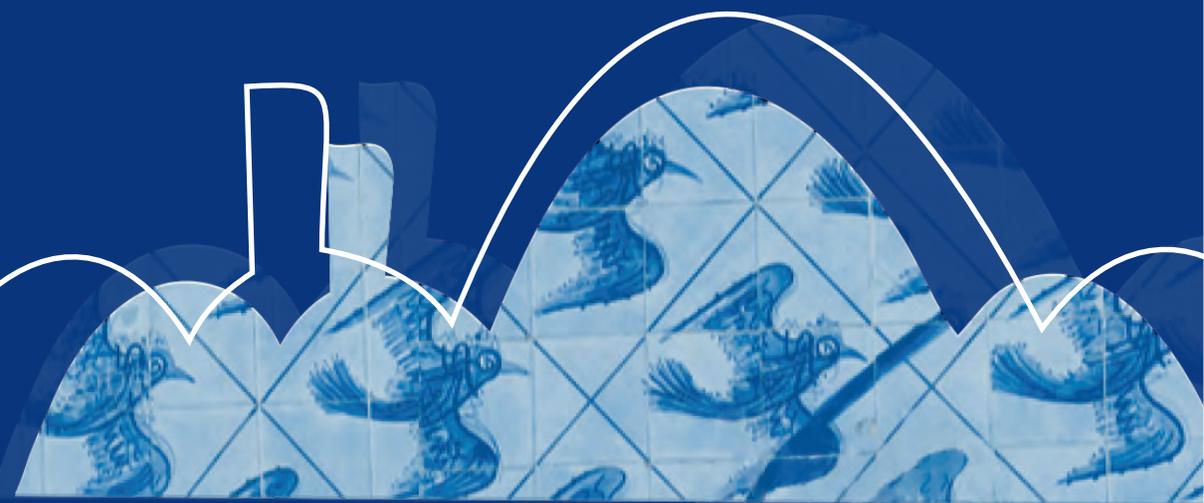


REVISTA DA  
DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DE  
MINAS GERAIS



N<sup>o</sup> 5

Vol. 4 N<sup>o</sup> 5 Maio de 2020 | ISSN 2675-360

**A Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais** é um veículo de divulgação do conhecimento científico jurídico, de responsabilidade da Defensoria Pública-Geral, voltado para disseminar pesquisas relacionadas com os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública.

Sua missão consiste em fomentar e divulgar a produção em Direito no Brasil, contribuindo para a construção de uma esfera acadêmica de excelência, plural e democrática.

O foco temático da publicação é marcado pela análise crítica de questões de repercussão no meio social, político, econômico e jurídico e pela exposição de diferentes pontos de vista sobre temas que possam contribuir para atenuar a vulnerabilidade de grupos sociais.



REVISTA DA  
DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DE  
MINAS GERAIS

Maio 2020  
Belo Horizonte - MG  
ISSN 2675-360X

## **DPMG – Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais**

Rua Guajajaras, 1707, Barro Preto  
30180-099 – Belo Horizonte, MG  
Telefone: 31 3526-0310 | [www.defensoria.mg.def.br](http://www.defensoria.mg.def.br)

Defensor Público-Geral | Biênio 2020-2022 – Gério Patrocínio Soares

Subdefensora Pública-Geral – Marina Lage Pessoa da Costa

Corregedor-Geral | Biênio 2020-2022 – Galeno Gomes Siqueira

Conselho Superior

Membros natos: Defensor Público-Geral Gério Patrocínio Soares (Presidente), Subdefensora Pública-Geral Marina Lage Pessoa da Costa, Corregedor-Geral Galeno Gomes Siqueira

Membros eleitos | Biênio 2019-2021: defensores(as) públicos(as) Gustavo Francisco Dayrell de Magalhães Santos, Heitor Teixeira Lanzillotta Baldez, Liliana Soares Martins Fonseca, Andréa Abritta Garzon, Guilherme Rocha de Freitas (secretário) e Luiz Roberto Costa Russo

## **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais**

ISSN 2675-360X

Realização: Defensoria Pública-Geral do Estado de Minas Gerais

Editor-chefe: Cirilo Augusto Vargas

Editor-chefe adjunto: Cláudio Miranda Pagano

Secretário: Marcelo Paes Ferreira da Silva

Conselho Editorial: Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira; Carlos Henrique Soares; Christiano Rodrigo Gomes de Freitas; Daniel Firmato de Almeida Glória; Emílio Peluso Neder Meyer; Fernando Gonzaga Jayme; Juliana de Carvalho Bastone; Luciano Santos Lopes; Marcelo Veiga Franco; Paulo Adyr Dias do Amaral; Renata Christiana Vieira Maia; Renata Furtado de Barros; Renata Martins de Souza; Rodrigo Iennaco de Moraes

Editora assistente / Direção de arte: Lúcia Helena de Assis (*designer* de comunicação – Ascom/DPMG)

Capa / Projeto gráfico: Rafaela Freitas (estagiária)

Produção gráfica, pré-impressão, impressão, acabamento, embalagem e etiquetagem:  
Global Print Editora Gráfica

Revisão: Rita Lopes

Diagramação: Cláudia Barcellos

Cartas à redação: [revista.def@defensoria.mg.def.br](mailto:revista.def@defensoria.mg.def.br)

Os artigos assinados não refletem, necessariamente, a opinião da Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, sendo seu conteúdo de responsabilidade de seus autores.

Permitida a reprodução parcial e integral desde que citada a fonte.



# APRESENTAÇÃO

---

No momento histórico compreendido entre a Era Vargas e a Ditadura Militar – período qualificado como democrático – o Professor Hélio Tornaghi publicou suas *Instituições de processo penal*, magnífica obra jurídica, erudita e inovadora. Na introdução do primeiro volume, ele escreveu:

*Uma das mais claras realidades do nosso tempo é a crise em que o mundo se debate.*

*É manifesto que a Humanidade, mais enferma que culpada, se encontra num cruzamento e, pior que isso, à beira do abismo.*

*Os sintomas da doença que atingem as sociedades estão à vista de todos: diferenças ideológicas, dificuldades econômicas, incompreensão entre os homens, radicalismo, luta, inclusive a luta armada.*

*O mundo partiu-se em dois, para não falar nas inúmeras pequenas frações em que se divide cada um dos hemisférios político-sociais.*

*Profetas de uma nova ordem prometem a redenção na ponta das espadas.*

*Os novos apóstolos substituíram os livros sagrados pelas carabinas.*

*Qual a origem desse estado de cousas?*

Estivesse o Professor Tornaghi entre nós talvez fosse tomado pelo desalento ao constatar a atualidade da sua análise, feita em 1959. E a indagação que ele formulou permanece em aberto. Nenhum douto seria capaz de prever que em plena era da informação tantas pessoas se tomariam de entusiasmo pelo conhecimento baseado na superstição, na credice e na valorização do “saber marginal”, avesso ao contraponto e à refutação.

Meios tecnológicos que derrubaram fronteiras físicas e permitiram a conexão entre povos geograficamente incomunicáveis não impediram o recrudescimento da intolerância e do repúdio à alteridade. Em paralelo à insuperável luta de classes e à competição internacional por hegemonia geopolítica, cresce a aversão ao saber. Ou, melhor dizendo, ao saber científico. *Qual a origem desse estado de cousas?*

Quando pseudopensadores de verniz esotérico perderam a vergonha de vir a lume negar a importância dos direitos humanos e os benefícios das vacinas (até mesmo, quem diria, a forma esférica da Terra!), a mais grave crise sanitária, desde a gripe espanhola, se abateu sobre nós. Economias se fecharam, acusações foram trocadas e uma recessão de proporções desconhecidas se avizinha. Não se faz necessário brilhantismo para antever quem serão os maiores prejudicados pela pandemia.

Em tempos difíceis é preciso acreditar nas instituições. Depois da travessia, elas permanecem e organizam a sociedade. A aposta da Defensoria Pública, como política pública de inclusão e instituição de estado, sempre foi no ser humano e naquilo que dele resulta de mais positivo: a democracia, a solidariedade e o saber oriundo da dúvida e do diálogo.

Tempos difíceis marcam a publicação da 5ª edição da Revista da Defensoria Pública de Minas Gerais, em sua virada para a divulgação exclusiva do saber acadêmico, com necessária repercussão prática para melhoria da nossa atividade.

Os artigos que compõem este volume foram selecionados por rigoroso processo editorial. Abarcam as mais diversas áreas da ciência jurídica e, o mais importante, são provenientes de pessoas que compartilham pontos de vista distintos, fomentando o debate e a pluralidade, elementos que norteiam a atuação da Defensoria Pública mineira.

Que este trabalho seja de grande valia. E que possamos sair o mais rápido possível da crise, como pessoas melhores. Este é o nosso desejo sincero.

Belo Horizonte, 30 de abril de 2020.

**Cirilo Augusto Vargas**

Defensor Público

Editor-chefe da Revista da DPMG

# SUMÁRIO

---

<b>ARTIGO I – A atuação da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública .....</b>	<b>7</b>
---	----------

ADOLFO FILGUEIRAS ETIENNE

<b>ARTIGO II – A dissimulação do confronto e a íntima convicção dos jurados: um regozijo para acusações temerárias .....</b>	<b>21</b>
--	-----------

MARIANA BRITO LIMPO DA CUNHA E SILVA FERREIRA PAUZEIR

<b>ARTIGO III – A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal .....</b>	<b>43</b>
--	-----------

FLÁVIO DA SILVA ANDRADE

<b>ARTIGO IV – A reconstrução do conceito clássico de jurisdição civil: do pós-positivismo jurídico à implantação de um sistema normativo de precedentes judiciais .....</b>	<b>65</b>
--	-----------

PEDRO AUGUSTO SILVEIRA FREITAS

<b>ARTIGO V – A tridimensionalidade da crise do Processo Penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual .....</b>	<b>85</b>
---	-----------

AURY LOPES JÚNIOR

<b>ARTIGO VI – Adoção, perda de uma chance e abandono estatal .....</b>	<b>121</b>
---	------------

BRUNA LYRA DUQUE

<b>ARTIGO VII – As pessoas com deficiência enquanto necessitadas constitucionais: a tutela do vulnerável e os efeitos sucessório-patrimoniais da união estável .....</b>	<b>137</b>
--	------------

MAURÍLIO CASAS MAIA

---

<b>ARTIGO VIII – Lacrar: um sucesso ou um desastre acadêmico? .....</b>	<b>163</b>
CAMILA CORTES REZENDE SILVEIRA DANTAS	
<b>ARTIGO IX – O divórcio impositivo como instrumento de pacificação social e desburocratização da dissolução da conjugalidade .....</b>	<b>175</b>
GABRIELA REGINA SILVA AGUIAR	
<b>ARTIGO X – O martelo Moro: a “Operação Lava Jato” e o surgimento dos juízes <i>partisans</i> no Brasil .....</b>	<b>195</b>
MATHEUS FELIPE DE CASTRO	
<b>ARTIGO XI – Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama .....</b>	<b>221</b>
MARCOS DESSAUNE	
<b>ARTIGO XII – Da decisão-surpresa no processo civil .....</b>	<b>235</b>
FERNANDO GONZAGA JAYME RENATA CHRISTIANA VIEIRA MAIA CIRILO AUGUSTO VARGAS	
<b>ARTIGO XIII – As novas modalidades de produção antecipada da prova do código de processo civil de 2015: o <i>discovery</i> “à brasileira” .....</b>	<b>259</b>
GLÁUCIO MACIEL GONÇALVES MARCELO VEIGA FRANCO	
<b>ARTIGO XIV – Reflexões sobre a racionalidade normativa do suicídio assistido no direito brasileiro .....</b>	<b>277</b>
MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ DIOGO LUNA MOUREIRA	

## ARTIGO I

# A atuação da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

*The action of the Public Defense Office in the Civil Special Courts and in the Special Courts of the Public Treasury*

---

ADOLFO FILGUEIRAS ETIENNE

*Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Titular da Defensoria Pública do 2º Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca da Capital. adolfoetienne@hotmail.com*

**Resumo:** Este artigo busca aprofundar os estudos sobre a atuação da Defensoria Pública junto aos Juizados Especiais Cíveis e aos Juizados Especiais da Fazenda Pública. A Defensoria Pública atua nos Juizados de forma típica e atípica. Na atuação típica, a atividade da Defensoria Pública é ampla, abrangendo desde a elaboração da inicial até a efetivação do direito do hipossuficiente econômico. Na atuação atípica, a atividade da Defensoria Pública é mais restrita, limitando-se a atuar após a propositura da demanda, não abarcando a esfera recursal e as ações autônomas de impugnação, à exceção da apresentação das contrarrazões. Os pressupostos para a atuação atípica são: a) não ser o valor da causa superior a 20 salários mínimos; b) estar a parte contrária com advogado ou ser pessoa jurídica ou firma individual; c) ter a parte contrária se manifestado nos autos.

**Palavras-chave:** Juizados; Defensoria; Atuação típica e atípica.

**Abstract:** This article seeks to deepen the studies on the performance of the Public Defender's Office with the Special Civil Courts and the Special Courts of the Public Treasury. The Public Defender acts in the Courts in a typical and atypical way. In the typical course of action, the Public Defender's activity is broad, ranging from the preparation of the initial to the effective economic right. In the atypical activity, the Public Defender's activity is more restricted, being limited to acting after the demand, not covering the recusal sphere and autonomous actions of impugnation, except for the presentation of the counter-arguments. The assumptions for atypical performance are: a) not the value of the cause higher

than 20 minimum wages; b) be the opposite party with a lawyer, or be a legal entity or individual firm; c) have the opposing party appear in the file.

**Keywords:** *Special Courts; Public Defense Office; Typical and atypical performance.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Acesso à justiça, Juizados Especiais e Defensoria Pública; 3. A atuação típica ou tendencialmente individualista da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública; 4. A atuação atípica ou tendencialmente solidarista da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública; 5. Pressupostos e abrangência da atuação atípica da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública; 6. Conclusão; 7. Referências.

## 1. Introdução

A Defensoria Pública atua junto aos mais diversos órgãos jurisdicionais, podendo suas funções ser exercidas de forma típica ou atípica. Neste artigo será feita, então, a análise da atuação típica e atípica da Defensoria Pública junto aos Juizados Especiais Cíveis e aos da Fazenda Pública<sup>1</sup>.

A doutrina institucional já se debruçou sobre o tema, mas ainda assim restam alguns tópicos que merecem aprofundamento. A discussão não é tão simples quanto parece, pois envolve determinar se a Defensoria pode atuar de forma atípica e quais os pressupostos e a abrangência dessa atuação.

Com relação à função típica, temas ligados à atividade junto aos Juizados também devem ser explorados, já que no cotidiano, por vezes, podem surgir questões referentes à atuação ou não da Defensoria Pública quando inexistente a necessidade de advogado.

Este estudo busca, assim, fazer considerações sobre o assunto, bem como fomentar maiores estudos sobre a atuação da Defensoria Pública nos Juizados, para que existam regras claras sobre as hipóteses de atuação.

## 2. Acesso à Justiça, Juizados Especiais e Defensoria Pública

O fundamento de existência dos Juizados, assim como o da Defensoria Pública, é o mesmo, ou seja, o acesso à justiça. Sobre esse assunto, vale discorrer

---

<sup>1</sup> Aplicam-se ao regime jurídico dos Juizados Especiais da Fazenda Pública as mesmas regras dos Juizados Especiais Cíveis, salvo o que tiver disciplina diversa na Lei 12.153/09, que disciplina os Juizados Fazendários. Sendo assim, será feita menção ao Juizado Fazendário tão somente no que divergir do regime jurídico dos Juizados Cíveis.

a respeito do movimento de acesso à justiça, que foi dividido em três ondas. A primeira, destinada a eliminar as barreiras existentes em relação às pessoas pobres, preconiza a isenção do pagamento de custas judiciais, bem como o patrocínio gratuito de suas causas, o que foi atingido no Brasil com a criação da Defensoria Pública e da gratuidade de justiça.

A segunda onda diz respeito ao acesso à justiça dos direitos coletivos *lato sensu*, sendo no Brasil tal papel cumprido com a lei de ação popular, de ação civil pública e de improbidade administrativa.

A terceira onda refere-se ao acesso à justiça das pequenas causas, ou seja, aquelas que pelo seu pequeno valor ou baixa complexidade, comparando-se com os custos inerentes ao processo e a sua longa duração, acabam por ter esse acesso inviabilizado. Como é de sabença, o processo ordinário é extremamente custoso, implicando no pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios, além de moroso. Assim, por vezes, o valor do dano é inferior ao valor das custas e honorários ou, caso superior, não o suficiente para que seja vantajoso para a parte pagar os referidos valores. Além disso, o fator tempo é um grande desestimulante para as pequenas causas, pois em razão daquele ser extremamente longo no procedimento ordinário, as pessoas costumam absorver o prejuízo, pois o valor ganho com a demanda não compensaria a perda de tempo com o processo.

Objetivando sanar a terceira onda, foram instituídos os Juizados Especiais, destinados às pequenas causas e causas de baixa complexidade. Rompendo o fator de desestímulo referente à onerosidade da justiça, foram previstas a ausência do pagamento de custas no primeiro grau e a ausência de necessidade de advogado para o patrocínio das causas de valor até 20 salários mínimos. E com relação ao fator tempo, previu-se um rito célere, bem como alternativas de composição, tais como a arbitragem e a conciliação, de modo a dar mais rapidez ao processo.

A importância dos Juizados Especiais é tão grande, que eles têm previsão constitucional no art. 98, inc. I, da CF/1988. Por outro lado, a LC 80/94 previu expressamente a atuação da Defensoria Pública junto aos Juizados Especiais – art. 4º, inc. XIX –, deixando clara a sua importância e o dever de efetiva atuação dos Defensores junto a eles. Isso é mais do que normal, principalmente se for considerada a origem de ambos, já que são calcados no mesmo movimento, ou seja, o acesso à justiça, o que implica em grande afinidade de objetivos.

