850/2013), que prevê uma gama de incrementos importantes, além daqueles já existentes, como a mitigação quantitativa e qualitativa da pena, também a admissão de progressão de regime penal fora dos requisitos tradicionais, garantias de segurança e proteção, além daquelas já previstas, tais como, preservação de seu nome, qualificação e imagem, separação dos demais acusados tanto na condução em juízo como dentro do sistema prisional, não divulgação de sua identidade ao público, salvo se devidamente autorizada, dentre outros.

Enfim tomava corpo, eficiência e notoriedade o instituto.

### Dos agentes envolvidos na efetiva aplicação da colaboração premiada

Por certo o primeiro agente envolvido no instituto é o autor do crime, ou um dos autores dos delitos daquela organização criminosa sob investigação.

Partindo-se da premissa de que colaboração premiada é uma forma de justiça negociada, ou negócio jurídico processual<sup>3</sup>, deve, necessariamente, haver interesses mútuos envolvidos, para que possa haver concessões mútuas e vantagens para ambos os lados da negociação.

De um lado, o agente colaborador devidamente assistido por advogado ou defensor público, já implicado nas investigações, contra o qual já exista sensível prova angariada e cujo interesse seja livrar-se da responsabilidade criminal ou, ao menos, mitigá-la a um patamar que lhe seja mais confortável; e de outro lado o Estado, tanto na figura do Delegado de Polícia com parecer do Ministério Público, ou diretamente com a figura do Ministério Público, que tenha real interesse nas informações e material probatório que detém aquele investigado, seja para se chegar a outros membros da organização, a fim de desmantelá-la, seja para salvaguardar a vítima e sua integridade física, seja para reaver produtos do crime.

Finalmente, há a figura do juiz exercendo o papel de fiscal quanto a legalidade daquele negócio jurídico, fazendo a verificação quanto a lisura de seus termos e higidez da emissão de vontade do colaborador, podendo ao final, cancelá-lo.

### A delação premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal

A Lei nº 12.850/2013 revela que o legislador enfim, despertou para a importância do instituto, passando a depositar maior confiança nas instituições conferindo-lhes maiores e mais eficazes meios de negociação e autonomia.

Há inclusive quem defenda que o instituto da delação premiada conflita com o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

É que por força constitucional (art. 129, I), o Ministério Público é o dono da ação penal pública. Ainda, como se sabe, em toda relação processual contenciosa, a lide se manifesta por uma pretensão

---

3 TOFFOLI, Dias. Definição dada quando do julgamento do HC 127.483 STF.

resistida, ou seja, de um lado o acusador buscando o *jus puniendi* do Estado e de outro lado a pretensão de liberdade do réu. Pelo princípio da indisponibilidade da ação penal, o Ministério Público, ao observar ser a conduta do investigado típica e antijurídica, é obrigado a denunciá-lo, em função da premissa de que não poderá haver delito que permaneça impune.

Na colaboração premiada, entretanto, o Ministério Público pode abrir mão da ação penal, deixando de denunciar, deixando de pedir a condenação, mesmo quando convencido da culpa daquele colaborador, ou anuindo com uma reprimenda não necessariamente suficiente para a punição dos delitos por ele praticados, tudo isso visando benefícios maiores ao Estado, que de outra forma não os alcançaria.

E justamente a mitigação do princípio da obrigatoriedade é o fundamento básico do instituto da delação premiada. É imperioso que o Ministério Público possa, dentro de sua independência, abrir mão da ação penal no todo ou em parte, seja deixando de denunciar, seja pedindo aplicação de penas ou regimes mais brandos - que em outras circunstâncias seriam incompatíveis com aquele delito - ou até o perdão para o culpado como moeda de troca, a fim de obter informações e outras provas que possam trazer à responsabilidade também outros membros do crime organizado, salvar vítimas, reaver produtos de crimes, repatriar dinheiro desviado etc., desde que tal negociação traga sensível vantagem ao Estado.

E a legalidade da barganha processual está justamente no resultado positivo da delação. É que, ao mesmo tempo em que o Ministério Público abre mão da punição contra um acusado (delator), obtém para o Estado a punição contra outros agentes do crime (delatados), daí porque não está necessariamente o agente acusador abrindo mão da ação penal, mas substituindo-a no interesse público.

Agindo de forma contrária, ou seja, recusando o acordo para punir integralmente o agente que quer delatar seus pares, igualmente o Ministério Público estaria abrindo mão da punição em face daqueles que seriam delatados. É uma questão de ponto de vista.

Entretanto, para que a legalidade do instituto não seja aviltada, para que não fique caracterizada afronta ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o saldo do acordo há de ser sempre positivo para o Estado, ou seja, as punições alcançadas através de delação não podem ficar aquém dos benefícios obtidos pelo delator. Em outras palavras, não pode o Ministério Público se contentar com uma delação pífia outorgando ao delator um benefício exagerado.

De qualquer sorte, a ousadia do legislador, depositando tamanha confiança nas instituições, foi o que impulsionou o instituto da colaboração premiada a níveis jamais observados em nosso sistema penal.

### O papel do juiz na aplicação do instituto

A lei 12.850/2013 é clara ao estabelecer em seu art. 4º, § 6º, que o juiz não participa das negociações. Esta se dá entre a parte afetada, no caso o investigado, devidamente representado por defesa técnica, e a Autoridade Policial e Ministério Público.

Cumpra ao magistrado, dentro da tradição do sistema de freios e contrapesos arraigada em nosso sistema legal, com inspiração na célebre obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, evidentemente em uma escala minimalista, o papel de fiscalizar, controlar e adequar o acordo de colaboração aos ditames da lei e eventualmente cancelar os seus termos, conforme §§ 6º a 8º do art. 4º da Lei 12.850/2013.

A participação efetiva do magistrado diretamente nas negociações do acordo ou coleta probatória seria realmente incompatível com a posição do juiz, que deve manter-se equidistante das partes e da produção das provas e poderia interferir diretamente em sua imparcialidade, gerando nulidade. Além do que, se o juiz é quem irá fazer a fiscalização e controle da legalidade do acordo, não teria sentido que viesse ser fiscal de si mesmo.

O juiz então se mantém na tradicional condição de destinatário e agente fiscalizador da licitude da prova, não tendo papel em sua produção.

A única intromissão facultada ao juiz antes da homologação do

acordo, conforme § 7º do art. 4º da referida lei, seria a realização de uma audiência sigilosa com o colaborador e seu defensor, audiência esta que não tem caráter instrutório, mas meramente fiscalizatório da lisura dos atos anteriores.

Na referida audiência não deve o magistrado se imiscuir no teor da prova colhida, assim como também não pode promover coleta ou complemento de outras provas, tampouco se trata de interrogatório. Tal ato deve se restringir tão somente ao aspecto formal do acordo, sendo o momento certo que o colaborador tem para informar ao juiz (agente fiscalizador da lisura da delação) eventual vício de vontade, coação, intimidação ou qualquer ato que pudesse trazer prejuízos à idoneidade daquele meio de obtenção de prova.

E não é outro o entendimento de nosso respeitável Sodalício, senão vejamos:

Na audiência designada para a homologação do termo de colaboração premiada, o magistrado deve limitar sua atividade à verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo celebrado entre o Ministério Público e o colaborador, sem interrogá-lo sobre questões atinentes ao mérito das investigações ou da ação penal. Extrapolando tais balizas, o juiz viola o sistema acusatório, imiscuindo-se na figura de inquisidor, circunstância que tolhe sua imparcialidade para processar e julgar a causa.<sup>4</sup>

Mas até onde iria o papel fiscalizador do juiz? Ficaria adstrito ao aspecto formal da prova, simplesmente observando a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, ou teria ingerência sobre o mérito da negociação, analisando criticamente a equação do sinalagma, ou seja, a proporcionalidade entre as contribuições e benefícios de cada parte?

Evidentemente, se ao juiz foi confiada a missão de zelar pela legalidade e lisura da negociação, não parece correto entender que tal função lhe tenha sido delegada pela metade.