### 3. Atuação típica ou tendencialmente individualista da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública

As funções típicas da Defensoria Pública, também chamadas de tendencialmente individualistas, englobam aquelas funções nas quais o destinatário dos serviços é pessoa pobre de recursos financeiros.

É incumbência da Defensoria Pública a defesa dos necessitados em todas as esferas judiciais e administrativas, não podendo essa atuação deixar de existir nos Juizados Especiais. Aliás, como já salientado no tópico anterior, existe previsão expressa na Lei Orgânica sobre a atuação nesse órgão jurisdicional.

Assim, a Defensoria tem por incumbência elaborar as petições iniciais das pessoas pobres, sendo vedado ao defensor público, verificando que se trata de causa de competência dos Juizados Especiais, e com valor até 20 salários mínimos, encaminhar o assistido para o atendimento pelo cartório do Juizados.

Conforme previsto na Lei 9.099/95, no art. 14, § 3º, cabe à secretária dos Juizados, caso a parte compareça sem petição já elaborada, reduzir por escrito suas alegações, ou seja, elaborar uma petição inicial. Essa atribuição é restrita tão somente às causas de até 20 salários mínimos, já que além desse teto a assistência de advogado ou defensor público é obrigatória. Obviamente, as petições elaboradas pela secretaria do cartório são bem simples e com qualidade muito inferior às provenientes da Defensoria Pública ou de advogados, pois como dito, a obrigação do cartório é tão somente reduzir por escrito as alegações orais. Ademais, os funcionários que desempenham tais funções não precisam ser bacharéis em Direito.

Dessa forma, verifica-se claramente que é muito melhor para o assistido ser atendido pelo defensor público do que pela secretaria do Juizado. Além disso, ir diretamente à secretária do Juizado, ou à Defensoria Pública, é uma escolha do assistido. Se ele preferiu ir à Defensoria Pública, deve esta atendê-lo, e não o remeter à secretária do Juizado para elaboração da petição inicial.

O direito aos serviços da Defensoria Pública nos Juizados engloba todas as fases, inclusive a de elaboração da inicial, que certamente é uma das mais importantes.

Da mesma forma, comparecendo um assistido pobre, citado em processo judicial, em causa que tenha o limite de até 20 salários mínimos, perante a Defensoria, não pode o defensor alegar que não há necessidade de advogado e que não o irá atender. Pelo contrário, deve o defensor prestar toda a assessoria jurídica e elaborar a sua defesa. Evidentemente, nessas causas, o

réu pode realmente comparecer sem advogado, e suas alegações, ou seja, suas contestações, serão reduzidas a termo no momento da audiência, se ele não as tiver levado por escrito.

Contudo, é direito da pessoa hipossuficiente economicamente ser atendida pela Defensoria Pública, e por essa razão, cabe a ela escolher se será patrocinada pela Defensoria Pública ou se irá exercer sozinha a sua defesa. Não cabe ao defensor negar o atendimento. Obviamente, uma defesa com a Defensoria Pública será muito mais técnica e efetiva do que a defesa pessoal exercida pela parte.

Deve ser ressaltado também, por mais óbvio que possa parecer, que no art. 9º, da Lei 9.099/95, resta claramente previsto que, nas causas de até 20 salários mínimos, a assistência por advogado é facultativa, e não vedada, ou seja, não há qualquer impedimento legal para a atuação da Defensoria Pública nesses casos.

Assim como na elaboração da inicial, e da contestação, cabe ao defensor atuar nas causas de até 20 salários mínimos em todos os atos do processo, quais sejam, audiências, fase recursal, execução etc., sendo vedado o encaminhamento do assistido ao cartório do Juizado para que ele exerça diretamente sua pretensão.

Em relação às causas acima de 20 salários mínimos e até 40 salários mínimos, a representação por parte de advogado ou defensor público é obrigatória. Assim, nessas hipóteses, com mais razão ainda é vedado ao defensor encaminhar a parte para o cartório, sendo que tal providência, inclusive, será inócua. Nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, a faixa em que é exigível advogado é a estabelecida entre os 20 salários mínimos até 60 salários mínimos<sup>2</sup>.

Deve ser salientado também que, no caso dos Juizados Cíveis, a competência é concorrente em relação às varas cíveis. Portanto, nesse caso deve o defensor explicar as vantagens e desvantagens da propositura de demandar em um ou outro órgão judicial e deixar o assistido escolher o que ele entende como mais interessante. Essa decisão não cabe ao defensor público. Cabe a ele unicamente dar a orientação, mas não decidir.

Essa opção não cabe nos Juizados da Fazenda Pública, pois nestes a competência é absoluta, ou seja, não tem a parte a facultatividade de ajuizar a demanda nos Juizados Fazendários ou na Vara Fazendária.

Por fim, cabe salientar que comparecendo em audiência a parte sem advogado, sem que tenha comparecido antes à Defensoria Pública para

---

<sup>2</sup> ENUNCIADO 14 – A obrigação de assistência por advogado, nas causas de valor superior a vinte salários mínimos, nos termos do art. 9.º, *caput*, da Lei 9.099/1995, aplica-se ao Juizado Especial da Fazenda Pública (44º Encontro – Rio de Janeiro – RJ, FONAJE).

constituí-la para a sua defesa, não pode o conciliador, juiz leigo ou togado simplesmente nomear o defensor no meio da audiência para exercer a defesa.

A defesa nos Juizados não é obrigatória, à semelhança do que ocorre no âmbito criminal. Se o assistido não procurou a Defensoria Pública e quis comparecer sozinho, a audiência deve prosseguir nesses termos, e se por acaso a causa for superior a 20 salários, quando então existe a necessidade de advogado, sendo aquele a parte ré, deve ser aplicada à revelia.

Não é correto que o defensor tenha de elaborar a defesa no momento da audiência, o que evidentemente irá prejudicar a qualidade da atuação. Além disso, o fato é que a parte que não foi procurar a Defensoria, caso fosse defendida no momento da audiência, estaria burlando todas as regras de atendimento e agendamento, o que todos os demais cumprem para ser atendidos. Por fim, o exame da questão financeira também pode restar prejudicado, dada a exiguidade de tempo para análise.

Deve ser salientado que, passada a audiência, não existe qualquer impeditivo para que a parte, caso compareça à Defensoria Pública, seja defendida pela instituição para os demais atos do processo.

#### **4. A atuação atípica ou tendencialmente solidarista da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública**

Grande controvérsia existe na doutrina a respeito da natureza jurídica da atuação da Defensoria Pública nos Juizados Cíveis. Ou seja, se ela dependeria da hipossuficiência financeira ou se bastaria a hipossuficiência jurídica. Isso porque o art. 9º, §1º, da Lei 9.099/95, prevê que caso uma das partes compareça com advogado, ou se a parte ré for pessoa jurídica ou firma individual, a outra terá direito à assistência judiciária gratuita a ser prestada por órgão a ser instituído junto ao Juizado.

Ou seja, resta claro que a referida assistência judiciária é prestada independentemente da condição financeira da parte. Por outro lado, resta prevista a instituição de um órgão incumbido do serviço de assistência judiciária. A questão colocada é então a seguinte: seria este órgão a Defensoria ou o Estado deveria criar outra instituição, semelhante à Defensoria Pública para atuar nesses casos?

Parte da doutrina entende que a Defensoria somente poderia atuar nos Juizados caso a parte seja carente de recursos (MARTINS, 2003, p. 88). Daí

conclui-se que para a parte com recursos o Estado deveria criar o respectivo órgão, como determina a Lei.

Contudo, o melhor entendimento deve ser o de que a Defensoria Pública pode atuar também nos Juizados de modo atípico, ou seja, o órgão de assistência judiciária mencionado na Lei 9.099/95 é a Defensoria Pública, não cabendo a criação de outro órgão público para este objetivo (SILVA; ESTEVES, 2018, p. 481).

Nesse sentido, deve ser citado o posicionamento de Alexandre Freitas Câmara, que entende que a atuação da Defensoria Pública se dá independentemente da condição econômica, pois na verdade trata-se de hipossuficiência jurídica, fundamentada no acesso à justiça que deve ser dado às pequenas causas:

Em segundo lugar, é preciso ter claro que o patrocínio gratuito por advogado nas causas até vinte salários-mínimos não é um direito apenas daqueles que não podem custear os serviços desse profissional. Não se trata, aqui, de assistência judiciária gratuita ao hipossuficiente econômico. Aqui se trata de prestar assistência judiciária gratuita ao hipossuficiente jurídico. Sendo a causa de pequeno valor econômico, exigir-se a presença de um advogado remunerado implicaria em verdadeiro obstáculo ao acesso à justiça. Ora, se o acesso à justiça é garantia fundamental, consagrada na Constituição da República, é dever do Estado assegurá-lo. Sendo assim, caberá ao Estado assegurar a presença de um profissional habilitado, advogado ou defensor público, que atuará na defesa dos interesses da parte sem que ela incida qualquer obrigação de remunerar o serviço que lhe será prestado. A remuneração do advogado ou do defensor público ficará, evidentemente, a cargo do Estado, que assim estará dando cumprimento ao seu dever jurídico de proporcionar acesso à justiça (CÂMARA, 2010, p. 59-60).

Somente deve ser feita uma anotação à referida transcrição, que é a referência ao advogado como possível prestador do serviço de assistência jurídica ao hipossuficiente jurídico alternativamente ao defensor público. Esta alternativa referida no texto deve ser para os Estados onde não há Defensoria Pública, ou seja, nesses casos deve desempenhar a referida função o advogado nomeado ou conveniado à OAB.

No mesmo sentido, devem ser citadas as palavras de Felipe Borring Rocha:

Conforme assinalado na introdução deste livro, a principal motivação para a criação dos Juizados Especiais foi a implementação dos ideários ligados a busca pelo acesso à Justiça. Pois os mesmos ideais, especialmente aqueles

tratados na Primeira Onda Renovatória do Direito, serviram de inspiração para a criação da Defensoria Pública e sua inclusão no texto constitucional (art. 5º, LXXIV e 134 da CF). De modo que tanto a Defensoria Pública como os Juizados possuem a mesma base filosófica e jurídica. Por esta razão, a Lei Complementar nº 80/1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública), reformada em 2009, previu expressamente a atuação da Defensoria Pública junto aos Juizados Especiais (art. 4º, XIX). O art. 56 da Lei 9.099/1995, entretanto, mencionou apenas a criação de um “serviço de assistência judiciária gratuita”, sem mencionar a Defensoria Pública. Tal situação tem uma explicação histórica: o art. 56 repetiu literalmente o art. 54 da Lei nº 7.244/1984 (Lei dos Juizados de Pequenas Causas), que, por sua vez, foi redigido no início da década de 1980, período anterior à consolidação jurídica e política da Defensoria Pública em nosso País. Portanto, a interpretação constitucional, teleológica e sistemática do art. 56 leva à conclusão de que é a Defensoria Pública que deve atuar junto aos Juizados Especiais, prestando não apenas o serviço de assistência judiciária, mas também a assistência jurídica na seara das causas de menor repercussão. [...]

Importante lembrar, nesse passo, que a Defensoria Pública tem funções típicas (relacionadas à hipossuficiência econômica do interessado) e atípicas (independentemente da condição econômica dos interessados). A atuação em favor do réu criminal, da criança e do adolescente, do idoso, da mulher vítima de violência doméstica, dos direitos coletivos, dentre outros, são exemplos de atribuições que estão desvinculadas dos aspectos econômicos dos envolvidos. Por isso, a referência específica a atuação junto aos Juizados Especiais, prevista na Lei Orgânica da Defensoria Pública, nos afigura como mais uma função atípica deferida a essa Instituição. Aliás, se não fosse uma função atípica, a referência seria absolutamente desnecessária. Além disto, permitir que o autor ou o réu, mesmo que com condições econômicas, disponha da assistência jurídica da Defensoria Pública dos Juizados, além de promover o acesso a Justiça, afasta a existência de demandas economicamente indefensáveis. Por exemplo, se uma pessoa é processada por um suposto dano que causou, para se defender terá que constituir um advogado e remunerá-lo. De modo que, mesmo que ela saia vencedora, por não haver, em regra ônus sucumbenciais, todo o valor da remuneração do advogado terá que ser pago pelo cliente. Assim, se o pedido de indenização for inferior ao valor dos honorários advocatícios, temos que a demanda se torna economicamente indefensável. Essa situação permite que sejam propostas nos Juizados Especiais ações absolutamente temerárias, mas que, por seu baixo valor, não compensam serem contestadas. Por isso é tão importante a intervenção sem restrições da Defensoria Pública (ROCHA, 2012, p. 88-90).

Logo, resta claro que a Defensoria Pública também atua nos Juizados de forma atípica.

## **5. Pressupostos e abrangência da atuação atípica da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública**

Os pressupostos de atuação atípica da Defensoria Pública devem ser analisados a partir do art. 9º, §1º, da Lei 9.099/95. Segundo esse dispositivo, a parte terá direito à assistência judiciária (Defensoria Pública), quando a parte adversária estiver acompanhada de advogado ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual.

Verifica-se assim, primeiramente, dois pressupostos distintos de atuação atípica. Um primeiro, ligado ao fato de a parte adversária estar no processo defendida por advogado; e um segundo, que diz respeito à parte adversária ser pessoa jurídica ou firma individual. O terceiro requisito, pertinente ao valor da causa, será abordado mais adiante.

Assim, digamos que a parte autora, pessoa física, tenha proposto demanda em face de seu vizinho pessoa física, sem constituir advogado. Se no dia da audiência o réu comparecer à audiência com advogado, a parte autora terá o direito de constituir defensor público para a sua defesa, mesmo tendo ótima condição financeira. No entanto, se o réu, tal qual a parte autora, comparecer à audiência sem advogado, nenhum deles terá direito à assistência da Defensoria Pública.

Por outro lado, se o autor demanda por meio de advogado, o réu, mesmo não sendo hipossuficiente econômico, poderá constituir a Defensoria Pública para contestar e acompanhar a demanda.

Quando houver pessoa jurídica ou firma individual, é importante salientar que, mesmo que ela não esteja sendo defendida por advogado, como por exemplo nas causas de valor até 20 salários mínimos, a parte adversária terá o direito ao patrocínio pela Defensoria Pública. Nesse caso, a atuação atípica tem como pressuposto o fato de a parte adversária ser pessoa jurídica ou firma individual, ao contrário da primeira hipótese em que o pressuposto é a assistência por advogado.

Dessa forma, se uma pessoa física sem advogado propõe demanda em face de uma pessoa jurídica ou firma individual, e esta comparece à audiência também sem advogado, a pessoa física passa a ter direito ao patrocínio da Defensoria Pública. Note que esse direito somente é dado à pessoa física. A pessoa jurídica

ou firma individual que compareceu sem advogado assim permanecerá, não tendo direito à assistência do defensor público.

Outrossim, se a pessoa jurídica ou firma individual não comparece à audiência, gerando a revelia, a parte não tem direito à assistência da Defensoria Pública, pois esta tem como pressuposto o comparecimento da parte adversa, o que geraria o desequilíbrio de forças.

Contudo, se depois da audiência, na fase de execução por exemplo, a pessoa jurídica ou firma individual comece a se manifestar nos autos, passa a ter a parte autora também direito à assistência da Defensoria Pública, pois a menção à comparecimento feita no §1º, do art. 9º, da Lei dos Juizados Especiais, refere-se não somente ao comparecimento presencial, mas também à manifestação no processo.

Note que atualmente é possível que haja pessoa jurídica no polo ativo, conforme previsto no art. 8º, §1º, inc. II, da Lei dos Juizados. Logo, quando a pessoa jurídica for autora, e não constitua advogado, terá direito a parte ré pessoa física, mesmo que não seja pobre de recursos financeiros, à assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública.

Nos Juizados Fazendários sempre existirá pessoa jurídica no polo passivo, qual seja, a Fazenda Pública. Assim, via de regra, após a primeira manifestação ou comparecimento da Fazenda em juízo, já é possível a atuação da Defensoria Pública de forma atípica. Pode ser que a Fazenda seja revel e não se manifeste, e assim, não havendo “confronto”, não se instaura o pressuposto de atuação atípica da Defensoria. Contudo, a partir do momento em que a Fazenda passar a se manifestar, a parte adversária pessoa física terá direito à defesa por meio da Defensoria Pública, independentemente da sua condição financeira.

Existe ainda um terceiro requisito: que a causa objeto de atuação atípica da Defensoria Pública não seja superior a 20 salários mínimos. Conforme previsto na Lei 9.099/95, nessas causas a parte tem isenção de custas e de advogado para litigar em primeiro grau. Passando desse valor, este diploma legal passa a exigir advogado para as partes.

Como visto, a isenção das custas e a dispensa dos advogados têm por finalidade tornar viável o ajuizamento de causa de pequeno valor, pois caso o autor tivesse de arcar com esses gastos, a relação custo-benefício ficaria muito pequena, o que inibiria demandas desse tipo. Conforme aumenta o valor da causa, a relação custo-benefício melhora, então, por essa razão, a lei entendeu que a exigência de advogado não inviabilizaria a propositura das demandas entre 20 e 40 salários mínimos, mantendo tão somente a isenção das custas processuais.

Ou seja, resta claro que pela Lei, a partir de 20 salários mínimos, a parte deve arcar com os honorários do advogado. Vale dizer, a norma prevista no art. 9º, § 1º, da Lei 9.099/95, que disciplina a atuação atípica, somente é aplicável às demandas com valor da causa até 20 salários mínimos, hipótese em que a assistência jurídica é facultativa.