---

4 TJMT - Suspei 166475/2015, Des. Pedro Sakamoto, Segunda Câmara Criminal, Julgado em 24/08/2016, Publicado no DJE 02/09/2016) (citação parcial da ementa)

Se eventualmente o juiz se deparar com um acordo de colaboração que esteja formalmente perfeito, mas que revele flagrante desproporção do sinalagma, ou seja, uma lesão ao Estado por falta de reciprocidade ou proporcionalidade entre os benefícios recebidos e aqueles conferidos, por certo lhe é lícito intervir.

O art. 4º, § 8º da Lei 12.850/2013 determina ao juiz recusar sua chancela ao termo de colaboração que esteja em desacordo com os requisitos legais, assim como que promova inclusive sua adequação.

E de que forma o juiz, que não é parte na relação e a quem é vedada a participação nas negociações do acordo, poderia promover sua adequação?

A resposta a tal questionamento há de ser fracionada.

Com relação ao aspecto meramente formal não há o que discutir, já que é dever do juiz promover eventual adequação, exatamente como diz a lei.

Então se o juiz observar, por exemplo, problemas com a representação do réu, na emissão de sua vontade, na atribuição do Ministério Público, ou eventualmente algum benefício concedido que não tenha expressa previsão legal, certamente, de ofício, deve determinar a respectiva regularização sob pena de recusar a homologação.

Já no que se refere ao aspecto material do acordo, ao seu mérito, a questão é mais controversa. Suponhamos que ao analisar um determinado acordo de colaboração premiada, o juiz observe sua higidez formal plena, porém vislumbre uma imensa desproporção entre uma pequena colaboração feita pelo delator, que estaria recebendo em contrapartida uma premiação flagrantemente exagerada, desproporcional, o que há de ser feito?

O Ministro Teori Zavaski (STF) afirmou que “não cabe ao Judiciário, nesse momento, examinar aspectos relacionados à conveniência ou à oportunidade do acordo celebrado ou as condições nele estabelecidas”<sup>5</sup>.

---

5 ZAVASKI, Teori. Ministro do Supremo Tribunal Federal, em informações prestadas no habeas corpus 127.483/PR.

Com o perdão da ousadia, pensamos que tal entendimento pode ser aprimorado. Evidentemente conveniência e oportunidade do acordo devem ser analisadas pelas partes. Porém as condições do acordo podem e devem ser fiscalizadas e observadas pelo juiz antes da homologação, já que após tal ato de chancela não haveria mais espaço para tanto e vingando um acordo com flagrante desproporcionalidade, certamente desaguaria em sentença com o mesmo vício.

E como já mencionado alhures, seria ilegal, por ferir o princípio da indisponibilidade da ação penal, um acordo em que o Ministério Público outorgue concessões superiores aos benefícios que obtém para o Estado, assim agindo haveria renúncia indevida à ação penal. Em tal remota hipótese, cumpre excepcionalmente ao juiz, a quem foi confiada a missão de fiscalizar o instituto, não permitir que o órgão acusador renuncie de forma desproporcional à sua obrigação acusatória.

E quais mecanismos estariam à disposição do juiz para conter eventual permissibilidade indevida dos órgãos do Estado?

Renato Brasileiro de Lima defende que:

Considerando-se a impossibilidade de o juiz imiscuir-se nas negociações inerentes ao acordo de colaboração premiada, ao magistrado não se defere a possibilidade de modificar os termos da proposta, sob pena de evidente violação ao sistema acusatório e à garantia da imparcialidade. Na verdade, o que o magistrado pode fazer é rejeitar a homologação de eventual acordo por não concordar com a concessão de determinado prêmio legal, nos termos do art. 4º, § 8º, primeira parte, aguardando, então, que as próprias partes interessadas na homologação da proposta cheguem a novo acordo quanto ao benefício a ser concedido ao colaborador.<sup>6</sup>

Tal entendimento parece razoável, mas coloca o Judiciário como detentor da palavra final em uma negociação à que, em tese, não deveria participar. Ademais, em caso de eventual recurso, a questão seria resolvida pelo tribunal, ou seja, ainda o Judiciário.

---

6 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 1056.

Outra solução mais simples se encaixa melhor ao caso, que seria justamente a utilização da regra do art. 28 do Código de Processo Penal, com a remessa da discussão ao Procurador Geral para análise da questão, nos mesmos moldes do que reza o § 2º do mesmo art. 4º da Lei 12.850/2013, que, aliás, trata de situação similar.

Em tal hipótese, os termos da negociação seriam analisados pela cúpula do mesmo órgão ministerial, não havendo ingerência em seus termos por parte do Judiciário, mantendo intacta a imparcialidade do órgão.

Se a própria cúpula do Ministério Público referendar os termos do acordo feito em primeiro grau, contrariando o entendimento do magistrado, por certo não restaria alternativa ao juiz, que não a de homologar o acordo.

### Da decisão homologatória do acordo

Merece atenção especial tal tópico.

Inicialmente convém observar que a decisão homologatória do acordo é o que lhe dá eficácia jurídica, reconhecendo sua legalidade formal e de forma alguma implica em juízo de valor acerca de seu conteúdo probatório.

Entretanto, a decisão judicial homologatória do termo de colaboração, ao cancelar o acordo de delação e lhe conferir eficácia jurídica, garantindo a ambas as partes que aquele acordo se reveste da necessária regularidade, e desde que não venha a ocorrer a sua revogação por culpa do colaborador, vincula o próprio órgão julgador aos seus termos, os quais devem ser observados quando da sentença.

E não estamos aqui falando de vinculação da pessoa do juiz à sua própria decisão, trata-se de uma vinculação do órgão, por meio da preclusão *pro judicato*.

Vejam que não é o acordo em si, ou seja, o negócio jurídico processual ocorrido entre a autoridade policial ou o Ministério Público e o colaborador que vincula o juízo. O ato que vincula o juízo é sua própria decisão homologatória. Ou seja, as partes apresentam ao juiz

um acordo de colaboração que pode ou não vir a ser homologado. O juiz está adstrito ou vinculado à vontade das partes somente se verificar plena regularidade formal e proporcionalidade plausível de seus termos.

Parece evidente que uma vez homologado o termo de acordo de colaboração, fique o órgão julgador, que aferiu sua plena legalidade, vinculado aos seus termos, não podendo as partes ficar a mercê de uma eventual mudança de opinião do juiz, ou de eventual novo entendimento por parte de outro magistrado que venha a assumir a vara e, creia que sua independência funcional esteja acima daquela vinculação inicial já criada no feito por seu antecessor. Tal instabilidade seria desastrosa para o instituto, que demanda plena garantia às partes de que o acordo é definitivo.

Renato Brasileiro de Lima ensina que:

O acordo deve ser submetido ao juiz para homologação, que não poderá deixar de observá-lo por ocasião da sentença, caso o colaborador tenha cumprido todas as obrigações previamente pactuadas. Considerando-se que, ao celebrar o acordo de colaboração premiada com o Ministério Público, o colaborador assume uma postura incomum para os criminosos, já que se afasta do próprio instinto de conservação (ou auto acobertamento), tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem, haveria conduta desleal por parte do Estado-juiz se não lhe fosse concedida a sanção premial inerente à colaboração premiada, violando o próprio princípio da moralidade (CF, art. 37, *caput*). Daí a importância da homologação pela autoridade judiciária, conferindo mais segurança ao acordo. Se o acordo de colaboração premiada funcionar como mera expectativa de direito para o colaborador, é natural que este não se sinta encorajado a experimentar todos os dissabores inerentes a sua traição, o que contribuiria para a redução da eficácia desse importante procedimento investigatório.<sup>7</sup>

Evidentemente a homologação se restringe aos aspectos formais da prova e aos termos do acordo, não havendo nenhuma garantia

---

7 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 1057.

quanto à veracidade das afirmações do delator, o que só será aferido em sentença e, uma vez não confirmadas, por certo, fica invalidado aquele.