Ademais, o mencionado dispositivo legal é claro ao mencionar, logo em seu início, que a sua aplicação é restrita aos casos de assistência facultativa, ou seja, nas causas de até 20 salários mínimos.

Vistos os pressupostos da atuação atípica, segue-se a análise de seu campo de atuação. Primeiramente, a assistência judiciária prevista na Lei dos Juizados tem o seu campo restrito à fase posterior à distribuição da demanda. Ou seja, não tem direito à assistência jurídica da Defensoria Pública a pessoa que não é hipossuficiente econômico, na fase de elaboração da petição inicial.

A pessoa que tem condições financeiras, quando desejar ajuizar uma demanda, deverá constituir um advogado, caso sua causa seja superior a 20 salários mínimos, e caso seja inferior, se não desejar constituir advogado, pode peticionar por escrito elaborando por si mesma sua petição inicial, ou comparecer à sede do Juizado, onde suas alegações serão reduzidas por escrito.

Depois de distribuída a demanda, a parte já passa a ter direito à assistência jurídica, desde o momento em que a parte adversa se manifeste nos autos, ou compareça em audiência, e haja os três pressupostos da atuação atípica – parte adversa com advogado ou pessoa jurídica e o valor da causa de até 20 salários mínimos.

Essa atuação atípica ocorre em toda a fase de primeiro grau, ou seja, durante o processo de execução também. Contudo, na fase recursal a atuação atípica é mais restrita. Para recorrer nos Juizados Especiais, é necessário que seja feito o pagamento de custas, bem como o patrocínio por advogado ou defensor público. Verifica-se assim, que no caso de interposição de recursos, como por exemplo o recurso inominado, e o agravo de instrumento (no caso do Juizados Fazendários), e no caso de propositura de ações autônomas de impugnação como o mandado de segurança, a atuação atípica da Defensoria Pública não subsistirá, pois a lei adota regime diverso em segundo grau.

Assim, desejando a parte recorrer, e não sendo hipossuficiente, o defensor deve informar que não poderá mais atuar e que a mesma deverá procurar um advogado.

Isso ocorre porque a função primordial da Defensoria Pública na atuação atípica é assegurar a igualdade de condições, ou seja, o efetivo contraditório, o

que deve ser resguardado em âmbito recursal também. Ademais, a exigência de pagamento de custas e patrocínio por advogados em segundo grau visa justamente desestimular o recurso e valorizar a decisão de primeiro grau, o que não ocorre com as contrarrazões, que não são uma peça de impugnação da decisão de primeiro grau.

No sentido do texto, deve ser citado o posicionamento de Franklyn Roger Alves da Silva e Diogo Esteves, no que se refere à atuação da Defensoria Pública em segundo grau, senão vejamos:

No entanto, a interposição de recurso, nos termos do art. 54, parágrafo único, está condicionada ao preparo, salvo a hipótese de concessão de gratuidade de justiça. Por esta razão, a função da Defensoria Pública, no caso de patrocínio de um recurso, passa a ostentar caráter típico, relacionando-se à hipossuficiência da parte. [...]

Em relação à apresentação de contrarrazões, mais uma vez estamos diante de uma função atípica, uma vez que o microssistema dos Juizados Especiais não impõe a sucumbência ao recorrido, quando o mesmo resta vencido em fase recursal, o que justifica a permanência da atuação da Defensoria Pública (SILVA; ESTEVES, 2018, p.483).

Por fim, deve ser salientado que não cabe ao juiz nomear o defensor para defender alguém quando vislumbra a hipótese de atuação atípica. A atitude do juiz se limita a indagar a parte se a mesma tem interesse no patrocínio de sua causa pela Defensoria ou se prefere exercer pessoalmente a defesa de seu direito. Pode o juiz orientar, falar que talvez seja indicada a defesa técnica, mas em nenhuma hipótese pode haver nomeação de defensor.

A parte concordando expressamente com a sugestão do juiz, ou seja, constituindo efetivamente a Defensoria, esta passará a atuar no processo.

Ademais, se por acaso a constituição ocorrer em uma audiência, o defensor verificando que o caso é complexo e que a apresentação da defesa naquele momento iria prejudicar a parte, deve pleitear o adiamento da audiência.

Logo, verifica-se que a atuação atípica da Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública tem pressupostos e amplitude bem diversos da atuação típica, mas que ambas devem coexistir nesse mesmo órgão.

## 6. Conclusão

Ao final deste estudo podem ser apontadas várias conclusões, sendo altamente recomendável que diante das minúcias da atuação da Defensoria Pública junto aos Juizados Especiais Cíveis e aos da Fazenda Pública, a administração elabore normas ou baixe recomendações para diminuir incertezas ainda reinantes.

A Defensoria Pública atua nos Juizados de forma típica e atípica. Na atuação típica, a Defensoria tem amplo campo de atuação, devendo participar desde a elaboração da inicial, até a efetiva satisfação do direito do assistido. Por outro lado, ao defensor é vedado negar atendimento e encaminhar o assistido ao cartório para elaborar a inicial, ou qualquer outro tipo de manifestação, mesmo que não haja necessidade de advogado, pois nesse caso o seu direito à assistência da Defensoria Pública estaria sendo violado.

A atuação atípica da Defensoria Pública nos Juizados visa resguardar um contraditório efetivo, a igualdade processual, bem como o acesso à justiça, de forma a minorar os custos dos litigantes em relação às causas de pequeno valor e de pouca complexidade. Os pressupostos para atuação atípica da Defensoria Pública são estar a parte adversária com advogado constituído, ou ser pessoa jurídica ou firma individual, e não ser o valor da causa superior a 20 salários mínimos. Para que haja a atuação atípica, deve haver a manifestação da parte adversária no processo, ou seja, se por exemplo a pessoa jurídica ré nunca se manifestou nos autos, a parte autora não terá direito à assistência da Defensoria até que a pessoa jurídica se manifeste nos autos.

O campo de atuação atípica se inicia após o ajuizamento da demanda, quando a parte contrária comparece ou se manifesta. Ou seja, a Defensoria em sua atuação atípica não pode elaborar petição inicial e ajuizar a demanda. A assistência judiciária prevista na lei dos Juizados se limita às atividades posteriores à propositura da ação. A partir de então, a mesma se dá até a efetiva satisfação do direito, ou seja, compreende a fase de execução também.

Em segundo grau a atuação atípica é mais restrita, não podendo a Defensoria interpor recursos, ou ações autônomas, como o mandado de segurança. Isso porque o regime dos Juizados em segundo grau se rege por princípios diversos, sendo certo que para recorrer a pessoa deve pagar custas e constituir advogado.

Contudo, se for para apresentar contrarrazões, a atuação da Defensoria Pública é atípica, pois o que visa a lei é inibir a utilização de recursos, e não as contrarrazões. Por outro lado, caso a tese defendida nas contrarrazões não saia vencida, o recorrido não é condenado em custas e honorários. Por fim, deve

a Defensoria garantir o efetivo contraditório em segundo grau por meio das contrarrazões.

A atuação atípica deve ser antecedida por expresso desejo da parte, pois a mesma tem plena liberdade, se quiser, de se defender sozinha. Assim, é vedada a nomeação de defensor pelo juiz, quando não há expressa manifestação da parte nesse sentido.

Verifica-se, assim, que a atuação da Defensoria nos Juizados é cheia de nuances, merecendo maiores aprofundamentos.

## 7. Referências

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: Uma abordagem crítica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Daniela Calamandra. A assistência judiciária junto ao Juizado Especial Cível e a Defensoria Pública. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, 2003, ano XI, n. 18.

ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Franklin Roger Alves; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

## ARTIGO II

# A dissimulação do confronto e a íntima convicção dos jurados: um regozijo para acusações temerárias

*The dissimulation of the confront and the intimate conviction of the juries: a rejoice for temerary accusations*

---

MARIANA BRITO LIMPO DA CUNHA E SILVA FERREIRA PAUZEIRO

*Defensora pública do Estado do Rio de Janeiro – ingresso em dezembro de 2010. Ex-Delegada da Polícia Federal – fevereiro de 2009 a dezembro de 2010. Ex-Advogada da Caixa Econômica Federal – junho de 2008 a fevereiro de 2009. Ex-Técnica Administrativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar – junho de 2006 a junho de 2008. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense – conclusão em 2004. Pós-Graduada em Direito Penal e Ciências Criminais pelo ICPC – conclusão em 2019.*

**Resumo:** Diversas são as formas utilizadas pelo Estado para eliminar seus inimigos. Nos confrontos armados entre traficantes e policiais, o resultado morte de qualquer um deles trará consequências diametralmente opostas: se o primeiro for morto, haverá a instauração dos chamados autos de resistência, presumindo-se que os policiais agiram em legítima defesa. Já para o segundo, independentemente do resultado morte, a resposta penal poderá incluir, além dos crimes previstos na lei de drogas, também a tentativa de homicídio qualificada contra os agentes públicos. Paralelamente a isso, governantes incitam o “abate” de traficantes vistos com fuzis nas mãos, presumindo situações de legítima defesa; projetos de leis buscam alterar o Código Penal para aumentar situações de excludente de ilicitude para policiais em serviço. Em consequência, aos que não forem mortos restará o julgamento pelo Tribunal do Júri, no qual a íntima convicção dos jurados poderá levar a condenações sem lastro probatório mínimo, perpetuando o processo de neutralização da massa de jovens, negros e pobres envolvidos com o tráfico de drogas.

**Palavras-chave:** Homicídio funcional; Auto de resistência; Tribunal do Júri.

**Abstract:** *Several are the ways the state uses to eliminate its enemies. In armed confrontations between traffickers and police officers, the result of the death of any of them will have diametrically opposite*

*consequences: if the former is killed, there will be the establishment of so-called resistance vehicles, presuming that the police acted in self-defense. Already for the second, regardless of the death outcome, the criminal response may include in addition to the crimes provided for in the drug law, also the attempted qualified homicide against public officials. Parallel to this, rulers incite the “slaughter” of traffickers seen with rifles in their hands, presuming situations of selfdefense; draft laws seek to amend the Criminal Code to increase situations of exclusion of unlawfulness for officers in service. Consequently, traffickers are not killed will submitted to trial by the Court of Justice, where the conviction of the jurors may lead to convictions without minimum probation, perpetuating the process of neutralization of the mass of young, black and poor involved in the trafficking of drugs.*

**Keywords:** *Functional homicide; Resistance record; Jury Court.*

**SUMÁRIO:** 1. A dissimulação do confronto e a íntima convicção dos jurados: um regozijo para acusações temerárias; 2. Autos de resistência x tentativas de homicídio contra policiais; 3. Do concurso material entre o crime de tráfico de drogas e a tentativa de homicídio contra policiais militares; 4. O julgamento pelo Tribunal do Júri; 5. Conclusão; 6. Referências.

## **1. A dissimulação do confronto e a íntima convicção dos jurados: um regozijo para acusações temerárias**

O objetivo deste artigo é verificar como os confrontos armados durante incursões em comunidades pobres do Estado do Rio de Janeiro, a pretexto de combater o tráfico de drogas, feitas sem planejamento e sem preocupação com a segurança da população civil, têm sido legitimados pelo Poder Público, o qual admite apenas uma versão dos fatos, quase sempre punindo pequenos traficantes de drogas.

Durante atuação junto à Vara Criminal de Magé, pude observar o aumento de denúncias imputando a traficantes supostamente em confronto com a polícia não só os crimes previstos na Lei 11.343/06, como também os crimes de tentativa de homicídio contra policiais militares. Nesses processos, invariavelmente, inexistiam provas do confronto prévio, embora os policiais militares apresentassem um discurso ensaiado, no qual maquinalmente alegam “ter sido recebidos a tiros, razão pela qual revidaram a injusta agressão”, prendendo jovens moradores de comunidades conhecidos pela presença de facções criminosas.

Em razão do concurso com o crime contra a vida, os acusados são levados a Júri Popular, no qual a íntima convicção do Conselho de Sentença permite condenações, mesmo sem o lastro probatório mínimo para tanto.

De outra banda, governantes foram eleitos de forma espetacular, defendendo abertamente o extermínio de pessoas, como fez o governador do Rio de Janeiro, para o qual “a polícia vai fazer o correto: vai mirar na cabecinha e... fogo! Para não ter erro”<sup>1</sup>.

Como se buscará esclarecer ao longo deste artigo, declarações como esta incitam o confronto entre policiais e criminosos, autorizando os primeiros a matar mesmo quando inexitem situações de efetiva legítima defesa. Por outro lado, os anseios da sociedade de se livrar das balas perdidas e reduzir a criminalidade não necessariamente serão alcançados dessa forma. Ao revés, tudo indica que apenas aumentará o número de condenações com tipificações equivocadas, postergando ainda mais mudanças estruturais na política de segurança carioca.

## 2. Autos de resistência x tentativas de homicídio contra policiais

Com uma alavancada histórica e contrariando todas as pesquisas de intenção de voto, o ex-juiz federal Wilson Witzel foi eleito o novo governador carioca. Desde a campanha eleitoral, foram prometidas técnicas de enfrentamento contra traficantes, elegendo-os como inimigos número 1 do Estado. Para tanto, *snippers* seriam treinados e enviados para as favelas, onde deveriam “abater” toda e qualquer pessoa vista portando um fuzil. Segundo ele, os policiais devem atirar, pois estão amparados pela excludente de ilicitude da legítima defesa, o que garantiria aos agentes públicos uma verdadeira “licença para matar”.

Explicando as elementares da legítima defesa, o mestre Juarez Cirino pontifica que essa só ocorrerá quando os meios utilizados forem adequados à situação, devendo a injusta agressão ser atual ou iminente. Ele esclarece a problemática de se identificar o que seria uma agressão iminente e, adotando o critério de Roxin, entende que iminência é:

O momento final da preparação que integra o critério da defesa eficaz, inseparável do conceito de legítima defesa, com o critério do desencadeamento imediato, inerente ao conceito de tentativa: a aproximação do agressor com um porrete na mão para agredir ou o movimento da mão do agressor em direção à arma, não configuram, ainda, tentativa, mas o último momento

---

<sup>1</sup> Fala repetida em diversos meios de comunicação e reproduzida na reportagem *A polícia vai mirar na cabecinha e... fogo*. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogodiz-novo-governador-do-rio,70002578109>> Acesso em: 29.12.2018.

da fase preparatória, suficiente para caracterizar a *iminência* da agressão, e assim, justificar a defesa.<sup>2</sup>

Em outras palavras, uma agressão estaria na iminência de ocorrer e a legítima defesa própria ou de terceiros estaria autorizada quando o agressor termina os atos preparatórios, sendo ainda possível realizar uma defesa eficaz. Passado esse ponto, não seria mais possível a defesa e estaríamos diante de um crime tentado ou consumado.

O conceito de agressão iminente nos remete ao estudo do *inter criminis*, sendo necessário identificar se o atuar injusto de alguém ultrapassou a fase da cogitação e preparação para adentrar na sua execução. Segundo o brocardo latino *cogitationis poenam nemo patitur*, a cogitação em hipótese alguma poderá ser objeto de repreensão pelo Direito Penal. A celeuma está, como bem se vê, em identificar quando um ato deixou de ser preparatório para um delito para ser a sua própria execução.

Explicando a teoria da tentativa, retornamos às lições do mestre Juarez Cirino, segundo o qual:

Na teoria da tentativa, temos o seguinte: a) **do ponto de vista subjetivo**, o **dolo** cumpre as funções de (a) caracterizar a tentativa de qualquer delito, (b) identificar o tipo de qualquer delito tentado, e (c) formar em conjunto com outros elementos subjetivos especiais, o tipo subjetivo integral da tentativa – logo, qualquer teoria da tentativa deve ser integrada pelos elementos subjetivos do tipo injusto, compreendidos na categoria da representação do fato ou do plano do fato; b) **do ponto de vista objetivo**, a tentativa de qualquer delito doloso deve se caracterizar (a) pelo início de execução da ação típica, e (b) pela ausência do resultado típico, independente da vontade do autor – logo, qualquer teoria da tentativa deve ser integrada pelos mesmos elementos objetivos dos delitos consumados, menos o resultado.<sup>3</sup>

Assim, para que se possa falar em legítima defesa de terceiros em razão de uma ameaça injusta e iminente, a primeira pergunta que devemos fazer é: *qual delito se está a evitar* para em seguida se questionar, dentro do plano do fato idealizado pelo agressor, *qual conduta inerente a sua preparação foi realizada*, permitindo sua neutralização por meio da legítima defesa.

---

<sup>2</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*, Empório do Direito: Florianópolis, 2017, p.229/230.

<sup>3</sup> Idem, p. 374.

Partindo-se desses conceitos básicos de Direito Penal, percebemos que planos de governo como o apresentado pelo governador do Rio de Janeiro estão em desalinho com a noção de legítima defesa.

Seguindo a lógica do governador, todo criminoso que for visto com um fuzil na mão deverá ser “abatido”, em franca alusão a pessoas como animais que devem ser caçados. Já daí decorre que o objetivo da Polícia Militar será cercar os possíveis inimigos, valendo-se de *snipers* para atingi-los, sem mencionar situação de confronto prévio. A morte dessas pessoas não poderia ser punida pela Justiça, pois os agentes públicos agiriam em legítima defesa de terceiros ante a iminência da injusta agressão. Com a palavra, o governador:

A autorização está no artigo 25 do Código Penal: o policial estaria agindo em legítima defesa de si próprio e da sociedade para repelir uma agressão iminente. Não é sair atirando para matar. Acontece que quem está portando uma arma de guerra certamente não está disposto a conversar ou negociar com as forças policiais e está na iminência de matar pessoas inocentes. Como professor e conferencista de Direito Penal há muitos anos, esta é a minha posição. Como governador, vou orientar que os policiais ajam desta forma, exatamente nos termos da lei. Mas a polícia será mais bem treinada e preparada, as operações serão mais cirúrgicas e filmadas, para evitar ilegalidades.<sup>4</sup>

Na concepção do governador, quem está portando um fuzil “*está na iminência de matar pessoas inocentes*” e, portanto, deve ser autorizado o seu “abate” por policiais militares.