Somente em caso de adendo ou aditivo ao acordo, ou eventual pedido das partes para que se decida em desconformidade com seus termos iniciais, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei 12.850/2013, é que poderá o juiz analisar a proporcionalidade dos novos termos, acatando-os, se os entender adequados, ou remetendo o caso ao Procurador Geral em caso de discordância.

### Conclusão

Assim, tratando-se a colaboração premiada de um negócio jurídico para a obtenção de provas mediante concessões, é natural que o juiz não seja seu protagonista, sob pena, inclusive, de contaminação da prova e do magistrado. Entretanto, a lei reserva ao juiz crucial papel de controle da legalidade, lisura e proporcionalidade do instituto, impondo, inclusive, a emissão de um juízo de antecipação quanto a higidez formal da prova, em decisão homologatória, ato este que tem o poder de trazer estabilidade e garantia às partes quanto ao seu futuro no processo.

### Referências

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm). Acesso em: 20 jan. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MATOGROSSO. TJMT-*Suspei 166475/2015*, Des. Pedro Sakamoto, Segunda Câmara Criminal, Julgado em 24/08/2016, Publicado no DJE 02/09/2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. Salvador: Juspodivm, 2016.

# Abandono afetivo voluntário

## *Voluntary abandonment*

Sandy Nágela Andrade Cedro<sup>1</sup>

Camila Belebecha<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso discorre sobre a possibilidade de condenação civil e indenização a título de danos morais, em consequência do abandono afetivo voluntário dos pais perante a sua prole. A família é uma entidade que sofreu inúmeras alterações ao longo do tempo, sua formação não se restringe mais aos laços biológicos, mais sim, ao afeto, que passou a ser o centro primordial do vínculo familiar e suas relações. O afeto é o elemento fundamental para uma convivência familiar e um desenvolvimento pleno e sadio dos filhos. Entretanto, há pais que deixam de exercer sua afetividade perante a vida de seus filhos, negligenciando-os, deixando de lhes prestar qualquer tipo de apoio, acompanhamento, afeto e carinho, ocasionando grande vulnerabilidade emocional perante o mundo. Diante disso, o abandono afetivo vem causando uma forte discussão nos tribunais, sobre a possibilidade de reparação pecuniária. Nessa perspectiva, a doutrina tem defendido a condenação ao pagamento de indenização. Foram utilizadas a metodologia dialética, hermenêutica e bibliografia para o desenvolvimento desse trabalho.

### PALAVRAS-CHAVE

Abandono; afeto; filiação; danos; família; condenação.

### ABSTRACT

*The present work of conclusion of course discusses the possibility of civil condemnation and indemnity for moral damages, as a consequence of the voluntary affective abandonment of the parents before their offspring. The family is an entity that has undergone numerous changes over time; its*

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Cuiabá - UNIC.

2 Professora e orientadora de monografia da Faculdade da Direito da Universidade de Cuiabá.

*formation is no longer restricted to biological ties, but rather to affection, which has become the primordial center of the family bond and its relations. Affection is the fundamental element for a family coexistence and a full and healthy development of the children. However, there are parents who fail to exercise their affection towards the lives of their children, neglecting them, failing to provide them with any kind of support, accompaniment, affection and affection, causing great emotional vulnerability to the world. Faced with this, the affective abandonment has been causing a strong discussion in the courts about the possibility of pecuniary reparation. In this perspective, there is the positive doctrinal position that defends the condemnation to the payment of indemnity, and the negative position that does not envisage this possibility. Dialectical methodology, hermeneutics and bibliography were used to develop this work*

#### KEYWORDS

*Abandonment; familiar; affection; damage; convict.*

## Introdução

O presente trabalho é uma deliberação de considerações, entendimentos e pesquisa efetuada sobre a possível condenação pecuniária a título de danos morais em consequência do abandono afetivo voluntário dos pais perante seus filhos.

A escolha do tema pesquisado se deu por diversos fatores entre eles, a formação da família, a verdadeira importância do convívio familiar, avaliar os reflexos das relações entre pais e filhos na sociedade, bem como, na falta de convívio e afeto uma possível reparação do dano sofrido pela prole.

Os fatores demonstrados acima confirmam a importância do tema no cotidiano, ocasionando frequentemente dúvidas no que se refere às relações humanas e conseqüentemente refletindo no jurídico que visa solucionar as lides que lhes são levadas.

O principal objetivo do trabalho é demonstrar a problemática por trás do abandono afetivo e suas conseqüências na sociedade,

justificando assim a possibilidade de indenização de determinados casos concretos.

Por fim o Projeto de Lei do Senado, nº 700/2007, será analisado, o projeto busca modificar dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma que, o abandono afetivo passa a ser uma conduta ilícita ensejando responsabilidade civil.

Pretensamente espero que as informações contidas neste trabalho ao final possam de alguma forma contribuir com operadores de direito no exercício de produção, análise e julgamento de suas peças, para que, a justiça social beneficie aqueles que, dela necessitam.

## Conceito e evolução da família

Por um período de tempo a família poderia ser conceituada apenas como um grupo de pessoas que possuía parentesco e residiam juntos, no contexto contemporâneo esse conceito já não engloba todas as famílias, a consanguinidade não é mais o elo primordial, mais sim, a afetividade.

Seu conceito é desafiador tanto no âmbito jurídico quanto no sociológico e antropológico, as mudanças na formação da família são constantes expandindo cada vez mais sua formação.

As primeiras relações familiares nos grupos primitivos foram marcadas por endogamia, exogamia e poligamia. Sendo que a poligamia ainda existe em culturas atuais.

O surgimento da monogamia desempenhou um grande impulso social. Dando início há um novo modelo de família, a existência de exclusividade das relações sexuais transformou as relações familiares.

A monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno. A família monogâmica converte-se, portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente ao interior dos lares, nos quais existiam pequenas oficinas<sup>3</sup>.

---

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

No mundo ocidental a família patriarcal prevaleceu por um vasto período, o poder patriarcal era tão absoluto que tinha qualquer controle sobre a vida dos membros da família.

Fato certo e comprovado, este, sim, pelos registros históricos, pelos monumentos literários, pelos fragmentos jurídicos, é que a família ocidental viveu sob largo período sob a forma “patriarcal”. Assim a reconheceram as civilizações mediterrâneas. Assim a divulgou a documentação bíblica. E nós, herdeiros intelectuais da civilização romana, encontramos-a documentada nas pesquisas históricas de Mommsen e Fustel de Coulanges, ou referida nos depoimentos de Aulo Gélcio e Tito Lívio. Ressalta ainda hoje o tônus emocional com que Cícero alude à figura valetudinária de Appius Claudius, que dirige os seus com a plena autoridade de um patriarca autêntico, não obstante a idade avançada e a quasecegueira. As regras fixadas através dos tempos, desde época anterior ao Código Decenviral até a codificação justinianéia do século IV, dão testemunho autêntico dessa tipicidade familiar.<sup>4</sup>

Nesse sentido o modelo familiar romano merece ênfase, o poder que o pater exercia sobre o patrimônio, sua mulher, os filhos e os escravos era quase absoluto. Detendo poder até sobre a vida e a morte dos membros familiares. O afeto natural poderia existir, porém não era o elo principal entre o grupo familiar, “os membros das famílias antigas eram unidos por um vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e culto dos antepassados”<sup>5</sup>.

Esses modelos foram deixados de lado, na contemporaneidade o afeto se tornou a base das relações familiares. O casamento depende das exclusivamente das vontades das partes em vários países os pais passaram a ter responsabilidades perante seus filhos. Entende Lôbo:

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, [...] reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se

---

4 PEREIRA, PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Atualizado por Tania da Silva Pereira. v. 5. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

5 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit.

constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 até 1988. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas<sup>6</sup>.

Conclui-se que a família é união de pessoas tanto pelo afeto, quanto pelo vínculo biológico que juntas buscam alcançar objetivos comuns.