Em verdade, a conduta de quem porta um fuzil – ou qualquer outra arma – já está tipificada pela lei 10.826/03, a qual trata situações justamente como essa, quando a *coletividade* e não uma pessoa em específico está em risco. Nessas hipóteses, quem for flagrado portando um fuzil responderá pelo porte de arma de uso proibido ou verá incidir a causa de aumento do art. 40, IV da Lei 11.343/06, caso a arma destine-se à intimidação coletiva para a venda de drogas.

Note-se que o enfrentamento já existe e é dissimulado pelos chamados “autos de resistência”. Por meio deles, policiais que matam em serviço têm sua culpabilidade excluída ao narrarem situação de confronto, em que afirmam terem sido obrigados a atirar para proteger a própria vida. Acobertados pela

---

<sup>4</sup>RODAS, Sérgio. *Ideia de Witzel de “abater” quem estiver com fuzil é ilegal e não protege policiais*. Disponível em <[www.conjur.com.br/2018-out-30/proposta-witzel-abater-portador-fuzil-inocua-ilegal](http://www.conjur.com.br/2018-out-30/proposta-witzel-abater-portador-fuzil-inocua-ilegal)> Acesso em: 03.01.2019.

legítima defesa, a morte dolosa é apurada por inquérito policial, no qual o crime doloso contra a vida transmuda-se para o signo do auto de resistência. Desses inquéritos, segundo pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana da UFRJ, 99,2% foram arquivados face à exclusão de ilicitude.<sup>5</sup> Ou seja: menos de um por cento dessas mortes conduziu ao oferecimento de denúncia contra o policial que matou em serviço, para verificar se realmente foi amparado na causa excludente de ilicitude.

Os argumentos apresentados pelos promotores de justiça para concluir pela legítima defesa não variam muito. Segundo o delegado de Polícia Civil, Orlando Zaccone:

A identificação do morto como traficante de drogas ou assaltante armado é um dos elementos a autorizar a ação letal praticada pelos policiais, na construção da legítima defesa feita pelos promotores de justiça. Para isso, a juntada da FAC (Folha de Antecedentes Criminais) do morto passa a ser um padrão que distingue os inquéritos provenientes de auto de resistência dos demais inquéritos de homicídio.<sup>6</sup>

Prossegue o autor, afirmando que:

Ao juntar a folha de antecedentes criminais da vítima no inquérito que apura sua própria morte, opera-se uma transmutação em que autores viram vítimas de resistência e vítimas viram opositores da polícia. O pedido de FAC no inquérito de auto de resistência faz surgir uma anotação na folha criminal do próprio morto. Em muitos dos processos arquivados estudados nesta pesquisa a única anotação que constava na FAC da vítima era a da própria morte. É quase como dizer que a vítima é culpada pelo desfecho da sua morte violenta, pois consta este evento da sua folha de antecedentes criminais.<sup>7</sup>

Bem se vê que os inquéritos policiais que buscam apurar as mortes violentas decorrentes de autos de resistência são vazios, inexistindo provas técnicas como perícia de local, confronto balístico, busca de resíduos de pólvora ou diligências para a localização de testemunhas de *visu*. Para os promotores de justiça, os depoimentos dos policiais são suficientes para caracterizar a legítima defesa.

<sup>5</sup> MISSE, Michel; GRILO, Carolina C.; TEIXEIRA, César, NERI, Natasha. *Quando a polícia mata: homicídios por "autos de resistência" no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: CNPQ/NECVU/Booklink, 2013, p.28.

<sup>6</sup> D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone, *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Renavan, 2015, p.163.

<sup>7</sup> Idem, p. 164/165

A narrativa dos fatos, descritos pelos policiais na lavratura do registro de ocorrência, é transportada como um dos fundamentos para o pedido de arquivamento do inquérito policial pelo promotor de justiça. A apreensão de armas, drogas e outros objetos que identifiquem o morto como criminoso, com destaque para a condição de traficante de drogas, é o ponto de partida para que, através dos termos de declarações dos policiais, da juntada da Folha de Antecedentes Criminais (FAC) da vítima, bem como da oitiva de familiares, em especial daqueles que procederam ao reconhecimento do corpo junto do Instituto Médico Legal (IML), a investigação seja finalizada com a inclusão do auto de exame cadavérico do morto.

Pouco ou quase nada se fala sobre a dinâmica do evento que produziu a morte da vítima nos autos de resistência. A definição do inimigo acaba por operar uma inversão na linha de investigação, passando o morto a ser o sujeito suspeito/investigado em seus variados aspectos<sup>8</sup>.

Vive-se uma tentativa de ressuscitar velhas práticas, incentivando-se mortes de “bandidos”, tal qual já ocorreu na década de 90, quando, durante o governo Marcello Alencar, foi criada a famigerada “gratificação faroeste” – ou por bravura, como era oficialmente conhecida –, na qual era estimulada a morte de criminosos procurados pela justiça. Em consequência, o ERJ registrou o pior índice de mortes por habitante: 60 para cada 100 mil, sendo até hoje o pior resultado alcançado.

A história nos mostra que a ideia de recompensar policiais com a morte de criminosos procurados ou, modernamente, incentivar o “abate” de quem esteja com fuzis, protegendo-os com a garantia de que suas condutas não serão punidas, pois estão amparadas na legítima defesa, além de não funcionar, apenas incrementa a sensação de insegurança.

Basta ver que nem mesmo a recente intervenção federal foi capaz de reduzir os números da violência no Estado do Rio de Janeiro, havendo o aumento de tiroteios pela cidade, chacinas e balas perdidas, situações que inegavelmente tornam a população mais vulnerável, já que fica diretamente exposta aos confrontos armados.

Ao se admitir que o policial possa atirar porque está amparado na excludente da legítima defesa, ignora-se que a população exposta à tamanha violência não oferece risco algum e, ao invés de ser protegida, está sujeita a ser atingida pela mesma bala mirada nos inimigos do Estado.

---

<sup>8</sup> D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone, *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Renavan, 2015

### 3. Do concurso material entre o crime de tráfico de drogas e a tentativa de homicídio contra policiais militares

Paralelamente à sistemática de ignorar as mortes causadas por policiais em serviço, instaurando inquéritos para apurar autos de resistência que em sua esmagadora maioria são arquivados, concluindo-se pela atuação legítima dos agentes públicos, tem-se a realidade daqueles que, após o enfrentamento, dão a sorte – ou quem sabe o azar – de sobreviver.

Para esses infelizes, muitas vezes gravemente feridos, como a eliminação não foi possível por meio do confronto armado, resta ao Poder Judiciário a tarefa de neutralizá-los ou, ao menos, segregá-los pelo máximo de tempo possível. Tal tarefa se dá pelo acolhimento de denúncias muitas vezes ineptas, nas quais, além da imputação do crime de tráfico, alguns promotores de justiça passaram a imputar-lhes também a prática do crime de homicídio qualificado na modalidade tentada.

Como já antecipado, o tráfico tornou-se o inimigo número 1 do Estado Brasileiro, sendo eleito como a pedra mestra para o combate à criminalidade.

Nessa toada, temos que a Lei 11.343/06 surgiu sob o ideal de diferenciar usuários de traficantes de drogas, trazendo no seu art. 28, parágrafo único, parâmetros para a distinção entre ambos. Entretanto, o que era para ser um benefício, tornou-se uma agrura, sendo notórios o aumento exponencial das prisões decorrentes do tráfico de drogas e o esquecimento da figura do usuário.

Basta analisar os números: segundo o último levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional,<sup>9</sup> os crimes de tráfico correspondiam a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardavam julgamento em junho de 2016. Para entender a proporção desse número, basta pensar que, para cada três presos, um responde pelo crime de tráfico de drogas. Em 2006, quando a nova lei de drogas entrou em vigor, cerca de 45.133 pessoas estavam presas em razão do tráfico de drogas, ao passo que em 2017 esse número subiu para 182.799, isto é, quadruplicou em apenas 11 anos.

Tais números não divergem do levantamento efetuado em 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual diagnosticou que o crime de tráfico ocupa a segunda posição entre as causas de encarceramento. Nada menos do que 24,74%

---

<sup>9</sup> *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização em junho de 2016*, disponível no link <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)> Acesso em: 27.03.2019

dos presos são processados pelo tráfico de drogas, como concluiu o CNJ.<sup>10</sup> O estudo apurou ainda que do efetivo carcerário, 54,96% são pretos ou pardos e apenas 20,42% têm ensino médio ou mais completo. Além disso, a maioria da população carcerária - 53,91% do total - tem entre 18 e 29 anos de idade.

Embora os estudos não se aprofundem ao traçar o perfil da população carcerária por tipo de delito praticado, não é difícil concluir que os presos acusados de envolvimento no tráfico de droga não refogem à realidade geral: são jovens, de pouca ou nenhuma escolaridade, na maioria negros e pardos, os quais veem no tráfico de drogas a oportunidade de emprego que o mercado formal lhes nega diariamente.

É essa massa de jovens desqualificada e sem perspectiva de mudança de vida que se confronta com policiais instigados pelo Poder Público a caçá-los e abatê-los.

O clima de animosidade típico das operações em comunidades marcadas pela atuação do tráfico de drogas torna crível a versão apresentada pelos agentes da lei de que foram recebidos “à bala” e por isso precisaram revidar o ataque.

Na maioria das ações, tais pessoas não eram sequer conhecidas pelos policiais, mas dadas as circunstâncias da prisão e por ser o local conhecido como pertencente à determinada facção criminosa, presume-se que também eles pertenciam à organização criminosa. Como consequência, são denunciados pelo tráfico e pela associação ao tráfico, sendo os policiais que os prenderam as únicas testemunhas dos crimes narrados.

A imputação conjunta dos crimes da lei de tráfico tornou-se uma rotina, na qual muitos juízes ainda condenam os réus por ambos os delitos, amparando-se na presunção de veracidade do depoimento do policial militar em serviço, bastando isso e nenhuma prova da estabilidade para concluir pela existência de uma associação ao tráfico<sup>11</sup>.

Em inúmeros julgados, verifica-se que a fundamentação utilizada para configurar o crime de tráfico de drogas é repetida para concluir pela existência de associação ao tráfico, deixando os juízes de mencionar elementos concretos e comprovados nos autos quanto à existência de estabilidade ou ao menos um vínculo preexistente do réu com quem quer que seja. Menciona-se a existência de uma facção dominante na localidade e este ente despersonalizado é suficiente para a condenação dos réus.

---

<sup>10</sup> O estudo não menciona os demais crimes previstos na Lei 11.343/06, incluindo, ao que parece, todos os tipos penais previstos na Lei de Drogas sob a mesma rubrica.

<sup>11</sup> *Ex vi* enunciado de Súmula nº 70, do TJ/RJ.

Até aí, infelizmente, não há qualquer novidade. Dentro da loteria do Poder Judiciário, a sorte do réu determinará se ele será punido por um ou por dois crimes, pouco ou quase nada importando o acervo probatório quanto à materialidade delitiva do crime de associação ao tráfico.

A problemática surge quando as prisões desses traficantes precedem a troca de tiros com a polícia. Não são poucos os relatos dos moradores de comunidades carentes no sentido de que a polícia já entra atirando e quase nunca tem a preocupação de preservar os moradores, expostos à violência direta e cotidiana. As manchas de criminalidade espancam qualquer dúvida sobre a forma de atuação da polícia que se altera, conforme a diligência seja feita na zona sul ou na zona norte da cidade.

Nesse contexto, torna-se crível legitimar o discurso de que policiais foram recepcionados a tiros, quando sabemos que, via de regra, a intenção do traficante não é o embate, mas sim a fuga.

Mesmo sendo praticamente impossível definir quem iniciou o confronto, na maioria das situações o motivo para os disparos efetuados pelos traficantes é quase sempre o mesmo: evitar a prisão em flagrante. Raramente os traficantes são conhecidos da polícia, a qual sabe apenas a facção dominante na localidade. Os traficantes igualmente não conhecem os policiais que compõem a guarnição. Só o que sabem um do outro é que estão em posições opostas, um querendo coibir o tráfico e o outro pretendendo manter essa atividade.

O escopo do policial que atira é prender o traficante. Já o traficante, via de regra, quer fugir da polícia, salvando-se a si mesmo e evitando a prisão pelo crime equiparado a hediondo. É o desejo de fugir e furtar-se à prisão que norteia a ação e não executar policiais fardados. Raciocínio diverso tornaria todos os traficantes péssimos atiradores, já que poucos são os policiais mortos em serviço. Além disso, todo o arsenal com eles encontrado, como fuzis e granadas, de nada adiantaria ante tamanha incompetência em utilizá-los.

Tal afirmação é possível de ser feita pelo mero confronto dos números. Ainda segundo o relatório final do Observatório da Intervenção, 99 policiais foram mortos e 140 feridos entre fevereiro e dezembro de 2018 no Estado do Rio de Janeiro, sendo certo que 23,2% dessas mortes ocorreram envolvendo policiais em serviço.<sup>12</sup> As demais mortes ocorreram em decorrência de latrocínio (41,4%), brigas, vinganças ou execuções (20,2%) ou casos indeterminados (15,2%).

---

<sup>12</sup> Id, Relatório Final da Intervenção Federal.

Veja: os policiais matam em serviço, mas não morrem na mesma proporção quando estão a trabalho. Embora não se discutam os riscos da atividade policial e não se deseje a morte de ninguém, nem muito menos de policiais no exercício da função, a realidade nos mostra que suas mortes não ocorrem em serviço, como seria de se esperar.

Por outro lado, o extermínio de pessoas em chacinas e a morte decorrente de balas perdidas ou tiroteios nos levam a afirmar que algo está errado na política de combate à criminalidade nacional.

O Monitor da Violência divulgado pelo G1 constatou que das 6.160 mortes cometidas pela polícia em 2018 em todo o Brasil, 90% foram provocadas por policiais em serviço. Dessas mortes, 1.534 ocorreram só no Rio de Janeiro, o Estado com a maior taxa e o maior número absoluto de pessoas mortas em confronto com a polícia. O dado representa 1/4 do total de mortes pela polícia no país e equivale a 8,9 assassinatos a cada 100 mil habitantes.<sup>13</sup>

O estudo revelou ainda uma queda de 18% nas mortes de policiais, sendo o mesmo percentual de aumento da morte de civis vitimados pela polícia em todo o país. Não houve a identificação dessas vítimas, as quais incluem tanto pessoas em conflito com a lei, quanto a população civil sujeita a balas perdidas decorrentes da troca de tiros.

Embora o relatório não identifique quantos desses mortos estavam em confronto com a polícia, como afirmado no tópico anterior, o Ministério Público concluiu que todos (ou, ao menos, 99% daqueles que trocaram tiros com policiais) mereciam morrer, já que estes agiram em legítima defesa. Por outro lado, aqueles que entraram em confronto com a polícia e não morreram podem responder ainda pela tentativa de um crime doloso contra a vida.

A inversão da lógica é brutal: policiais nunca respondem pela morte de suspeitos, mas suspeitos que trocam tiros com policiais desejavam matá-los, tendo o dolo direto exigido no tipo penal do art. 121, do Código Penal.

Chama a atenção a forma como promotores de justiça concluem pela culpabilidade ou não de réus em situações idênticas, dependendo o suspeito, mais uma vez, de sua sorte para saber se a narrativa da troca de tiros conduzirá a uma denúncia pelo crime de resistência ou se será submetido a julgamento pelo Plenário de Júri por um homicídio tentado contra os policiais.

---

<sup>13</sup> Número de pessoas mortas pela polícia no Brasil cresce 18% em 2018; assassinatos de policiais caem. Disponível em <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/19/numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-no-brasil-cresce-em-2018-assassinatos-de-policiais-caem.ghtml>> Acesso em 23.04.2019.

Preceitua o art. 329 do Código Penal que todo aquele que se opuser à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio, praticará o crime de resistência e estará propenso a receber uma pena de detenção variando de dois meses a dois anos.

Já o artigo 121 do Código Penal foi recentemente alterado pela Lei 13.142/15, para incluir a modalidade qualificada quando a vítima for policial em serviço, sendo a seguinte redação do dispositivo legal:

Art. 121. Matar alguém:

§ 2º Se o homicídio é cometido:

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

A pena prevista para os dois delitos por si só é suficiente para concluir pelas consequências nefastas que significarão na dosimetria a ser realizada pelo magistrado. Soma-se a isso outro fator de extrema relevância: a competência para julgar os delitos. Enquanto o crime de resistência não retira a competência do juiz singular que irá julgar o crime de tráfico e/ou associação ao tráfico, a imputação do crime de tentativa de homicídio doloso resultará na remessa dos autos ao juízo do Tribunal do Júri.

#### 4. O julgamento pelo Tribunal do Júri

O Ministério Público possui como atribuição constitucional o monopólio das ações penais públicas, cabendo a ele o oferecimento das denúncias e o início da persecução criminal.<sup>14</sup> A escolha da capitulação criminal concede-lhe ainda a escolha pelo juízo competente, o qual, embora passível de controle, tem sua efetividade limitada na prática no que tange aos crimes dolosos contra a vida. Caberá ao magistrado declinar da competência ao invés de receber a denúncia - caso compreenda pela sua falta de atribuição para julgar a matéria - ou à defesa a

---

<sup>14</sup> O art. 29 do Código Penal admite o oferecimento da ação penal privada subsidiária da pública em caso de inércia do MP, sendo certo que mesmo nestas hipóteses o Parquet não deixa de atuar no processo.

discussão do tema, sendo certo que quando a dúvida da competência demandar a análise do dolo do agente, via de regra os magistrados preferem iniciar a instrução criminal para só então procederem ao declínio.