### Contemporaneidade da família

Constituição imperial de 1924, não fazia menção sobre a família. Contudo a Constituição do Brasil de 1891 fazia menção quanto à sua formação, que só seria reconhecida através do casamento civil.

Cabe destacar a Constituição de 1937, que possuía quatro artigos abordando a responsabilidade e deveres dos pais no desenvolvimento e educação de seus filhos, incumbindo o Estado de auxiliá-los. Nas Constituições de 1969, 1967, 1946 e 1934, mencionava apenas sobre a sua constituição da família, por meio do casamento e o direito a proteção do Estado.

A promulgação da constituição federal da república de 1988 a família passou a ser reconhecida. No artigo 226, a família é colocada sob a proteção do Estado, Gonçalves evidenciou três eixos básicos:

Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”.

A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, §

---

6 LOBÔ, Paulo LÔBO, Paulo. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”.<sup>7</sup>

Através dela houve a consolidação do princípio absoluto da dignidade da pessoa humana, o qual é primordial na República Federativa do Brasil e a igualdade entre os filhos.

Este fenômeno qualifica-se como “constitucionalização do direito de família” e representa prova da modernidade dos contornos da família Brasileira contemporânea em sintonia com idêntico fenômeno em âmbito mundial. A constitucionalização do direito de família trouxe como consequência a intervenção da família. Todavia, ela ocorreu na medida do essencialmente necessário. Essa “intervenção” em vez de a “escravizar” foi sua fonte de libertação. A importância da família para o Estado, não se seguiu uma ingerência indevida em seu interior. De maneira contrária, o Estado desempenha papel de auxílio paralelo às várias espécies de família.<sup>8</sup>

A Constituição Federal de 1988 também trouxe a possibilidade de dissolução do casamento, que poderia ocorrer extrajudicialmente<sup>9</sup>, a união estável e a família monoparental passaram a ser reconhecidas.

Assim a Constituição Federal de 1988, foi um verdadeiro marco para o Direito de Família no Brasil através dela surgiu à possibilidade de interpretação das situações que chegam à apreciação dos tribunais.

A dignidade da pessoa humana possibilita o respeito aos direitos de personalidade no íntimo do meio familiar. Assim houve o crescimento e realização individual de cada ser humano.

As relações familiares, portanto, são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumpram o seu papel maior.

A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento

---

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. VI. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

8 SILVEIRA, Gomercindo Tadeu. *Da constitucionalização do direito de família*. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14248/000660277.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

9 A Lei 11.441/07 acrescentou o art. 1.124-A ao Código de Processo Civil.

jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento; daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independente de sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver as qualidades mais relevantes entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.<sup>10</sup>

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora, quebrando paradigmas e valores, superando o velho entendimento que a família baseava-se no casamento. As diversas formas de relacionamento passaram a ter reconhecimento constitucional como entidade familiar, como a união estável e as famílias monoparentais.

Com a evolução nos aspectos antropológicos e sociais surgiu à necessidade de atualização do direito familiar. Diferentemente dos outros ramos do Direito, a sentença nem sempre põe fim ao conflito, podendo ainda, agrava a situação.

Para resolver os conflitos que são levados aos tribunais os legisladores necessitam ampliar constantemente seus horizontes e recepcionar o novo. Os princípios do Direito Familiar veem auxiliando essa tarefa.

### Princípios fundamentais do direito de família

Os princípios auxiliam na interpretação e aplicação do direito, bem como, na adequação das sentenças. Com constantes alterações e peculiaridades o ordenamento jurídico não pode utilizar-se somente da lei expressa para interpretar o direito nos casos concretos. Os princípios fundamentais do Direito Familiar são:

---

10 DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o novo Código Civil*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

**a) Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana:** expressamente previsto na constituição, é a base de todos os estados democráticos sendo aplicado em todas as áreas do Direito, no Direito de Família tem extrema importância e influência. O ser humano é detentor de direitos e respeito por parte do Estado.

Conclui-se que esse princípio elege o ser humano como centro dos direitos, no direito de família possibilita o desenvolvimento de cada um de seus membros, protegendo sua integridade e seus direitos fundamentais. Assim ensina Diniz:

Princípio do respeito a dignidade da pessoa humana (CF, art.1.º, III), que constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227).<sup>11</sup>

**b) Princípio da igualdade:** esse princípio pode ser aplicado de inúmeras formas Direito Familiar, tanto na igualdade dos conjugues como dos filhos. O artigo 226, § 5º, da Constituição Federal estipula que os direitos e deveres no tocante à sociedade conjugal que deve ser exercido igualmente por ambos.

Dessa forma, cumpre destacar a citação de Diniz:

O patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso juridicamente, o poder do marido é substituído pela autoridade conjunta e indivisa, não mais se justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal.<sup>12</sup>

No tocante a igualdade entre os filhos, O artigo 227, § 6º, da Constituição Federal diz que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações,

---

11 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

12 DINIZ, Maria Helena. Op. cit.

proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Assim atualmente não existe nenhuma distinção entre os filhos, todos gozam dos mesmos direitos.

**c) Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente:** as crianças e adolescentes gozam de direitos e proteção especial por parte do Estado e da família, com previsão no art. 227, caput, da Constituição Federal “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”<sup>13</sup>.

Essa proteção não se restringe a órfãos e menores infratores, e sim a qualquer ser humano menor de 18. A proteção é integral prevalecendo sempre o bem estar e o interesse do menor. Dessa forma o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser uma premissa basilar em qualquer litígio que envolva um menor.

**d) Princípio da afetividade e da convivência familiar:** esse princípio é tido como norte da interpretação da dignidade da pessoa humana do Direito de Família, previsto em Lei máxima. Engloba afetividade, amor e carinho, assim, as questões emocionais podem ser interpretadas como direito fundamental, pois, afetam diretamente o desenvolvimento e crescimento do menor.

## Responsabilidade civil

Para conviver em harmonia, uma série de direitos implícitos precisa ser respeitada. Todos devem agir livremente, desde que, seus atos não causem danos a outrem. De modo genérico, pode-se, afirmar que a Responsabilidade Civil provém de danos e violações no direito alheio.

---

13 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Constituição. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 22 fev.2016.

O estudo da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito. Sob esse prisma, pode-se divisar um dever jurídico primário ou originário, cuja violação acarreta um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo.<sup>14</sup>

Vislumbra-se então, que a responsabilidade de indenizar origina-se da prática de um ato que ocasiona dano a outrem, quando houver há existência de nexos causal entre o ato praticado e dano sofrido.

A responsabilidade civil é contratual ou extracontratual. A contratual pressupõe a existência de um contrato que foi estabelecido previamente entre as partes, o dano decorre da violação ou do não cumprimento, esta espécie de responsabilidade via de regra não exige a comprovação de culpa, a culpa será presumida.

A responsabilidade extracontratual é decorrente da lei um dever jurídico, assim, a culpa no dano sofrido necessita ser comprovada, pode originar-se de atos comissivos ou omissivos. Neste trabalho a responsabilidade extracontratual será utilizada como base para comprovar o dever de reparar.

Suas espécies se dividem em objetiva e subjetiva, na objetiva não é preciso comprovar a culpa do agente, a obrigação de reparar nasce do risco da atividade. Assim só será preciso comprovar a relação entre a atividade do agente e os danos sofridos.

Na responsabilidade civil subjetiva, a culpa ou o dolo são requisitos para configurar o dever de reparar.

Segundo Arnold Wald:

A responsabilidade subjetiva, deflui da aptidão do ser humano de pautar a sua conduta, na vida social, de acordo com os padrões legalmente fixados. O desvio de conduta, ou seja, a violação da norma legal, especialmente se havia possibilidade de evitá-la, constitui a culpa.<sup>15</sup>

---

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

15 WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito Civil: responsabilidade civil*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2011.

Para configurar a responsabilidade civil Independente de sua classificação são necessários requisitos gerais, são eles a conduta antijurídica, o dano e o nexo causal. Na responsabilidade objetivo só precisam estar presentes a conduta antijurídica e o nexo causal. Já a subjetiva é composta pelos três requisitos.

Inicialmente cabe mencionar a conduta antijurídica, que é o ato ilícito praticado por ação ou omissão que cause dano a outrem. Sem a conduta não existe nexo causal.

O dano gera o dever de indenizar, sem a ocorrência de prejuízo não há o que se falar em indenização. Os danos podem ser patrimoniais ou morais.

Nesse sentido, conceitua Rénan Kfuri Lopes :

Dano é a existência de um prejuízo, da perda ou desfalque de algo que ao sujeito é passível de ser integrado, quer em termos de patrimônio, quer por inerente ao corpo ou personalidade. Porque ocorreu o dano, deixa-se de ter o que tinha ou se fez impossível obter o que certamente conseguiria regularmente.<sup>16</sup>

Por fim, se houve conduta e dano, faz-se necessário o nexo causal. Esse é o elemento que atribui culpa ao agente. Dessa forma, somente quem causou o prejuízo será responsabilizado.

Júlio César Rossi e Maria Paula Cassone Rossi complementam o entendimento com a conceituação do nexo causal:

Também denominado *relação de causalidade ou nexo etiológico*, é por definição, o liame que une a conduta do agente ao dano produzido, através do qual é determinada a responsabilização do agente, seja nos casos de relação obrigacional originada em contrato, seja em razão de ofensa à lei.<sup>17</sup>

---

16 LOPES, Rénan Kfuri. Panorama da Responsabilidade Civil. In: COUTO, Sergio. SLAIBI FILHO, Nagib. *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

17 ROSSI, Júlio César; ROSSI, Maria Paula Cassone. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. v. 6. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Desta forma, o elo estabelecido entre a conduta do agente e o dano sofrido, pressupõe ainda, o elemento culpa, sendo todos estes essenciais na responsabilidade civil subjetiva.

### Do dano moral

O dano moral ocorre na esfera não patrimonial, lesionando os sentimentos, causando dor, tristeza, remorso, humilhação e constrangimento moral a vítima. A lesão pode atingir a honra, a imagem ou sentimentos pessoais.

Segundo Wilson Mello da Silva:

(...) são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.<sup>18</sup>

Nesse ângulo, Rénan Kfuri Lopes considera que:

O dano moral não é causado por uma perda pecuniária, mas abrange todo atentado à reputação do ofendido, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à sua integridade, à sua inteligência, às suas afeições.<sup>19</sup>

Dessa maneira, conclui-se que o dano moral é a ofensa do íntimo, ou seja, daquilo que não se pode mensurar ou tão pouco quantificar, não atinge o pecuniário ou o comerciável, trata-se puramente da ofensa aos direitos personalíssimos do ser humano. Youssef Said Cahali conceitua danos morais como:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente,

---

18 MELLO DA SILVA, Wilson. *O dano moral e a sua reparação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

19 LOPES, Rénan Kfuri. *op cit*.

evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.<sup>20</sup>

Os conceitos acima demonstram que o dano moral é uma alteração psicológica negativa. Este dano afeta a esfera subjetiva e pessoal do ser humano. Essa esfera pessoal é protegida constitucionalmente e infraconstitucionalmente.

Dessa maneira, se tona inviável limitar ou listar a forma como este, pode ocorrer. A Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, inciso X “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”<sup>21</sup>. Afirma Sérgio Cavalieri Filho que:

Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação monetária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.<sup>22</sup>

O juiz deve avaliar inúmeros fatores, como o grau de sofrimento as sequelas produzidas pelo dano e a repercussão negativa na vida da vítima. O juiz utilizara esses fatores para, dosar com a condenação pecuniária.

Essa indenização não tem a finalidade de devolver o que foi violado, tão pouco, poderá retornar ao status anterior; a indenização somente atenua a dor e compensa o sofrimento. Sua natureza é compensatória e punitiva, ou seja, conforta a vítima e reprime o autor pela prática da conduta ilícita.

---

20 CAHALI, Youssef Said. *Dano moral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. do livro Dano e Indenização. 3. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

21 BRASIL. Constituição Federal de 1988.

22 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula “danos emergentes-lucros cessantes”, a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado.<sup>23</sup>

Maria Helena Diniz conclui que, “na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, ser feito com bom senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso”<sup>24</sup>.

Assim, os principais fatores para estipular o valor indenizatório são as condições sociais e financeiras do ofensor, o grau de sofrimento da vítima e repercussão do dano. Enfim, o caso concreto deve ser analisado de forma isolada.

### Dano moral decorrente do abandono afetivo

A família é o primeiro grupo social no qual a criança é inserida, é na vivência familiar que o ser humano adquire seus primeiros hábitos, preceitos e valores. É com os pais que o ser humano forma seu primeiro relacionamento.

O abandono afetivo refere-se ao interior do indivíduo sua parte subjetiva. Esse tipo de abandono pode deixar marcas para o resto da vida e influenciar diretamente nos próximos relacionamentos que o abandonado terá.

A precariedade das relações familiares trouxe a tona uma discussão a cerca da responsabilidade civil nas relações afetivas. Os transtornos psicológicos, ocasionado pela falta dos genitores podem

---

23 GONÇAVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

24 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ser capazes de gerar sequelas insuperáveis. Isto porque, é com os pais que os filhos adquirem a base essencial do desenvolvimento.

### Direitos-deveres da relação paterno-filial

A parentalidade vai além de gerar biologicamente um filho. É necessário proporcionar afeto, garantir que essa criança tenha base emocional para se desenvolver sadiamente com segurança.

A filiação tem sido muito debatida nos diversos ordenamentos jurídicos brasileiros. Já não há o que se discutir sobre reconhecer filhos de uma relação extraconjugal. Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos de filiação sofreram mudanças significativas.

Em seu artigo 226, §7º, há previsão sobre o planejamento familiar, fundamentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável<sup>25</sup>, é dever do Estado proporcionar meios para ajudar aos pais nessa tarefa.

Maria Helena Diniz conceitua a filiação da seguinte forma: “Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos, tratando-se de parentesco em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida”<sup>26</sup>.

O parágrafo 4º do artigo 226, interpreta a família como aquele que formada por qualquer dos pais e seus descendentes<sup>27</sup>.

Por sua vez, o artigo 227 da Constituição Federal trata da responsabilidade da família em relação ao menor, deixando claro que a convivência familiar é um dever, o dispositivo também veta qualquer tipo de negligência<sup>28</sup>. A falta de contato com o menor feri

25 Art. 226, *omissis*, § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

26 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. v. 5. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

27 Art. 226, *omissis*, § 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

28 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

o dispositivo legal, a responsabilidade da convivência familiar é uma prioridade.

Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira:

As relações familiares, portanto, são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumpram o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento; daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independente de sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver as qualidades mais relevantes entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.<sup>29</sup>

Reforçando mais uma vez a importância do afeto e do amor para com a criança, é dever dos pais cuidar dos filhos enquanto pequenos, dar-lhes amor e carinho. Os pais devem estar cientes dos deveres de por uma criança no mundo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente vem reforçar o tema, em seu artigo 4º complementa o que foi garantido no artigo 227 da Constituição.

Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.<sup>30</sup>

---

29 DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o novo Código Civil*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

30 BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: PRESIDÊNCIA. *Legislação*. Códigos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2016.

O Código Civil prever em seu artigo 1.634 os deveres dos pais em relação aos filhos menores, reforçou-se a idéia do que a Lei Máxima já previa, ou seja, convivência com os genitores.

Assim, o Direito Brasileiro garante a criança e ao adolescente convivência com os genitores, a falta de convívio com os pais pode gerar danos irreparáveis. Esse dano vai além de valores pecuniários, motivando diversas ações que visam reparar e punir o abandono afetivo voluntário.

### Possibilidade da condenção pecuniária

A justiça tem sido acionada acerca da possibilidade da indenização por abandono afetivo voluntário, tais decisões ainda apresentam grandes divergências. Trata-se, de um tema polêmico, há posicionamentos favoráveis e contrários à reparação por danos morais em decorrência do abandono.