Basta pensar na hipótese em que o réu é denunciado pela tentativa de homicídio contra policiais e a tese defensiva for a desclassificação para o crime de resistência. Arguida a incompetência do juízo na defesa preliminar, os magistrados, alegando a necessidade de proceder à oitiva das vítimas/policiais, costumam determinar o início da instrução processual para aferir o *animus necandi* e só então proceder à análise, já em sede de decisão de pronúncia.

Caberá à defesa então buscar demonstrar que a intenção dos réus não era tirar a vida dos policiais, mas apenas se escusar da prisão, pleiteando assim a desclassificação do delito e o deslocamento da competência do juiz presidente do Tribunal do Júri para o juízo comum. Entretanto, a jurisprudência pátria rotineiramente invoca o princípio do *in dubio pro societatis* e a competência absoluta do Júri para analisar o dolo e negar a procedência em eventual recurso em sentido estrito.

Sob a pecha de que suas decisões devem ser sucintas para não influir na decisão do Conselho de Sentença, as pronúncias se restringem a analisar se houve disparo efetuado contra os policiais, deixando a discussão sobre a intenção do atirador para um segundo momento. Assim, apenas em Plenário à análise do *animus necandi* será profundamente discutida, sendo esta e a própria negativa de autoria as principais teses de defesa.

Note-se que, caso os jurados compreendam pela intenção de matar do réu, dificilmente esta decisão será revista em sede de apelação. Afinal, o recurso será amparado no art. 593, III, “d”, do CPP, isto é, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos.

Como afirmar que a decisão é contrária à prova dos autos, se na verdade a tese da acusação era de que os disparos foram para causar a morte dos policiais e a antítese da defesa era no sentido de que os disparos buscavam apenas se furtar da prisão? Ambas as argumentações serão construídas a partir do discurso dos policiais/vítimas, para os quais sempre o disparo foi para matar e não para fugir.

Natural o raciocínio. O policial que é recepcionado a tiros quando em incursão em comunidades carentes se despe de seu papel institucional e passa à posição de vítima, para a qual os disparos podem resultar em sua morte. Para ele, o foco é sua preservação que está sendo ameaçada e não o puro desejo de evasão do criminoso. Por essa razão, sempre que um policial é indagado em

plenário se os tiros foram para matá-lo, a resposta é invariavelmente positiva – mesmo quando desacompanhada de provas reais.

Viaturas raramente são atingidas, projéteis de arma de fogo não são arrecadados, muros onde os policiais se abrigaram não apresentam marcas de perfurações – ou pelo menos sequer são periciados –, mas mesmo assim os policiais insistem em dizer que os tiros foram dados para matá-los. Os réus, por sua vez, ou negam ter efetuado os disparos, atribuindo a terceiros não identificados a autoria delitiva, ou afirmam que atiraram para fugir, já que em poder de armas e/ou drogas que resultariam em sua prisão em flagrante.

Nesse contexto, o discurso punitivista estatal cai como uma luva e, mesmo quando não se tem certeza das circunstâncias em que ocorreu o embate – ou mesmo se este existiu como narrado pelos policiais –, as denúncias são recebidas e os réus respondem ao processo invariavelmente presos e sem perspectivas de como provar sua inocência.

Como resultado, a defesa estará mais uma vez dependente do acaso do que da técnica, visto que a decisão dos jurados, seja para desclassificar o delito e compreender pela resistência, seja para admitir o dolo de matar e condenar pelo homicídio tentado contra os policiais, raramente será revista em grau de recurso. Sim, pois os jurados não precisam fundamentar sua decisão e, mesmo diante de um acervo probatório pífio, podem escolher quaisquer das teses apresentadas e condenar réus para os quais o juiz togado talvez tivesse dificuldade de justificar o decreto condenatório.

A soberania dos vereditos é corolário do Tribunal do Júri e os jurados devem observância apenas a sua consciência e aos ditames da justiça.<sup>15</sup> Por mais técnica e difícil que possa ser a análise do dolo de matar e do dolo de fugir, essa avaliação não pode ser subtraída do Conselho de Sentença. Mesmo provido o recurso de apelação que alega a decisão manifestamente contrária, a prova dos autos levará apenas a remessa da acusação a novo Conselho de Sentença – igualmente desprovido de conhecimento técnico.

A crítica que se passa a expor não é direcionada à instituição “Júri”, mas sim à forma leviana como algumas acusações são feitas mesmo sem o substrato mínimo para tanto, as quais são chanceladas pelos magistrados amparados no falacioso brocardo *in dubio pro societatis*.

Verifica-se que hodiernamente vários réus acusados de participação no tráfico e/ou associação ao tráfico têm sido também denunciados pela tentativa de homicídio contra policiais militares em operações de rotina. Presos em

---

<sup>15</sup> Art. 472, CPP.

flagrante pela posse de entorpecente, o que sempre foi citado pelos policiais como situações de rotina em que há disparos recíprocos de arma de fogo, passam agora a ser capitulados como crimes dolosos contra a vida.

A problemática se intensifica porque o policial/vítima acredita estar apresentando à autoridade policial uma ocorrência cotidiana, na qual a droga arrecadada é apreendida e o número de disparos efetuados é contabilizado para justificar a diminuição de munições junto à Corregedoria da Polícia Militar. Para ele, ocorreu a prisão do *traficante* e não do *homicida*. O próprio delegado de Polícia Civil tem dificuldade de capitular a conduta como o crime doloso contra a vida, já que os policiais não têm o hábito de indicar quem atirou contra si, nem que pretendiam matá-lo, sendo a narrativa quase sempre restrita à existência da troca de tiros sem detalhamentos. Em consequência, ao tráfico de drogas é acrescentada a causa de aumento decorrente do emprego de arma de fogo ou um crime do Estatuto do Desarmamento (porte de arma ou disparo de arma de fogo).

Apenas com a remessa do inquérito ao MP dias depois e o oferecimento da denúncia é que o crime de homicídio tentado qualificado ganha corpo. Nesse momento, as provas da materialidade delitiva foram todas perdidas, não sendo mais possível realizar o exame residuográfico para confirmar se o traficante tem vestígios de pólvora em suas mãos. A perícia de local não foi chamada e o cenário onde ocorreu a troca de tiros não é minimamente identificado. Projéteis não foram arrecadados e as perfurações à bala não podem ser medidas. O local raramente é monitorado com circuito de câmaras e as ações dos policiais não são gravadas de qualquer forma, não possuindo as viaturas de polícia qualquer tipo de controle, exceto o GPS que indica a rota e o horário de utilização. Igualmente, não há testemunhas presenciais ou, se há, estas não foram identificadas no momento do flagrante – seja por medo dos moradores de sofrerem retaliações, seja por absoluta falta de vontade de localizar interessados em depor.

Repita-se: para os policiais/vítimas, aquela troca de tiros é decorrente do tráfico, sendo este o foco da ocorrência e não a apuração da tentativa de homicídio que supostamente acabaram de sofrer. Tivessem essa percepção, talvez tomassem as diligências mínimas para permitir a apuração dos fatos. Não o fazem e mesmo assim passa-se a acusar o traficante de drogas também pelo crime doloso contra a vida.

O ônus da acusação compete ao Ministério Público. É dele o ônus de apresentar o substrato mínimo para o oferecimento de uma denúncia. Ao narrar a tentativa de homicídio contra policiais amparado unicamente no depoimento

das vítimas, está inegavelmente descumprido seu dever constitucional. Veja: não é a defesa que deve provar sua inocência, mas sim a acusação que deve provar a culpabilidade do acusado.

Ao denunciar o réu apenas porque os policiais narram uma troca de tiros, sem instruir minimamente o inquérito, promotores de justiça se afastam de seu *múnus* constitucional e passam a exercer um papel meramente acusatório, alheio ao caráter dúplice de fiscal da lei.

Não raro somos chamados a assistir fraudes processuais nas quais maus policiais forjam flagrantes que nunca ocorreram. Atiram com armas apreendidas em poder de traficantes para simular trocas de tiros, apresentam armas e drogas que jamais pertenceram a acusados, tudo para justificar ações delituosas que os próprios agentes da lei praticaram. O “arrego” pago pelos traficantes e a vingança quando o pagamento não é feito deixaram de ser novidade nos noticiários. Chacinas se repetem em comunidades carentes, sempre a pretexto de que apenas se defendiam de uma injusta agressão, mesmo quando as vítimas não mais ofereciam resistência.

Preferimos crer que esta não seja uma realidade generalizada, sendo fruto da ação de policiais que não honram a tão digna função que exercem. Mas assim como a expressão galega, “*no creo en brujas, pero que las hay, las hay*”, impossível se tornar a negar a existência de um nefasto grupo de policiais que apresentam falsos registros de ocorrências.

Havendo a intenção de matar ou mero desejo de fugir, raramente o acervo probatório auxiliará na busca pela verdade real, cabendo à defesa, por meio da retórica, desconstruir o depoimento dos policiais para obter a desclassificação do delito. Tarefa hercúlea, diga-se de passagem, pois além de tudo o que já foi dito, tem-se ainda a figura nefasta do réu, um traficante de drogas.

Desde pequenos forma-se em nosso imaginário a dicotomia “polícia e ladrão”, os quais assumem respectivamente o papel do bem contra o mal. Atualmente, os traficantes de drogas estão no mesmo patamar dos ladrões, carregando todas as mazelas da criminalidade sob suas costas. É vendida a ideia de uma panaceia de males associada ao tráfico de entorpecentes, ignorando-se que os países mais evoluídos estão abandonando a estratégia da guerra às drogas. Em verdade, tal guerra só conduziu ao encarceramento em massa de uma legião de excluídos, sem acesso à educação e ao mercado de trabalho, e que veem no tráfico a única forma de sustento próprio e de sua família. Em sua maioria, são pretos, pobres, jovens e analfabetos funcionais.

Pois bem, são esses jovens com pouca ou nenhuma instrução que se sentam no banco dos réus. Não mais diante de juízes singulares, mas perante representantes do povo, para os quais o tráfico ainda é o mal do século.

Mais do que demonstrar quão raso é o acervo probatório ou discutir o *animus necandi*, o principal papel da defesa passa a ser o de desconstruir a figura do inimigo. O desafio é mostrar que o réu não é o vilão que se deve punir e jogar na cadeia pelo máximo de tempo possível, mas um sujeito de direitos para o qual as normas constitucionais também são válidas e aplicáveis. Também para ele vige a presunção de inocência, não se aplicando o Direito Penal contra a pessoa, mas sim para o fato. É preciso lembrar que também para ele a acusação tem o ônus de provar a culpa e que o depoimento dos policiais deve ser valorado, mas não pode ser o único a formar a convicção dos jurados.

É nesse sentido que o Ministério Público deve ocupar uma posição responsável, passando a conduzir uma investigação profunda antes do oferecimento da denúncia. Afinal, não será no curso do processo que se realizarão exames de local e residuográfico, por exemplo. Ademais, é forma de blindagem da própria instituição demonstrar sua isenção e condução da investigação com o mesmo arrimo, seja o investigado o policial acusado de forjar um auto de resistência para ocultar um homicídio ou o traficante, que desejando a morte do policial, atira contra ele.

## 5. Conclusão

A prática forense nos leva à constatação de que existem realidades totalmente distintas para situações com a mesma origem. Diante de um confronto entre policiais e traficantes, se os primeiros atirarem contra os últimos atingindo-os, será lavrado o chamado auto de resistência; enquanto que, para o inverso, a ocorrência se iniciará com a apuração do crime de tráfico de drogas e os disparos poderão ser enquadrados como crime de porte ilegal de arma, disparo de arma de fogo, implicar na incidência da causa de aumento para o crime de tráfico ou mesmo na capitulação de uma tentativa de homicídio<sup>16</sup>. A conduta dos policiais, segundo as estatísticas, dificilmente levará ao oferecimento de denúncia, seja pela tentativa, seja pela consumação de um homicídio, ocorrendo o arquivamento do inquérito ao argumento de que o militar agiu sob a escusa da legítima defesa, sem que para tanto o Conselho

---

<sup>16</sup> Art. 14, 15 ou 16 da Lei 10.826/03, art. 33, caput c/c art. 40, IV, ambos da Lei 11.343/06 ou art. 121, § 2º, VII, do CP.

de Sentença, juiz natural da causa, sequer seja chamado a examinar a lide. Já a conduta do traficante, ao passar pela análise do titular da ação penal, a depender de sua interpretação dos fatos, poderá resultar no oferecimento da denúncia não só para o crime de tráfico de drogas, como associação ao tráfico (sendo praxe a imputação conjunta) e tentativa de homicídio. Dificilmente o Conselho de Sentença deixará de examinar a lide, dada a escassez de decisões que não recebem a denúncia por não reconhecerem o *animus necandi* e a aplicação reiterada do brocardo *in dubio pro societatis* posteriormente para pronunciar o réu no crime doloso contra a vida e os demais crimes conexos.

Enquanto a causa de exclusão de ilicitude é reconhecida *ab ovo* para os policiais que atiram em serviço, cabe ao traficante aguardar, via de regra preso, para mostrar aos jurados que não teve o dolo de matar.

Se em tratamento se diferenciam, tangenciam-se no que se refere à falta ou precariedade no tratamento da prova. Em ambos os casos, a morte ou a sua tentativa fica em segundo plano e todas as diligências probatórias comuns aos crimes dolosos contra a vida passam ao largo quando o motivo da ocorrência foi o confronto entre policiais e traficantes. A apreensão do entorpecente vale muito mais do que o exame de local. Vestígios de pólvora não são pesquisados, assim como testemunhas nunca são arroladas.

Se os tiros resultaram na morte de um traficante, não há dúvidas de que houve legítima defesa do agente estatal. Se o traficante não morreu, os tiros que deu foram para matar os policiais, pouco importando se ele só buscava fugir e evitar a prisão em flagrante.

Em exercício na Vara Criminal de Magé no ano de 2018, deparei-me com inúmeras denúncias de tentativa de homicídio contra policiais militares. Em nenhuma delas os policiais foram feridos, nem suas viaturas atingidas. Nunca se realizou exame de local ou os policiais apresentaram os cartuchos expelidos em decorrência da troca de tiros. Em vários, os policiais narraram que foram recepcionados por um grupo elevado de traficantes, sendo impossível precisar a participação de cada um dos envolvidos e onde a maioria conseguiu se evadir. Os réus eram os feridos que não conseguiam escapar em razão dos ferimentos. Alguns eram apresentados em audiência amputados, colostomizados ou com parafusos pelo corpo. Em outros feitos, houve a morte de supostos traficantes, marcando minha memória um feito, no qual o comparsa do réu foi morto após ser atingido no cóccix, num tiro na posição ascendente, sendo difícil imaginar o confronto de alguém atingido nessa região.

Recentemente, foram noticiadas cinco mortes na comunidade de Manguinhos entre outubro de 2018 e janeiro deste ano. Segundo moradores, os tiros vinham da Cidade da Polícia, distante cerca de 250 metros dali. Eles relataram que os disparos não foram precedidos de confrontos com a polícia e negaram o envolvimento dos atingidos como tráfico de drogas. Entre os mortos está Rômulo Oliveira da Silva, de 37 anos, porteiro na Fundação Fio Cruz. Ele foi atingido quando tentava estacionar sua moto, após ser relatado por moradores sobre os tiros vindos do alto. O exame cadavérico comprovou que o disparo transfixou seu corpo no sentido ascendente, sendo atingido no peito, com saída pela região lombar esquerda. Diversos órgãos foram atingidos no trajeto do projétil, o que reforça a tese de que o disparo tenha partido de um fuzil. Não há ainda comprovação de que realmente os tiros tenham sido feitos pela polícia, mas a notícia publicada amplamente pela imprensa se coaduna com a fala do governador do Estado – exceto pela promessa de que todas as ações seriam monitoradas e gravadas, possibilitando o controle da sua legalidade.<sup>17</sup>

Em fevereiro deste ano fomos surpreendidos com a morte de 14 jovens na comunidade do Fallet. Policiais militares afirmam que o massacre ocorreu após uma troca de tiros. O exame cadavérico comprovou que os jovens atingidos dentro da residência foram alvejados com dois ou mais disparos, todos provocados por fuzis, alguns deles à curta distância. Apesar da gravidade dos ferimentos, a perícia de local não foi chamada a pretexto de que foi necessário encaminhar os feridos (ou melhor, os corpos) ao hospital para atendimento. Por outro lado, moradores da comunidade confirmam que alguns dos atingidos faziam parte do tráfico, mas que eles se renderam, sendo alvejados quando não representavam mais perigo à polícia.<sup>18</sup>

Tragédias como essas, infelizmente, deixaram de ser fatos isolados no noticiário carioca. Guardam em comum a banalização pela vida, já que em todos o combate ao crime justifica a execução de pessoas, mesmo que para tanto inocentes possam ser perdidos. Tais fatos demonstram que a polícia precisa ser treinada para conter a violência e não instigada a promovê-la.

Nessa toada, projetos como o anticrime, vendido pelo ex-juiz federal Sérgio Moro como a salvação para o país, levam-nos a crer que este mais se alinha ao

---

<sup>17</sup> *“Snipers: laudo revela que disparo que matou porteiro em Manguinhos veio de cima”*. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/rio/snipers-laudo-revela-que-disparo-que-matou-porteiro-em-manguinhos-veio-de-cima-23599781>>, Acesso em 15.04.2019.

<sup>18</sup> *“Perícia revela que 13 mortos em ação da PM no Fallet foram atingidos por 40 tiros de fuzil”*. Disponível em <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/pericia-revela-que-13-mortos-em-acao-da-pm-no-fallet-foram-atingidos-por-40-tiros-de-fuzil-23469031.html>> Acesso em 21.02.2019.

desejo estatal de justificar novas mortes praticadas por policiais em serviço do que efetivamente reduzir a criminalidade. Basta ver a alteração que pretende impor ao Código Penal, estipulando uma causa de redução ou exclusão de pena ao agente que age em excesso em decorrência de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.<sup>19</sup> Assim, todo policial em conflito com traficantes poderá alegar que agiu sob violenta emoção e, ao invés de ferir ou conter o suspeito, acabou por matá-lo.

Criar uma hipótese para justificar o excesso na legítima defesa ou admitir o abate de quem porta um fuzil são formas de incentivar o confronto e não mitigá-lo.

Admitir que toda pessoa portando um fuzil deve ser abatida, estando o policial que atira amparado na legítima defesa de *lege ferenda*, e permitir que toda troca de tiros seja lida como uma tentativa de homicídio contra policiais são a mesma face da mesma moeda. São ambas as medidas que buscam agravar ainda mais o quadro de enfrentamento entre policiais e traficantes, deixando a população exposta às balas perdidas que desse confronto possam advir.

Não acreditamos que o enfrentamento seja a solução, nem cremos em respostas prontas a situações hipotéticas. Cabe ao MP agir com isenção e conduzir as investigações com o mesmo empenho, sejam os feridos policiais ou traficantes. Nem sempre é fácil diferenciar o vilão do bonzinho, sendo essencial despir fantasias e se concentrar em fatos e não em retórica para definir a capitulação penal. Mais do que achismos e deduções, o processo penal pressupõe provas e estas devem ser requeridas pelo *dominus litis*.

Entretanto, se a ocorrência não foi tratada com a seriedade que se impunha, não é justo nem razoável pretender que ao longo da instrução penal se prove o que jamais foi requerido. Quase sempre as provas se perderam, sendo impossível reconstruir cenas do crime em territórios sitiados. Nesse contexto, se o único vestígio que sobrar do suposto confronto for o depoimento dos policiais/vítimas, caberá ao MP reconhecer a falha na investigação e limitar a imputação aos fatos com materialidade comprovada. Ao contrário, se o objetivo é a condenação dos réus, de preferência com penas bem altas, a imputação nada mais será do que o alinhamento do fiscal da lei à política de abate proposta pelo governador do Estado, neutralizando o inimigo senão com a vida, com o cárcere.

---

<sup>19</sup> Projeto de Lei Anticrime, altera o art. 23, do Código Penal.

## 6. Referências

BRASIL, Centro de Estudos da Segurança e Cidadania, *Intervenção Federal; um modelo para não copiar*. 10. Ed. Especial (16/02/2016 a 16/02/2019). Observatório da Intervenção.

BRASIL, Centro de Estudos da Segurança e Cidadania. *Intervenção no Rio – 01 (16/02/2018 a 16/04/2018), “à deriva, sem programa, sem resultado, sem rumo”*. Observatório da Intervenção.

BRASIL, Ministério da Justiça e da Segurança. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Atualização em junho de 2016. Disponível em <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)> Acesso em 27.03.2019.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Renavan, 2015, p.163.

MISSE, Michel; et al. *Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: CNPQ/NECVU/Booklink, 2013, p.28.

PENNAFORT, Roberta. *A polícia vai mirar na cabecinha e... fogo*. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo-diz-novo-governador-do-rio,70002578109>> Acesso em 28.12.2018

RODAS, Sergio. *Ideia de Witzel de “abater” quem estiver com fuzil é ilegal e não protege os policiais*. Disponível em <[www.conjur.com.br/2018-out-30/proposta-witzel-abater-portador-fuzil-inocua-ilegal](http://www.conjur.com.br/2018-out-30/proposta-witzel-abater-portador-fuzil-inocua-ilegal)> Acesso em 03.01.2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*, Empório do Direito: Florianópolis, 2017, p.229-230.

SOARES, Rafael. *Snipers: laudo revela que disparo que matou porteira em Manguinhos veio de cima*. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/rio/snipers-laudo-revela-que-disparo-que-matou-porteiro-em-manguinhos-veio-de-cima-23599781>>. Acesso em 15.04.2019.

SOARES, Rafael. *Perícia revela que 13 mortos em ação da PM em no Fallet foram atingidos por 40 tiros de fuzil*. Disponível em <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/pericia-revela-que-13-mortos-em-acao-da-pm-no-fallet-foram-atingidos-por-40-tiros-de-fuzil-23469031.html>> Acesso em 21.02.2019.

VELASCO, Clara, CAESAR, Gabriela, REIS, Thiago. *Número de pessoas mortas pela polícia no Brasil cresce 18% em 2018; assassinatos de policiais caem*. Disponível em <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/19/numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-no-brasil-cresce-em-2018-assassinatos-de-policiais-caem.ghtml>> Acesso em 23.04.2019.



## ARTIGO III

# A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal<sup>1</sup>

*The cognitive dissonance and its effects in the criminal judicial decision-making*

---

FLÁVIO DA SILVA ANDRADE

*Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Juiz Federal do TRF da 1ª Região, titular da 4ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG. Ex-Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia e ex-Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Acre.*

**Resumo:** O ensaio analisa a teoria da dissonância cognitiva, concebida por Leon Festinger, que se assenta na premissa de que o indivíduo experimenta um estado de desconforto psíquico quando percebe que há discrepância ou incoerência entre suas cognições ou atitudes, de forma que passa a agir, voluntária ou involuntariamente, buscando diminuir ou afastar a dissonância e recuperar a sensação de coerência. Busca-se demonstrar como a dissonância cognitiva pode afetar o processo de tomada de decisões judiciais na esfera do processo penal, quando, por exemplo, o magistrado decide num sentido em sede de cognição sumária, mas, depois, em cognição exauriente, percebe não haver elementos bastantes para corroborar a avaliação inicial. Constata-se que o anseio por um estado de coerência e o interesse de preservar a autoimagem tendem a atrair o viés de confirmação a partir da evitação ou desconsideração de elementos dissonantes e da adição de novos elementos consonantes. Conclui-se que é justificada, nesse contexto, a aspiração pela adoção da figura do juiz de garantias e da prevenção como causa de exclusão da competência. E enquanto tramitam projetos de lei tendentes a implementar tais inovações, os juízes precisam ter consciência do fenômeno em questão, de maneira a se tentar reduzir as chances de que caiam nas armadilhas de sua mente. O estudo realizado é do tipo exploratório-compreensivo, de vertente jurídico-dogmática, com prioridade para a análise de conteúdo.

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado na *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set./dez. 2019. DOI: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.227>>

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal; Psicologia social; Dissonância cognitiva; Tomada de decisões judiciais criminais; Reflexos.

**Abstract:** *This essay analyzes the theory of cognitive dissonance, proposed by Leon Festinger, which is based on the premise that the individual experiences a state of mental discomfort when he realizes that there is discrepancy or inconsistency between his cognitions or attitudes, and he, voluntarily or involuntarily, changes his actions seeking to diminish or dispel dissonance and regain a sense of coherence. It is sought to demonstrate how cognitive dissonance can affect the process of judicial decision-making in the sphere of criminal proceedings, when, for example, the magistrate in summary cognition decides one way, but then, in exhaustive cognition, he realizes that there are not enough elements to corroborate his initial assessment. It is found that the desire for a state of coherence and the interest in preserving self-image tend to attract confirmation bias by avoiding or disregarding dissonant elements and adding new consonant elements. It is concluded that, in this context, the aspiration for adopting the figure of the judge of guarantees and of prevention as a cause of exclusion of jurisdiction is justified. And while bills are underway attempting to implement such innovations, judges need to be aware of said phenomenon in order to try to reduce the chances of falling into the pitfalls of their minds. The study conducted is of an exploratory-comprehensive, legal-dogmatic nature, giving priority for content analysis.*

**Keywords:** *Criminal Procedure Law; Social Psychology; Cognitive dissonance; Criminal justice decision-making; Effects.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A teoria da dissonância cognitiva; 3. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal; 4. Considerações finais; 5. Referências.

## 1. Introdução

Todas as pessoas querem ser coerentes em suas atitudes, opiniões, crenças e comportamentos. Ninguém quer expressar posições contraditórias e inconsistentes, que deixam o indivíduo numa posição desconfortável, fazendo com que aja tentando manter a coerência entre suas convicções e suas atitudes.

Também os juízes querem ser coerentes e consistentes em suas crenças, ações e pronunciamentos, mas, como seres humanos que são, estão sujeitos a limitações e a paixões que podem comprometer a realização da justiça. Naturalmente, eles não estão isentos de, consciente ou inconscientemente, tomarem decisões falhas, preconceituosas e injustas.

O pronunciamento judicial desacertado pode decorrer da má interpretação da lei ou da equivocada valoração das provas encartadas nos autos. Mas o provimento defeituoso, que se distancia do ideal de justiça, pode também

ser fruto dos efeitos da denominada dissonância cognitiva, um fenômeno psicológico que há muito foi identificado por Leon Festinger, estudioso da área da psicologia social. Trata-se de angústia ou desconforto mental experimentado pelo tomador da decisão que se vê diante de duas cognições (convicções ou opiniões) contraditórias. Essas cognições dissonantes (discrepantes) acarretam um estado de tensão por ele não querer abandonar uma crença primeva, mas também por não querer parecer incoerente<sup>2</sup>.

Assim, neste trabalho, pretende-se abordar a dissonância cognitiva, analisando como ela pode impactar na tomada da decisão judicial na esfera criminal. Como seus efeitos podem refletir na tomada da decisão no âmbito do processo penal? Também se almeja comentar sobre o anseio pela adoção da figura do juiz de garantias e da regra de prevenção como causa de exclusão da competência, assim como a premente necessidade de os magistrados terem clara consciência do fenômeno em estudo.

O tema em questão, portanto, revela-se de fundamental importância para o ofício judicante e atualmente não pode ser ignorado por nenhum magistrado e nem pelos demais profissionais do direito.

## 2. A teoria da dissonância cognitiva

A psicologia social é a área da psicologia que estuda como as influências sociais moldam o comportamento humano; é o ramo da psicologia que investiga como os indivíduos pensam, veem e influenciam uns aos outros<sup>3</sup>.

A dissonância cognitiva, por sua vez, é um dos assuntos mais estudados na psicologia social, a partir de pesquisa científica pioneira, realizada em meados dos anos 50, por Leon Festinger, professor de psicologia social da Universidade de Stanford.

O ser humano naturalmente possui ideias ou cognições que são consonantes (coerentes, compatíveis ou correspondentes), assim como pode ter opiniões ou convicções dissonantes (incoerentes, incompatíveis ou discordantes) entre dois conjuntos de elementos<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 13.

<sup>3</sup> MYERS, David G. *Psicologia Social*. 10. ed. Trad. de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH Editora, 2014, p. 28.

<sup>4</sup> FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 12 e 18.

Festinger centrou seus estudos exatamente na tensão ou angústia psicológica que uma pessoa sente ao tomar consciência de que possui pensamentos ou crenças contraditórias (dissonantes) sobre algum elemento relevante, quando percebe que tem opiniões (cognições) discrepantes acerca de algum assunto de maior importância. Esse desconforto foi denominado de dissonância cognitiva<sup>5</sup>.

A coerência consigo mesmo e também com os outros é um sentimento que as pessoas valorizam muito. Por isso, quando suas ideias, sentimentos ou comportamentos entram em conflito, mostram-se incompatíveis, elas se sentem desconfortáveis, vivem uma situação de tensão decorrente da falta de harmonia (dissonância) entre dois pensamentos ou crenças relevantes.<sup>6</sup> O grau ou magnitude da dissonância dependerá da maior importância ou do valor dos elementos cognitivos em contraste.

A dissonância cognitiva pode decorrer da inconsistência lógica entre duas ideias, pode advir de hábitos culturais diversos, da defesa de opiniões ou posições antagônicas ou ser reflexo de uma experiência passada<sup>7</sup>. Surgirá no momento em que a pessoa ficar consciente de suas duas cognições relevantes e discrepantes.

A teoria revela que “a existência de dissonância origina pressões para reduzi-la e para evitar o seu recrudescimento. As manifestações da operação dessas pressões incluem mudanças de comportamento, mudanças de cognição e busca de novas informações”<sup>8</sup>. O ser humano modifica suas ações ou atitudes e adiciona seletivamente novas informações com o propósito de tentar manter a consistência, buscando atingir a coerência entre suas cognições conflitantes.

Além de pesquisas comportamentais, já há estudos de neurociência<sup>9</sup> que, por meio do exame de imagens do cérebro, buscam analisar a atividade mental do indivíduo antes e depois da decisão geradora da dissonância cognitiva. Conquanto não desvendem os mecanismos neurocognitivos que impulsionam

---

<sup>5</sup> FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 13.

<sup>6</sup> FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 11-15.

<sup>7</sup> FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 22-23.

<sup>8</sup> FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 22-23.

<sup>9</sup> BERKMAN, Elliot T.; JARCHO, Johanna M.; LIEBERMAN, Matthew D. *The neural basis of rationalization: cognitive dissonance reduction during decision-making*. SCAN (2011) 6, p. 460-467. Published by Oxford University Press. DOI: <10.1093/scan/nsq054>. Acesso em 25 ago. 2019.

a mudança de atitude, os achados das pesquisas mostram que acontecem rapidamente e sem intenção explícita as ativações neurais que levam à mudança de atitude, justamente para fazer cessar o sofrimento psicológico.

A teoria da dissonância cognitiva, portanto, evidencia que o indivíduo modifica ou ajusta seu pensamento ou sua atitude com o propósito de manter a coerência entre suas cognições ou crenças contraditórias, num afastamento da tensão psíquica que lhe gera incômodo ou angústia. A busca por consonância e a tentativa de reconciliar cognições discrepantes são um anseio básico, natural do ser humano<sup>10</sup>.

Porém, o que Festinger descobriu — e acabou por tornar sua pesquisa tão marcante — é que a pessoa procura eliminar ou diminuir a dissonância mais pela mudança de atitudes pessoais do que pelo abandono da crença ou da opinião anterior.<sup>11</sup> O indivíduo passa a buscar, de modo seletivo, informações correspondentes ou consonantes à sua crença, à sua primeira ação ou decisão.

Dois exemplos ajudarão a bem compreender a dissonância cognitiva. O primeiro, trazido por Festinger, é o do fumante habitual alertado para o fato de que o tabaco é mau para a sua saúde<sup>12</sup>:

Esse conhecimento é certamente dissonante com a cognição de que continua a fumar. Se estiver certa a hipótese de que haverá pressões para reduzir essa dissonância, o que se esperaria que essa pessoa faça? 1. Ela poderá simplesmente mudar a sua cognição sobre o seu comportamento modificando as suas ações; isto é, poderá deixar de fumar. Se já não fuma mais, então a sua cognição do que faz é consonante com o seu conhecimento de que o fumo é nocivo à saúde. 2. Ela poderá mudar os seus 'conhecimentos' sobre os efeitos do fumo. Isso parece ser uma forma algo peculiar de expressá-lo, mas traduz perfeitamente o que deve acontecer. A pessoa talvez acabe por acreditar, simplesmente, que o fumo não tem quaisquer efeitos deletérios ou por adquirir tantos 'conhecimentos' sobre os bons efeitos do fumo que os aspectos nocivos tornar-se-ão desprezíveis. Se conseguir mudar o seu conhecimento de uma ou outra dessas maneiras, terá reduzido, ou mesmo eliminado, a dissonância entre o que faz e o que sabe.

---

<sup>10</sup> FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 13.

<sup>11</sup> FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 70-80.

<sup>12</sup> FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 15.

Esse exemplo de Festinger depois ensejou alguns experimentos justamente com fumantes. Aronson, Wilson e Akert<sup>13</sup> mencionam o caso dos fumantes inveterados que buscaram tratamento para abandonar o vício, deixaram o cigarro por um tempo, mas depois voltaram a fumar intensamente, passando a minimizar os perigos do tabaco. Eles tinham ciência dos riscos inerentes à prática, isto é, sabiam que poderiam morrer prematuramente por conta de um câncer e que o mais coerente a fazer era mesmo deixar de fumar. Todavia, como cederam ao vício, para diminuir a dissonância, buscaram convencer-se de que fumar não era assim tão nocivo à saúde, passando a apresentar desculpas diversas para se justificar, dizendo, por exemplo, que os estudos sobre o câncer não eram conclusivos, que o filtro do cigarro retinha grande parte da nicotina ou que conheciam uma pessoa bem idosa que fumava desde a juventude<sup>14</sup>.

O segundo exemplo é fornecido por David Myers<sup>15</sup>, ao narrar que parte dos norte-americanos considerava que a guerra do Iraque, em 2003, era justificada para que aquele país, comandado por Saddam Hussein, não fizesse uso de armas de destruição em massa. Mas, depois, quando tais armas não foram encontradas, “a maioria favorável à guerra experimentou dissonância, a qual foi intensificada por sua consciência dos custos financeiros e humanos da guerra”. Os apoiadores do conflito reviram seus argumentos e passaram a sustentar que “as razões tornaram-se libertar um povo oprimido do governo tirânico e genocida e estabelecer as bases para um Oriente Médio mais pacífico e democrático”.

Ao longo dos anos, a partir das ideias iniciais de Festinger, vários outros estudos e experimentos foram feitos sobre a temática, mas prevalece a concepção original reveladora de que os seres humanos se valem de diversas estratégias para remover ou diminuir a dissonância cognitiva, pois ninguém quer parecer incoerente ou inconsistente<sup>16</sup>. As pessoas buscam novas informações e simulam atitudes não só para diminuir ou eliminar o desconforto (dissonância) e justificar

---

<sup>13</sup> ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D.; AKERT, Robin M. *Psicologia Social*. 3. ed. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: LTC, 2002, p. 115 e 116.

<sup>14</sup> ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D.; AKERT, Robin M. *Psicologia Social*. 3. ed. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: LTC, 2002, p. 116.