As decisões favoráveis fundamentam que é cabível a indenização, pois a omissão do afeto pode causar danos irreparáveis aos filhos. A ação pioneira sobre o tema ocorreu na Comarca de Canoa Minas Gerais, no dia 15 de setembro de 2003, processo de número 14/1020012032-0<sup>31</sup>, o juiz condenou o pai a indenizar sua filha devido ao abandono afetivo. O fundamento para tal decisão foi de que os pais tem o dever de sustentar, guardar e educar de acordo com Lei 8.069/1990.

A educação abrange não somente a escolaridade, mas também, a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque. Jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirma. Desnecessário discorrer acerca da importância do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho violam a sua honra e a sua imagem.<sup>32</sup>

---

31 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 14/1020012032-0, juiz Mário Romano Maggioni. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portao/jurisprudencia/consulta-dejurisprudencia/>>. Acesso em: 15 de fev.2016.

32 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº14/1020012032-0. op. cit.

Portanto, a falta de afetividade e cuidados, pode gerar grandes danos psicológicos, sentimentais e emocionais. Podendo comprometer a felicidade e realização do ser humano por tudo sua vida, justificando assim a condenação, nesse sentido, argumenta Bernardo Castelo Branco:

Havendo violação dos direitos de personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando esta como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade de seus membros. A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, neste caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essencial é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo.<sup>33</sup>

Assim, a omissão afetiva voluntária por parte do genitor, pode configurar ato ilícito, pois ocorre a quebra do dever de cuidar imposto pela lei. Cabe ao juiz, atentar-se ao caso concreto, analisando se há algumas das excludentes que afaste o dever de indenizar.

Nesse sentido, O Coord. Munir Cury ressalta:

Se a família for omissa no cumprimento de seus deveres ou se agir de modo inadequado, poderá causar graves prejuízos à criança ou ao adolescente, bem como a todos os que se beneficiariam com seu bom comportamento e que poderão sofrer os males de um eventual desajuste psicológico ou social.<sup>34</sup>

Quanto à quantificação do valor da indenização a Constituição não impõe parâmetros, caberá ao juiz arbitrar um valor, avaliando o grau de culpa e a extensão do dano. Nehemias Domingos de Melo diz:

---

33 BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano Moral no direito de Família*. São Paulo: Método, 2006.

34 CURY, Munir (Coord.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A grande maioria dos doutrinadores brasileiros entende, mesmo que com eventuais ressalvas, que o melhor critério para a fixação do quantum indenizatório por danos morais ainda é o prudente arbítrio do juiz”.<sup>35</sup>

Em decorrência de tudo o que foi exposto, existem decisões que dão procedência a condenação pecuniária, assim, o filho pode receber uma indenização pelo abandono afetivo voluntário sofrido por parte dos pais.

### Projeto de Lei do Senado n. 700 de 2007

De autoria do Senador Marcelo Crivella, o Projeto de Lei número 700, tramita desde o ano de 2007, seu objetivo é modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente, para caracterizar o abandono moral como ato ilícito civil e penal<sup>36</sup>. Se acrescentada esta Lei a obrigação parental de assistência afetiva e moral será obrigatória. Para justificar o projeto o senador relatou que:

A Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos. Eis a finalidade desta proposta, e fundamenta-se na Constituição Federal, que, no seu art. 227, estabelece, entre os deveres e objetivos do Estado, juntamente com a sociedade e a família, o de assegurar a crianças e adolescentes – além do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer – o direito à dignidade e ao respeito. (...) Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indelévels conseqüências sobre a formação psicológica e social dos filhos. Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos

---

35 MELO, Nhemias Domingos de. *Dano Moral: problemática do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

36 Informações do Portal Atividade Legislativa do Senado Federal. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=83516](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516)>. <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/11978.pdf>> Acesso em 27 fev. 2016.

mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia. (...) Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia. Assim, crendo que a presente proposição, além de estabelecer uma regra inequívoca que permita a caracterização do abandono moral como conduta ilícita, também irá orientar as decisões judiciais sobre o tema, superando o atual estágio de insegurança jurídica criado por divergências em várias dessas decisões, é que confiamos em seu acolhimento pelos nobres Congressistas, de sorte a permitir a sua rápida aprovação.<sup>37</sup>

Dentre as alterações, as principais acrescentam o artigo 232-A e um parágrafo único ao artigo 5º no Estatuto da Criança e do Adolescente, sugerida a seguinte redação:

Art. 5ª. (...)

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral.

Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos do § 2º e 3º do artigo 4º dessa Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social. Pena- detenção, de um a seis meses.<sup>38</sup>

---

37 Informações do Portal Atividade Legislativa do Senado Federal. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=83516](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516)>. <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/11978.pdf>. Acesso em 27 fev. 2016.

38 Informações do Portal Atividade Legislativa do Senado Federal. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=83516](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516)>. <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/11978.pdf>. Acesso em 27 fev. 2016.

Por tanto, o abandono moral passará a ser considerada uma conduta ilícita, violando o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da criança e do adolescente, ensejando punição e indenização.

O projeto foi apreciado terminativamente pelas Comissões competentes, e aprovado no Senado, seguindo para aprovação na Câmara dos Deputados. Se aprovado a existência da previsão legal resolve as divergências sobre o tema tão polêmico.

Assim, enquanto o tema não estiver previsto em lei as discussões permanecem, cabendo ao juiz ser favorável ou não.

## Conclusão

A possibilidade de responsabilização civil do genitor, que comete abando afetivo voluntário de sua prole é um tema relevante e atual, gerando muitas dúvidas sobre o dever de indenizar.

Inicialmente a afetividade só era discutida no campo da pedagogia e psicologia, esse tema passou a ser abordado pelos operadores do Direito, no sentido de chegar há um consenso sobre as situações conflituosas que surgiram no Direito de Família. Em busca de atenuar a dor por vários anos de completo abandono por parte do genitor, filhos estão provocando a justiça.

Além do dever de manter materialmente ou financeiramente um filho, cabe aos pais proporcionar convivência familiar e afeto, os danos causados pela negligência afetiva são imensuráveis aos filhos, devido há esses danos várias ações indenizatórias surgiram.

Na legislação brasileira há uma lacuna sobre o tema, a doutrina e a jurisprudência também não chegaram a um posicionamento pacífico. Todas as decisões estão sendo proferidas de acordo com o entendimento do juiz sobre o caso concreto. Há vários tribunais que já vislumbram e decidiram pela condenação. Ou seja, no abandono afetivo por parte dos genitores, encontram-se pressupostos que podem vir a caracterizar a responsabilidade e gerar o dever de indenizar.

Conclui-se, portanto que a convivência familiar e o vínculo que une pai e filho não é apenas discutido no âmbito biológico psicológico, mas também no legal. Os pais possuem o dever legal de cuidado, criação e educação de seus filhos, devendo acompanhar seu crescimento e desenvolvimento social e psicológico. Dessa forma, o dever familiar de conviver e cuidar dos filhos também são valores jurídicos, com repercussão no âmbito da responsabilidade civil. Pode-se afirmar que o pai possui obrigações jurídicas com sua prole, e quando há a quebra dessa obrigação, caberá reparação.

## Referências

BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano Moral no direito de Família*. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Constituição. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 22 fev.2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Códigos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências In: PRESIDÊNCIA. Legislação. Códigos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2016.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. do livro *Dano e Indenização*. 3. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CURY, Munir (Coord.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o*

*novo Código Civil*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. v.5. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. VI. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

INFORMAÇÕES DO PORTAL ATIVIDADE LEGISLATIVA DO SENADO FEDERAL. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=83516](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83516)>. <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/11978.pdf>> Acesso em 27 fev. 2016.