<sup>15</sup> MYERS, David G. *Psicologia Social*. 10. ed. Trad. de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH Editora, 2014, p. 126.

<sup>16</sup> HARMON-JONES, Eddie; HARMON-JONES, Cindy. Cognitive dissonance theory after 50 years of development. *Zeitschrift für Sozialpsychologie*, 38(1), 2007, p. 13. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1024/0044-3514.38.1.7>> Acesso em 15 mar. 2019.

suas crenças e atos, mas também visando preservar ou manter sua autoimagem positiva ou sua autoestima<sup>17</sup>.

Como se vê, a mudança de atitude ou de comportamento pode expressar-se de diversas formas. A pessoa pode, diante de uma situação de dissonância cognitiva, alterar seus argumentos, tentando manter a consistência entre as opiniões contraditórias, assim como pode ignorar elementos cognitivos dissonantes. Pode adicionar (seletivamente) mais informações, tentando aumentar o número de elementos cognitivos consonantes que justifiquem sua ação e reduzam a dissonância. Pode, também, praticar um ato ou expressar uma ideia que não condiz com sua crença ou ideia tão somente para afastar a tensão entre suas duas cognições incompatíveis<sup>18</sup>. Noutras palavras, a pessoa pode alinhar ou ajustar suas atitudes em conformidade com seus comportamentos anteriores, de modo a buscar coerência e a poder justificar seus atos ou escolhas.

Essa breve explanação é suficiente para apresentar a essência dessa teoria de que o ser humano age para reduzir ou eliminar a dissonância que sente quando tem duas opiniões (cognições) contraditórias. Parece nítido como esse fenômeno influencia ou distorce o processo de tomada de decisão. A necessidade de manter a coerência e preservar a autoimagem gera atitudes que nem sempre são as mais racionais ou revelam comportamentos simulados, marcados pela insinceridade ou hipocrisia<sup>19</sup>.

O certo é que a teoria desenvolvida por Festinger desvela que quanto mais comprometido se está com uma ideia ou crença, mais difícil é abandoná-la, mesmo que surjam evidências fortes em sentido contrário. Ainda que sejam confrontadas as razões que levaram a uma decisão, a pessoa tende a apresentar novas informações justificadoras de seu agir ou pensar. Cabe aqui lembrar uma máxima de Pensées Joubert, pensador francês citado por Myers<sup>20</sup>, alertando para o fato de que “aqueles que nunca voltam atrás em suas opiniões amam mais a si mesmos do que à verdade”.

No tópico seguinte, almeja-se expor como o fenômeno da dissonância cognitiva pode influenciar diretamente a tomada de decisões judiciais na seara penal.

---

<sup>17</sup> GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. *Psicologia*. 6. ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 615.

<sup>18</sup> DAVIDOFF, Linda L. *Introdução à Psicologia*. 3. ed. Trad. de Lenke Peres. São Paulo: Pearson Madron Books, 2001, p. 360.

<sup>19</sup> MYERS, David G. *Psicologia Social*. 10. ed. Trad. de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH Editora, 2014, p. 126.

<sup>20</sup> MYERS, David G. *Psicologia Social*. 10. ed. Trad. de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH Editora, 2014, p. 178.

### 3. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal

É relevante e crescente o interesse em entender, à luz da psicologia cognitiva e da neurociência, como o juiz, valendo-se de heurísticas, age e pensa para resolver problemas e tomar decisões, estando sujeito a falhas ou vieses<sup>21</sup>. O entusiasmo pela compreensão desses processos mentais aumenta quando se nota, a partir da psicologia social e da teoria da dissonância cognitiva, que o desejo de manter a coerência e a preocupação com a autoimagem podem influenciar a tomada de decisão por parte do julgador.

A dissonância cognitiva, definida como o desconforto ou tensão gerada a partir de duas crenças ou cognições contraditórias, não é um fenômeno atípico na vida dos juízes. Como proferem inúmeras decisões em suas jornadas, é normal e até comum que haja pontos de tensão entre os entendimentos que expressam em diversos casos, por suas peculiaridades, e também no curso de um mesmo processo.

Segundo Ruiz Ritter<sup>22</sup>, a teoria da dissonância cognitiva evidencia que todo o indivíduo tende a buscar um estado de coerência entre suas crenças, pensamentos e atitudes, de forma que, quando se vê diante de cognições discrepantes, passa a enfrentar uma situação incômoda, desconfortável, de tensão psicológica, responsável pela manifestação de diversos processos involuntários direcionados a restabelecer a harmonia interna entre suas crenças, opiniões e comportamentos. “Logo, pode-se afirmar que há uma tendência, no ser humano, à estabilidade cognitiva, intolerante a incongruências, que são inevitáveis nos casos de tomada de decisões (...)”.

Algumas ilustrações auxiliarão a entender como a tensão psicológica entre duas crenças ou cognições contraditórias pode fazer com que um juiz aja, instintivamente<sup>23</sup>, tentando eliminar ou diminuir a dissonância mais pela

---

<sup>21</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019. Disponível em <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>>. Acesso em 15 mar. 2019.

<sup>22</sup> RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 162.

<sup>23</sup> Como assinalou Enrico Altavilla: “Não é somente com as faculdades intelectuais que o homem julga, mas também com suas faculdades instintivas, com os seus sentimentos (...). O instinto é, na verdade, um fator obscuro e poderoso de todo julgamento, e principalmente do que é feito pelo magistrado penal. (...) No julgamento penal têm, frequentemente, predomínio certos movimentos sentimentais e emotivos, que dão uma orientação especial à personalidade do juiz que procede ao exame das provas” (ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*. Personagens do processo penal. Vol. V. 4. ed. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado, 1960, p. 66-67).

mudança de atitude ou de comportamento do que pelo abandono da crença ou opinião anterior.

Há flagrante dissonância quando o julgador, em sede de cognição sumária<sup>24</sup>, ao analisar uma medida de urgência, faz um juízo positivo da probabilidade do direito alegado, mas depois, no juízo de cognição exauriente, constata que não existe o direito afirmado. Mesmo que o primeiro juízo tenha sido de mera probabilidade (e não de certeza), o magistrado, dependendo da hipótese, sentirá certo desconforto por ter reconhecido a plausibilidade de um direito inexistente.

Por exemplo, se o juiz, na fase investigativa, entendendo presentes os pressupostos (prova da materialidade delitiva e indícios de autoria) e um dos fundamentos da prisão preventiva, como a necessidade de garantir a ordem pública, vem a decretar a custódia preventiva de um acusado, tende a sentir algum desconforto ou angústia para depois admitir que a conduta era atípica ou que os indícios que justificaram a prisão por razoável período são frágeis e não permitem a condenação.

Numa outra hipótese, o magistrado que deferiu pleitos de interceptação telefônica e de prorrogação dessas escutas se mostra mais propenso a receber a denúncia atinente aos fatos investigados. Se admitiu o emprego de referida medida mais invasiva de apuração, é difícil ele não reputar presentes elementos bastantes para o início da ação penal. Do mesmo modo, o juiz que rejeitou pedidos de quebras de sigilo (bancário e fiscal) tende a ser mais rigoroso no exame da admissibilidade da peça acusatória.

Pode haver dissonância cognitiva quando o juiz, a partir do que decidiu em sede de cognição sumária (superficial), no início da lide, depara-se depois, ao final, na cognição exauriente (completa ou exaustiva), com evidências ou elementos diversos que não corroboram a avaliação inicial. O magistrado pode ficar inclinado a agir para confirmar o conteúdo da decisão produzida em cognição sumária. Por causa do *lock-in effect* (viés de trancamento), estará mais propenso a manter a decisão anterior, ainda que tenha sido tomada sem uma cognição plena da questão, já que antes investiu tempo e pesquisa, firmando uma convicção sobre o assunto. O juiz pode tender a decidir de forma a “demonstrar racionalidade com relação ao seu próprio raciocínio ou restaurar

---

<sup>24</sup> Quanto ao grau de profundidade do conhecimento do juiz, ou seja, quanto à abrangência vertical com que o magistrado analisa os fatos, a cognição pode ser superficial (conhecimento sem profundidade, mero juízo de probabilidade) ou exauriente (conhecimento integral das provas para resolver a questão) (GAGLIARDI, Pedro. *As liminares em processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 22).

a consistência entre as consequências de suas ações e seu conceito próprio de tomada de decisão racional”<sup>25</sup>.

Entretantes, o juízo provisório evidentemente não pode se sobrepor ou definir os rumos dos juízos definitivos. Da parte do tomador da decisão, é preciso muito cuidado para esse ponto, pois a ingerência do primeiro juízo sobre o segundo acontece também por força de estímulos que estão abaixo do nível da consciência.

Ao comentar sobre a dissonância pós-primeira impressão, Ritter<sup>26</sup> aduziu o seguinte:

“(…) após a obtenção de uma cognição inicial (primeira impressão) sobre alguém (positiva ou negativa), a tendência do indivíduo é de preservá-la, evitando-se o rompimento do seu estado de consonância cognitiva, que somente estará em perigo se esta for contrariada. Não sendo possível, porém, dita manutenção, sobrevivendo cognições que questionam aquela primeira (novas informações aptas a modificarem a primeira impressão), entrarão em cena processos involuntários destinados ao restabelecimento do status quo. São eles a mudança de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes; a desvalorização de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes; a adição de novos elementos cognitivos que sejam consonantes com a cognição existente; e a evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes, além das três técnicas específicas da percepção errônea, da invalidação e do esquecimento seletivo”.

De outro lado, quando compara os casos similares que lhe são submetidos, mas entende que, por alguma especificidade, merecem soluções diversas, o magistrado também experimenta dissonância cognitiva e busca explicitar aspectos das causas e argumentos que justifiquem as resoluções em sentidos diferentes, em vista do desejo de decidir cada disputa de forma consistente, com acerto e justiça. O juiz, até porque quer guardar coerência com sua posição acerca da matéria, tende a relutar para decidir<sup>27</sup> de forma diferente do que fez no processo antecedente.

<sup>25</sup> LYNCH, Kevin J. The lock in effect of preliminary injunctions. *Florida Law Review*. Vol. 66, 2014, p. 785. Disponível em: <<http://www.floridalawreview.com/wp-content/uploads/9-Lynch.pdf>>. Acesso em 28/09/2019.

<sup>26</sup> RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 144.

<sup>27</sup> Ruiz Ritter, ao refletir sobre a imparcialidade e os impactos da dissonância cognitiva no processo penal, afirma que “decidir não é apenas fazer uma escolha. Muito mais do isso, é assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, já que tudo que a contrariar produzirá dissonância e deverá ser evitado, ou se não for possível, deturpado” (RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 133).

Ainda, acaso o juiz rejeite a peça inicial acusatória, por entender que inexistente justa causa para a abertura do processo, vindo a segunda instância a dar provimento ao recurso do Ministério Público, recebendo a denúncia, pode depois aquele julgador de 1º grau, de modo enviesado, apresentar resistência para condenar o réu, ainda que a acusação exiba provas bastantes de sua culpa. Da mesma forma, se a defesa obtiver a anulação da sentença condenatória por cerceamento na sua atuação, o magistrado que condenou o réu na primeira instância, se tiver de novamente julgar o caso, estará mais propenso a proferir novo édito condenatório, se não policiar seu proceder<sup>28</sup>, se não atentar para o fenômeno psicológico aqui debatido.

Já o magistrado que sustenta certa posição numa obra acadêmica ou num discurso sentirá dissonância se, num caso concreto submetido à sua análise, tiver de assumir posição diversa, de forma que pode se ver mudando ou simulando atitudes com o propósito de diminuir ou eliminar o desconforto (dissonância). Se não ficar atento, sucumbirá à pressão voltada ao estabelecimento de correspondência entre os elementos cognitivos, podendo o caso reclamar solução diversa.

Mais um e último exemplo de situação em que pode acontecer o fenômeno da dissonância cognitiva: se, num colegiado, o relator é surpreendido por um excelente voto-vista em sentido contrário a seu encaminhamento para o caso, sentirá enorme desconforto, mas resistirá para mudar sua posição, ainda que sejam muito sólidos e precisos os argumentos contrários apresentados pelo juiz que depois dele veio a votar. É natural que assim aconteça por uma questão de autoestima, de preservação da autoimagem.

Comentando sobre como decidem os tribunais brasileiros, José Rodrigo Rodriguez<sup>29</sup> afirma que o desenho do Poder Judiciário pode refletir sobre os efeitos de julgamentos colegiados ou singulares no que tange à congruência das decisões. Rodriguez<sup>30</sup> esclarece que:

---

<sup>28</sup> Os sentimentos, a emoção e a intuição (arquétipo da *anima*) naturalmente têm valor no processo de tomada de decisão judicial, mas a racionalidade jamais pode ser abandonada. O uso equilibrado dessas ferramentas pelo magistrado é que conduzem à solução mais justa e adequada da demanda (PRADO, Lídia Reis de Almeida. Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da atividade jurídica*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002. p. 91-93).

<sup>29</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 155.

<sup>30</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 155.

“Há pesquisas cujo objetivo é averiguar empiricamente a variação no resultado destes dois modos de desenhar os organismos jurisdicionais. Uma delas (Schauer e Zeckhauser, 2007) aponta que em julgamentos colegiados corre-se o risco de que o debate entre os juízes roube a cena em detrimento das circunstâncias do caso concreto. Torna-se mais importante vencer o oponente do que resolver o problema apresentado aos juízes”.

As transmissões, ao vivo, das sessões da Corte Suprema brasileira pela televisão ou pela *internet*, permitem notar com clareza como amiúde acontecem tais embates. O colegiado deveria funcionar como um filtro corretivo de posições ou de eliminação de vieses cognitivos, mas a perseverança da crença se faz ali presente e os julgadores tentam evitar que sejam vistos como tomadores de decisões inconsistentes. Abraçados a sua solução egoísta<sup>31</sup>, agem mais preocupados em apresentar ao público uma imagem positiva de si mesmos<sup>32</sup>. Os longos votos escritos também se tornam formas de buscar a redução da dissonância (também notada pelo público externo), reafirmar posições preconcebidas e tentar evitar danos à reputação da justiça.

Destarte, muitas vezes, o comprometimento prévio com uma posição faz com que o julgador tenha dificuldade de acompanhar a maioria num colegiado<sup>33</sup>, de voltar atrás numa decisão ou de julgar em sentido contrário à ideia inicial. É assim também quando se assume um compromisso público, em que se costuma ficar preso a uma declaração ou uma compreensão sobre determinado tema, de maneira que a persuasão ficará restringida, hesitando-se muito para reverter um ponto de vista.

Nesses casos, à luz da teoria da dissonância cognitiva, o juiz pode ficar apegado à crença ou à opinião anterior, vindo a praticar ato ou a expressar ideias que não condizem com seu pensamento, apenas para afastar a tensão entre as duas cognições contraditórias. Pode querer adicionar informações, ajustar sua compreensão e agir consoante seu entendimento anterior, tão

---

<sup>31</sup> O fato de os ministros muitas vezes levarem votos prontos, escritos, parece dificultar para que eles concordem com seus pares a partir da força e da pertinência de seus argumentos e ponderações. Costuma prevalecer a crença ou o entendimento com o qual cada um já está psicologicamente comprometido.

<sup>32</sup> COLLINS Jr, Paul M. Cognitive Dissonance On The U.S. Supreme Court. *Workshop On Law, Economics, And Politics, University Of Texas School Of Law*, February 2, 2009, p. 6-8. Disponível em: <[https://law.utexas.edu/wp-content/uploads/sites/25/collins\\_cognitive\\_dissonance.pdf](https://law.utexas.edu/wp-content/uploads/sites/25/collins_cognitive_dissonance.pdf)>. Acesso em 28 set. 2019.

<sup>33</sup> “Quando o plenário decide e o ministro-agente discorda, usa o poder de decisão monocrática para ignorar ou contrariar a manifestação do plenário. Mesmo vencido no colegiado, o ministro continua a promover sua posição, agora jogando sozinho” (FALCÃO, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck. *Onze Supremos, todos contra o plenário*. In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego; Recondo, Felipe (Orgs.). *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017, p. 23-24).

somente para manter a consistência e a coerência entre seus atos, preservando sua autoimagem.

Bernd Schünemann<sup>34</sup> vai além, não se detendo nas possibilidades acima comentadas e que rodeiam o raciocínio judicial. Para o professor alemão, a dissonância cognitiva efetivamente produz o efeito da perseverança ou o mecanismo de autoafirmação, assim como leva inevitavelmente à busca seletiva de informações:

“O efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida faz com que as informações, previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas. Já o princípio da busca seletiva de informações favorece a ratificação da hipótese originária que tenha sido, na autocompreensão individual, aceita pelo menos uma vez. Isso ocorre pelo condicionamento da busca à obtenção de informações que confirmem a preconcepção, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis (...)”.

Em verdade, no contexto da dissonância cognitiva, faz-se muito presente o viés de confirmação (*confirmation bias*), falha cognitiva daquele que, devendo justificar uma determinada escolha, seleciona apenas os elementos ou evidências que confirmam sua correção, ignorando os fatores contrários<sup>35</sup>. Muitas vezes, “após uma decisão, registra-se uma busca ativa de informações que produzam uma cognição consonante com a ação empreendida”<sup>36</sup>. Assim, se não tiver consciência do fenômeno em questão, o juiz pode deixar que a compreensão firmada num primeiro momento influencie naquilo que será decidido de forma definitiva naquele processo, ainda que as provas amealhadas caminhem em sentido diverso. A presença da dissonância leva à busca de informações correspondentes à primeira decisão.

A cognição sumária é essencial para resguardar a utilidade do provimento final e também para assegurar o gozo do direito numa situação de urgência,

<sup>34</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, set./dez. 2012, p. 35.