LOBÔ, Paulo LÔBO, Paulo. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

LOPES, Rénan Kfuri. Panorama da Responsabilidade Civil. In: COUTO, Sergio; SLAIBI FILHO, Nagib. *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO DA SILVA, Wilson. *O dano moral e a sua reparação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELO, Nhemias Domingos de. *Dano Moral: problemática do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Processo nº14/1020012032-0*, juiz Mário Romano Maggioni. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portao/jurisprudencia/consulta-dejurisprudencia/>>. Acesso em: 15 de fev.2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Atualizado por Tania da Silva Pereira v. 5. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense 2007.

ROSSI, Júlio César; ROSSI, Maria Paula Cassone. *Direito Civil*:

Responsabilidade Civil. v.6. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVEIRA, Gomercindo Tadeu. Da constitucionalização do direito de família. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14248/000660277.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 ago. 2016. A Lei 11.441/07 acrescentou o art. 1.124-A ao Código de Processo Civil.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. v. 4. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito Civil: responsabilidade civil*. v.7. São Paulo: Saraiva, 2011.

# A dignidade da pessoa humana e as internações compulsórias determinadas pelo Judiciário

*The dignity of the human person and the compulsory hospitalizations determined by the Judiciary*

Wanderlei José dos Reis<sup>1</sup>

## RESUMO

Os efeitos mentais causados pela dependência química são devastadores, podendo colocar o toxicômano em situação de risco para si e para terceiros devido ao alto grau de dependência, e, diante disto, o Estado pode, por meio do Poder Judiciário, lançar mão de medida que, apesar de extrema, tem por fim preservar a saúde do usuário, bem como sua vida e dignidade humana e, por consequência, a paz social, qual seja, a internação compulsória prevista na Lei n.º 10.216/01.

## PALAVRAS-CHAVE

Poder Judiciário; dependência química; transtornos mentais; internação compulsória; autonomia de vontade; dignidade da pessoa humana.

## ABSTRACT

*The mental effects caused by drug addiction are devastating and can put the drug addict at risk to themselves and to others due to the high degree of dependence, and, before that, the State may, through the judiciary, to make use of as although extreme, is intended to preserve the health of the user, as well as his life and human dignity and, consequently, social peace, which is the compulsory hospitalization under Law n.º 10.216/01.*

## KEYWORDS

*Judicial Power; chemical dependency; mental disorders; compulsory hospitalization; autonomy of will; dignity of human person.*

<sup>1</sup> Juiz Titular da 1ª Vara Especializada de Família e Sucessões e da 46ª Zona Eleitoral em Rondonópolis-MT. Mestre em Direito Constitucional, Doutor e Pós-doutor em Direito, MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio, escritor, professor, palestrante, conferencista e doutrinador. Graduado em Ciências e Matemática (com ênfase em informática), Especialista em Educação, Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito Público Avançado, Direito Processual Civil Avançado, Direito Tributário e Processo Tributário. Especializando em Direito Eleitoral, Direito Administrativo e Direito Penal e Processo Penal. Membro Vitalício da Academia Mato-grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-grossense de Magistrados (AMA).

## Considerações iniciais

Os direitos fundamentais devem ser considerados verdadeira meta da limitação jurídica do Estado e o conteúdo essencial do Estado de Direito deve residir no reconhecimento desta esfera de autonomia onde os indivíduos são titulares de direitos subjetivos, oponíveis a terceiros e ao Estado<sup>2</sup>.

Na mesma esteira, o doutrinador português também destaca que a consagração constitucional dos direitos fundamentais teria sido a limitação de todos os poderes do Estado acompanhada do reconhecimento da supremacia da Constituição em relação ao Poder Legislativo ordinário<sup>3</sup>. Os direitos fundamentais assumiram, então, o caráter de direitos contra o Estado, de garantias da autonomia individual contrária às invasões do soberano<sup>4</sup>.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 recebeu o nome de Constituição Cidadã ao atribuir aos direitos e garantias individuais do homem o caráter de fundamentais – além de serem cláusula pétrea –, situando-os, inclusive, no início do texto constitucional, 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, entre outros, conforme a leitura do art. 5º, caput, e dos seus 78 incisos.

Contudo, segundo a advertência explícita do § 2º do aludido artigo, os direitos e garantias previstos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais.

Sob uma perspectiva dogmático-jurídica e devido ao seu conteúdo, podem ser entendidos também por direitos fundamentais outros postulados com rótulo diferente na Carta Magna, a exemplo

---

2 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 76.

3 *Ibidem*, p. 77-78.

4 Em outra obra, onde Novais também trata dos direitos fundamentais, explora suas dimensões objetiva e subjetiva e os denomina de direitos de liberdade, distinguindo-os dos direitos sociais (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 49).

dos direitos sociais estampados no art. 6º, *caput*, como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, bem como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, CF), haja vista que são inerentes à própria existência do ser humano.

Além disso, o legislador conferiu a estes postulados constitucionais – direitos fundamentais – aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF), cláusula esta que deve ser observada pelos órgãos estatais, bem como afastou qualquer forma de supressão por parte do poder constitucional derivado ou reformador (art. 60, § 4º, CF), mantendo hígdas a identidade e a continuidade da Lei Maior.

Enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais tutelam a esfera de liberdade individual do cidadão contra intervenção indevida do Estado e de particulares que venham a restringir o pleno gozo do seu direito de liberdade.

Neste contexto, é importante fazer uma breve reflexão sobre a legalidade do tratamento de dependentes químicos por meio das internações compulsórias determinadas pelo Poder Judiciário à luz do ordenamento jurídico vigente, em especial da Lei n.º 10.216/01 e da Constituição Federal, sem olvidar jamais dos princípios e valores que são inerentes ao ser humano.

## Análise do tema

Sob a ótica constitucional, releva notar que o Estado Democrático de Direito gravita em torno do princípio da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais, estando incluídos nos direitos fundamentais a liberdade, a igualdade e o mínimo existencial que devem ser realizados pelo Legislativo, Executivo e Judiciário na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

A dignidade da pessoa humana, considerada como o centro do constitucionalismo moderno, quando relacionada com os Poderes Públicos, impõe que estes tracem sua atuação calcada por tal postulado, não praticando qualquer ato que importe na sua ofensa e interpretem

toda e qualquer norma sem se descurar do homem enquanto núcleo do constitucionalismo. Dessa forma, dignidade da pessoa humana não significa somente autonomia da vontade, mas implica, sobretudo, respeito por todos e principalmente pelos entes estatais.

De outro giro, é de conhecimento público que o problema das drogas aflige a sociedade de maneira geral, na medida em que reduz sensivelmente o discernimento dos usuários – tanto homens quanto mulheres, jovens ou adultos, pobres ou abastados –, podendo desencadear problemas graves de ordem mental e a prática de pequenos delitos ou até crimes graves, tudo com o objetivo de sustentar o vício, representando assim perigo tanto para o próprio toxicômano como para terceiros.

O uso de drogas ilícitas, assim como o consumo de drogas lícitas, como a bebida alcoólica e o cigarro, foi considerado, já há bastante tempo, uma patologia psíquica, sendo, inclusive, catalogada na Classificação Internacional de Doenças (CID – 10/F19), tendo em vista que subtrai do adicto a capacidade de escolher entre continuar ou não usando a substância entorpecente, colocando-o em situação de total dependência física e psicológica.

Com efeito, o que se tem hoje veiculado pela mídia, infelizmente, é a proliferação das chamadas “cracolândias” (o local em que viciados em crack compram e consomem a droga). Nestes locais, assim como em outros, pessoas de todas as idades consomem drogas em plena luz do dia e em condições degradantes, deixando de lado família, trabalho, amigos e até a própria dignidade, sendo vistos por parte da sociedade como indigentes ou irrecuperáveis.

Nesses casos tem-se que o tratamento somático e psicossocial, se bem planejado, estruturado e executado, no âmbito doméstico ou ambulatorial, seria capaz de prevenir e coibir o uso de drogas, trabalhar a ansiedade, orientar sobre eventuais recaídas e recuperar pessoas, mas, a internação compulsória/judicial é, em muitos casos, evocada pela família como o primeiro, único ou derradeiro escape para a crise instaurada pelo comportamento desregrado de um de seus membros.

Assim, o legislador editou a Lei n.º 10.216, de 06 de abril de 2001, conhecida como “Lei da Reforma Psiquiátrica”, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, prevendo, dentre outras medidas, as internações compulsórias. Nesse sentido, o legislador estabeleceu no art. 4º da lei que as políticas públicas de prevenção continuam sendo regra e que a internação, em qualquer de suas modalidades, é exceção, só podendo ser recomendada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

No que toca às modalidades de internação psiquiátrica, realizadas somente mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos, estas são classificadas em três espécies: internação voluntária, quando há a aquiescência do usuário, sendo o seu término condicionado à solicitação do paciente; internação involuntária, aquela que se dá sem o consentimento do usuário, mas, a pedido de terceiro, podendo ser o familiar, o tutor, o cônjuge, um parente próximo ou o Ministério Público (art. 1.177, CPC); e a internação compulsória, aquela determinada pelo Poder Judiciário, depois de observadas as condições de segurança do estabelecimento quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários, devendo o mesmo procedimento ser observado no caso de alta.

Consabido que o direito à vida, *a priori*, deve preceder a qualquer outro, inclusive, aos da liberdade e autonomia de vontade, tal como alicerçado no *caput* do art. 5º do Pergaminho Político, haja vista que assegurado tal direito, em princípio, o ser humano poderá viver de forma digna e com liberdade.

Nesta ótica, à guisa de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 511.961-1/SP, de relatoria do Min. Ayres Britto, assentou que não há direitos absolutos e reconheceu a preponderância da liberdade de imprensa sobre o direito à intimidade e à vida privada, citando o preceito do art. 220, da Carta Magna, a respeito da comunicação social; e, em outra oportunidade, o Min. Joaquim Barbosa, ao analisar pedido de liminar impetrado em *habeas corpus* contra decisão de indeferimento de liminar proferida

n.º 253.818/SP, manejado no STJ, também vaticinou que não há direito absoluto, de modo que, havendo conflito entre dois princípios constitucionais resta ao juiz, valendo-se da proporcionalidade, fazer a ponderação entre eles no caso concreto.

Volvendo os olhos ao presente estudo, é possível concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana se constitui o núcleo essencial do direito à vida e, assim, deve prevalecer no caso de tratamento de jovens e adultos quando as circunstâncias exigirem a internação compulsória determinada pelo Poder Judiciário, atendendo ao verdadeiro espírito da Lei n.º 10.216/01, que é a recuperação e reinserção do usuário ao grupo social da forma menos danosa possível.

Entretanto, algumas vezes se insurgem quanto a este tipo de programa, sob o argumento de que o dependente químico só poderia ser internado com a sua concordância ou, sem esta, mas após a decretação de sua interdição judicial. Já outra vertente sustenta que obrigar o paciente a se submeter, contra a sua vontade, a um regime de enclausuramento institucional configuraria o ilícito penal de cárcere privado – verdadeira prisão.

A despeito das críticas, temos que essas posições não podem ser consideradas a partir de uma independência moral ou intelectual que os adictos não possuem, pois integra o próprio quadro da doença a recusa ao tratamento, e curvar-se a esta resistência redundaria em afronta a mais basilar das prerrogativas constitucionais, o direito à vida, pois ainda que se alegue que a internação compulsória é infrutífera, tal medida radical, em muitos casos, é o último recurso para aquele que vê o seu ente querido caminhar a passos largos para a autodestruição.

Assim, ao determinar a realização da internação compulsória de dependentes químicos para fins de tratamento com base na Lei n.º 10.216/01, o juiz não está a usurpar a competência médica e nem a tolher a liberdade do cidadão, mas tão somente agindo para dar eficácia aos princípios fundamentais garantidores da vida e da paz social, já que do magistrado, na condição de agente político que

ostenta, se espera não se eximir do seu compromisso constitucional e não ter uma postura alheia aos problemas sociais e políticos do País, já que tem a responsabilidade de julgar demandas judiciais caracterizadas, na maioria das vezes, por conflitos de interesses entre pessoas ou entre estas e o Estado, sendo que tais decisões hão de ser adequadas e céleres, atendendo às expectativas da população e ao verdadeiro ideal de justiça social.

### Considerações finais

Ao se constatar a crescente proliferação de cracolândias País afora, vê-se que os problemas causados pelas drogas refletem em todas as classes e segmentos sociais, atingindo a dignidade da pessoa humana, que constitui o ponto nevrálgico do direito à vida, principal bem jurídico tutelado na atual ordem constitucional, e, neste contexto, cabe ao Estado adotar medidas, ainda que extremas, para preservar a vida e os valores que regem a sociedade.

Não é de se olvidar que não há direito fundamental absoluto, devendo o seu exercício ser pautado por interesses maiores como, no caso da dependência química, a vida e a dignidade humana, com reflexos positivos para toda a coletividade.

Neste diapasão, o Poder Judiciário, uma vez provocado, deve dar uma resposta rápida ao jurisdicionado garantindo o efetivo cumprimento da Constituição e das leis no tocante à disponibilização de vagas para dependentes químicos em hospitais e clínicas especializadas, determinando que se garantam suas estruturas físicas e humanas para esse atendimento adequado e ordenando a internação compulsória – medida de salvaguarda de pessoas vulneráveis – quando houver indicação médica nesse sentido e se mostrar como única alternativa viável para a recuperação do dependente químico, que não consegue estabelecer um controle sobre a sua vontade, resguardando-se, assim, a sua dignidade humana e sua própria vida.

Além disso, ao lado das comunidades terapêuticas religiosas que realizam trabalhos nessa seara, registre-se que é indispensável

que se tenha uma estratégia de enfrentamento da questão por parte, sobretudo, do Poder Executivo, pela prevenção e conscientização dos jovens, a fim de se cumprir fielmente a legislação, bem servir à sociedade e cortar o mal pela raiz.

Assim, sempre haverá grandes desafios a serem superados nessa área, pois a questão das drogas não atinge só o adicto, mas também a família e toda a sociedade – problema coletivo e que não é novo para o Estado. Por isso, o Estado e a própria sociedade precisam apostar cada vez mais na educação e na prevenção, sendo, neste sentido, louvável a atuação de juízes, não só criminais, que, no âmbito de sua jurisdição, ministram palestras e realizam campanhas de prevenção e conscientização quanto ao uso de drogas.

## Referências

FRANCO JÚNIOR, Raul de Melo. Internação compulsória para tratamento de alcoólatras e dependentes químicos. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16, MI43263,71043-Internacao+compulsoria+para+tratamento+de+alcooolatras+e+dependentes>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e os seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NOTA DE REPÚDIO AO ANÚNCIO DE INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA E COMPULSÓRIA NO ESTADO DE SÃO PAULO. *Conselho Regional de Serviço Social*. Disponível em: <<http://www.cresspr.org.br/noticias/nota-de-repudio-ao-anuncio-de-aco-es-de-internacao-involuntaria-e-compulsoria-no-estado-de-sao-paulo/>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. A legalidade da internação compulsória de viciados em droga. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www>>

migalhas.com.br/dePeso/16, MI171217,91041-A+legalidade+da+internacao+compulsoria+de+viciados+em+droga>. Acesso em: 12 mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para o balanço aos 21 anos da Constituição Federal de 1988*. STF. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencaPublicaSaude/ane xo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencaPublicaSaude/ane xo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

SBANO, Antônio. Internação compulsória de viciados, prisão ilegal ou proteção? *Anamages*. Disponível em: <<http://anamages.org.br/web/artigos/internacao-compulsoria-de-viciados-prisao-ilegal-ou-protecao/>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SUPREMO CONCEDE HABEAS CORPUS EM LIMINAR CONTRA STJ. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-02/supremo-tribunal-federal-concede-habeas-corpus-liminar-stj>>. Acesso em: 23 ago. 2014.