<sup>35</sup> Para uma abordagem detalhada do assunto: TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 70, jan/jun. 2017, p. 184-185. Disponível em <<https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2017v70p177>>.

<sup>36</sup> FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 80.

mas ela não pode definir o fundo do direito<sup>37</sup>, tarefa que deve ser cumprida pela cognição exauriente. Como o juiz não é uma máquina<sup>38</sup>, o trabalho feito em sede de cognição sumária acaba por influenciar — e isso é natural — a formulação da cognição plena, mas jamais pode determinar o resultado do processo. Se ele ficar vinculado a sua pré-compreensão, olvidando que decidiu com base na aparência do direito alegado, num momento em que o acusado não teve chance de se manifestar, desprezando completamente suas provas, não julgará com imparcialidade. Lucas Theodoro Dias Vieira e Natanael Lud Santos e Silva<sup>39</sup> bem detectaram o problema em foco:

“Portanto, em especial no tocante à vinculação com as decisões liminares, quando se trata das chamadas tutelas de urgência (inclusive os *habeas corpus*), também a “Teoria da Dissonância Cognitiva” vem reforçar o entendimento de que é necessário um movimento de contrapeso à costumeira tendência de forma atitudinal de julgamento nos Tribunais, de modo a impedir que as influências metajurídicas que os magistrados sobem sejam estímulos para decisões desrespeitosas a um modelo constitucional e participativo de processo”.

Por conseguinte, é a partir da referida teoria da dissonância cognitiva que se tem defendido, de maneira consistente e fundamentada, a adoção, pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro, da figura do juiz da prevenção<sup>40</sup> e de garantias<sup>41</sup> como causa de exclusão da competência, de forma a se evitar decisões enviesadas ou falhas.

<sup>37</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 88.

<sup>38</sup> Vale assinalar que os traços caracterológicos do juiz, seu perfil psicológico, seus valores pessoais, quer seja de ordem moral, política, religiosa, social, cultural, científica ou ética, constituem fatores que influenciam, consciente ou inconscientemente, a tomada da decisão judicial (ZIMERMAN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional: a crise do magistrado. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da atividade jurídica*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 125-132).

<sup>39</sup> VIEIRA, Lucas Theodoro Dias, SILVA, Natanael Lud Santos e. O modelo atitudinal de julgamento, os vieses de cognição e a colegialidade corretiva: Breves considerações. In: *Direito na Atualidade: Uma Análise Multidisciplinar*. André Vicente Leite de Freitas, Fernanda Paula Diniz, Henrique Viana Pereira (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 95.

<sup>40</sup> Segundo Gustavo Badaró, “prevenção vem do latim *prae-venire*, que significa chegar antes.” No código em vigor, a prevenção enseja a “concentração, em um órgão jurisdicional, da competência que abstratamente pertencia a mais de um órgão, inclusive a ele próprio, por ter atuado, previamente, no processo” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 249).

<sup>41</sup> No projeto de lei do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, em trâmite no Congresso Nacional, o juiz de garantias foi assim disciplinado: “Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado sobre a abertura de qualquer

Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter asseveram que o acesso aos autos do inquérito policial e a tomada de decisões na fase de investigação preliminar podem vincular cognitivamente o juiz, pois ele, natural e inconscientemente, depois sentirá a necessidade de manter a coerência com as informações recebidas e com as escolhas feitas na fase preliminar, o que evidencia, em definitivo, “(...) a necessidade de implantação do juiz das garantias, sob pena de não haver sequer condições para o exercício de uma jurisdição imparcial”<sup>42</sup>.

Ao comentar a regra de prevenção do art. 83 do CPP<sup>43</sup>, a juíza federal Danielle Souza de Andrade e Silva<sup>44</sup> afirma que, na fase pré-processual, ao ficar em contato com as fontes de investigação, “com a adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para interceptação telefônica etc.”, o magistrado realiza diversos pré-julgamentos, destacando que:

---

investigação criminal; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancimento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º; XIV – arquivar o inquérito policial; XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37; XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. (...) Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal. § 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo. § 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. § 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo. Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748. Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Dispõe sobre a reforma Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 27 set. 2019).

<sup>42</sup> LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. *A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. Revista *Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 13, n. 73, ago./set. 2016, p. 19-20.

<sup>43</sup> O art. 83 do CPP dispõe o seguinte: “Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).”

<sup>44</sup> SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório*. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 114.

“E esse mesmo juiz, imbuído naturalmente de ideias pré-concebidas, frutos até de sua perspicácia, formará pré-juízos sobre condutas e pessoas, não sendo conveniente que inicie o processo penal com tal comprometimento subjetivo. E foi justamente essa incompatibilidade psicológica que levou ao descrédito do modelo inquisitivo. O sistema ideal, aquele em que se encontraria o ponto de equilíbrio entre as liberdades individuais e a segurança pública, seria o bifásico, que garantisse a separação de funções: o órgão judicial atuante na instrução preliminar e aquele responsável pelo processamento e julgamento da causa propriamente dita, o garantidor do procedimento investigativo e o efetivamente julgador”.

Nessa mesma linha de raciocínio, o magistrado Eduardo José da Fonseca Costa<sup>45</sup>, do TRF da 3ª Região, a partir de relevante estudo interseccional entre direito processual, economia e psicologia, considera inadequada ou equivocada, comprometedora da imparcialidade objetiva, “a prolação da sentença penal condenatória pelo mesmo juiz que já apreciara pedido de prisão cautelar ou de concessão de medidas na fase investigativa, como busca e apreensão, interceptação telefônica e quebras de sigilo fiscal e bancário”.

A preocupação com os efeitos da dissonância cognitiva, indutora do viés de confirmação, tem levado promotores americanos<sup>46</sup> a buscarem por uma segunda opinião sobre as provas de seus casos. Esse novo olhar tem sido considerado útil para evitar que o promotor subestime o valor exculpatório de uma prova posteriormente descoberta. O olhar de um terceiro não será influenciado pelo desejo de evitar a dissonância cognitiva, prevenindo a acusação de inocentes calcada meramente na perseverança de crença.

A teoria da dissonância cognitiva encerra, pois, sólida base científica para justificar as inovações processuais acima apontadas ante o receio ou o temor de que o julgador que atuou na fase investigatória ou que examinou pleitos cautelares possa não preservar a imparcialidade objetiva para ao final julgar a causa. No entanto, se o atual modelo de organização judiciária brasileiro ou a falta de recursos não permitir substituir o juiz tido por “contaminado”, que ao menos seja ele abertamente alertado para o risco de cometer injustiças por não perceber que ficou emocionalmente vinculado a uma pré-compreensão,

---

<sup>45</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 160-161.

<sup>46</sup> BURKE, Alafair S. Improving Prosecutorial Decision Making: Some Lessons of Cognitive Science. *William & Mary Law Review*, Vol. 47, 2006, p. 1621-1622. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol47/iss5/3>>. Acesso em: 28 set. 2019.

ao primeiro ponto de vista, mesmo quando depois as evidências amalhadas apontavam no sentido contrário.

Não é o caso de aprofundar, neste ensaio, sobre as temáticas do juiz de garantias e da regra de prevenção<sup>47</sup>. O objetivo primordial deste breve estudo é apontar os efeitos da dissonância cognitiva sobre a tomada de decisão no âmbito do processo penal, mostrando que a teoria de Festinger constitui alicerce seguro para justificar tais inovações ou tecnologias processuais, mas, enquanto não implementadas, devem os juízes estar atentos para o fenômeno, que pode comprometer a imparcialidade objetiva, a independência, e conduzir a decisões falhas, enviesadas, distantes do ideal de justiça. A imparcialidade do juiz — note-se — manifesta-se também “pela independência contra seus próprios reflexos, tendências, proveitos e receios”<sup>48</sup>. Como asseverou Manuel Pedro Pimentel, “somente o juiz livre, livre de preconceitos, livre de juízos apriorísticos, livre de ideias estereotipadas, livre de injunções facciosas, poderá encontrar a verdade, essa mesma verdade que é a única que nos interessa (...)”<sup>49</sup>.

O juiz deve desconfiar de si para bem cumprir sua elevada missão<sup>50</sup>; deve querer alcançar a verdade e a justiça, mas deve fazê-lo com humildade, já que suas convicções, suas ideias preconcebidas já podem estar vulneradas pelos fatos e pelos argumentos de outrem<sup>51</sup>. Se não tiver grandeza e altivez para mudar de compreensão quando necessário, seu provimento pode ficar longe de realizar a justiça.

Enfim, diversos fatores podem influenciar a tomada de uma decisão judicial, podem explicar o comportamento e o raciocínio do julgador, mas, por tudo que se expôs neste estudo, a dissonância cognitiva e seus efeitos não podem ser desprezados, devendo ser investigados por aqueles que se importam com o soergimento de decisões livres de vícios ou defeitos que não se harmonizam com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>47</sup> Para uma análise aprofundada desses assuntos: MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: Da prevenção da competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>48</sup> BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 145.

<sup>49</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. Discurso de posse, em 26/04/1962, no cargo de juiz criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo *apud* BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 141.

<sup>50</sup> Eduardo José da Fonseca Costa propõe que o tomador da decisão empregue a técnica do “advogado do diabo” ou do “considerar o oposto” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 202).

<sup>51</sup> BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 144.

#### 4. Considerações finais

A teoria da dissonância cognitiva revolucionou o conhecimento sobre motivações, atitudes e comportamentos humanos, ajudando a desvendar os processos mentais subjacentes à tomada de decisões.

O desconforto gerado a partir de duas crenças ou cognições discrepantes é um fenômeno relativamente comum na atuação dos juízes criminais, ante o grande número de decisões que proferem nos diversos processos que conduzem. A dissonância se verifica especialmente quando, num determinado processo, o magistrado emite provimentos em sede de cognição sumária (superficial) e de cognição exauriente (plena).

Se o julgador não tiver consciência desse fenômeno tão estudado no campo da psicologia social, o processo de tomada de decisão pode tornar-se distorcido. A necessidade de o juiz manter a coerência e de preservar a autoimagem perante terceiros gera atitudes que nem sempre são as mais racionais. Seus sentimentos se sobrepõem à racionalidade. Busca seletivamente informações que possam aumentar o número de elementos consonantes que justifiquem sua ação e reduzam a dissonância. Pratica ato ou expressa uma ideia que não condiz com seu pensamento, apenas para afastar a tensão entre suas duas cognições contraditórias.

O estudo revelou que, num quadro de dissonância cognitiva, tende a eclodir o viés de confirmação (*confirmation bias*), quando o julgador leva em consideração apenas informações ou provas que confirmem sua crença, sua hipótese (elementos consonantes), desprezando os elementos em sentido contrário (elementos dissonantes).

É nesse contexto que tem ganhado força a ideia de se adotar, no ordenamento jurídico-penal pátrio, o denominado juiz de garantias e também a regra de prevenção como mecanismo de afastamento da competência do magistrado que atuou na fase pré-processual ou que apreciou pleitos cautelares. Embora esses temas não tenham sido o foco central deste ensaio, a teoria da dissonância cognitiva encerra um alicerce epistêmico sólido para que o assunto seja seriamente discutido, de modo a se vencer a resistência dos juízes e dos promotores brasileiros, assim como das entidades a que estão vinculados.

Seja como for, o mais relevante é que os integrantes do Poder Judiciário e os demais atores do processo tenham plena consciência do fenômeno aqui abordado. A dissonância cognitiva não pode impedir que o julgador raciocine de forma imparcial e independente. Tendo conhecimento desse fato, o magistrado

precisa agir com cautela e discernimento, desconfiando de si mesmo, para não cair nas armadilhas inconscientemente construídas em sua própria mente.

Em arremate, o juiz não pode ser escravo de suas paixões ou preconceções, que podem colocar em xeque sua imparcialidade e comprometer o acerto de sua decisão. Para bem exercer a tarefa de julgar, interpretando leis e valorando provas no âmbito do processo penal, o julgador deve primeiro vencer seus preconceitos, questionar suas próprias ideias e conhecer seu próprio íntimo, no qual, às vezes, de maneira inconsciente, formam-se autocompromissos ou prejudgamentos que podem levar a um provimento distante do ideal de justiça.

## 5. Referências

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*; personagens do Processo Penal. Vol. V. 4. ed. Trad.: Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1960.

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da Psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019. DOI: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>>.

ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D.; AKERT, Robin M. *Psicologia social*. 3. ed. Trad.: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

BERKMAN, Elliot T.; JARCHO, Johanna M.; LIEBERMAN, Matthew D. *The neural basis of rationalization: cognitive dissonance reduction during decision-making*. SCAN (2011) 6, p. 460-467. Published by Oxford University Press. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1093/scan/nsq054>>.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002.

BURKE, Alafair S. Improving prosecutorial decision making: some lessons of Cognitive Science. *William & Mary Law Review*, vol. 47, 2006, p. 1587-11633. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol47/iss5/3>>.

COLLINS Jr, Paul M. Cognitive dissonance on the U.S. Supreme Court. *Workshop on Law, Economics, And Politics, University of Texas School of Law*, February 2, 2009, p. 1-46. Disponível em: <[https://law.utexas.edu/wp-content/uploads/sites/25/collins\\_cognitive\\_dissonance.pdf](https://law.utexas.edu/wp-content/uploads/sites/25/collins_cognitive_dissonance.pdf)>.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre Direito Processual, Economia e Psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018.

DAVIDOFF, Linda L. *Introdução à Psicologia*. 3. ed. Trad.: Lenke Peres. São Paulo: Pearson Madron Books, 2001.

FALCÃO, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck. Onze Supremos, todos contra o plenário. In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego; Recondo, Felipe (Orgs.). *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017, p. 20-29.

FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

GAGLIARDI, Pedro. *As liminares em processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. *Psicologia*. 6. ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GLEITMAN, Henry; REISBERG, Daniel; GROSS, James. *Psicologia*. 7. ed. Trad. de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2009.

HARMON-JONES, Eddie; HARMON-JONES, Cindy. Cognitive dissonance theory after 50 years of development. *Zeitschrift für Sozialpsychologie*, 38(1), 2007, p. 7-16. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1024/0044-3514.38.1.7>>.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 13, n. 73, ago./set. 2016, p. 12-25.

LYNCH, Kevin J. The lock in effect of preliminary injunctions. *Florida Law Review*. Vol. 66, 2014, p. 779-821. Disponível em: <<http://www.floridalawreview.com/wp-content/uploads/9-Lynch.pdf>>.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal*; da prevenção da competência ao Juiz de Garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MYERS, David G. *Psicologia Social*. 10. ed. Trad.: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH Editora, 2014.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional. In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da atividade jurídica*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 85-95.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal*: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* – para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório*. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, set./dez. 2012, p. 30-50.

TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 70, jan./jun. 2017, p. 177-196. DOI: <<https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2017v70p177>>.

VIEIRA, Lucas Theodoro Dias, SILVA, Natanael Lud Santos e. O modelo atitudinal de julgamento, os vieses de cognição e a colegialidade corretiva: Breves considerações. In: *Direito na Atualidade: Uma*

Análise Multidisciplinar. André Vicente Leite de Freitas, Fernanda Paula Diniz, Henrique Viana Pereira (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 83-103.

ZIMERMAN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional: a crise do magistrado. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da atividade jurídica*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 125-132.

**Informações adicionais:**

Agradecimentos (*acknowledgement*): Agradeço ao Professor Dr. Túlio Lima Vianna, do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, que estimulou o estudo do assunto. Aos amigos Rudson Coutinho da Silva e Eliane Maria de Carvalho, pelo incentivo e troca de ideias. Expresso ainda minha gratidão aos amigos Marco Aurélio Badue Kallas, Maria Helena Soares Ferreira Borges e Guilherme D. P. Sousa, pela gentil colaboração na revisão do texto.





## ARTIGO IV

# A reconstrução do conceito clássico de jurisdição civil: do pós-positivismo jurídico à implantação de um sistema normativo de precedentes judiciais<sup>1</sup>

*The reconstruction of the classical concept of civil jurisdiction: from legal post-positivism to the implementation of a normative system of judicial precedents*

---

PEDRO AUGUSTO SILVEIRA FREITAS

*Graduação em Direito pela Universidade de Itaúna (2010-2013) e pela Faculdade Milton Campos (2013-2015). especialização em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016-2017). mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2018). Assistente judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.*

**Resumo:** O presente artigo examinará a possibilidade e a necessidade de se realizar a resignificação do conceito clássico de jurisdição. Em virtude das transformações operadas em nosso sistema jurídico, especialmente a partir da promulgação e vigência do novo Código de Processo Civil, que implantou um sistema normativo de precedentes judiciais, o significado atribuído à jurisdição deve, justamente, corresponder às mudanças ocorridas na seara processual. Ao longo do estudo será justificado o fato de que a jurisdição recebeu influxos da implantação do pós-positivismo e da introdução de um sistema normativo de precedentes judiciais, que acabaram por acrescer o seu significado, de modo que a jurisdição civil não mais pode ser concebida como atividade do juiz voltada apenas à solução do caso concreto, mediante a declaração e a aplicação da lei. Portanto, a resignificação da jurisdição implica trasladar-lhe para um lugar de destaque na criação e no desenvolvimento do direito, especialmente quando do desenvolvimento e da formação de precedentes judiciais. O conceito de jurisdição deve corresponder a uma função estatal, por meio da qual o Estado, personificado por um de seus órgãos jurisdicionais, exerce, em comparticipação, o poder jurisdicional, a fim de alcançar a pacificação de conflitos e, igualmente, de realizar o desenvolvimento e o

---

<sup>1</sup> Artigo apresentado originalmente como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

aprimoramento do direito, quando da aplicação, por meio de um processo justo, dos textos normativos – regras, princípios e precedentes judiciais.

**Palavras-chave:** Jurisdição civil; Pós-positivismo; Precedentes judiciais; Ressignificação conceitual; Desenvolvimento do direito.

**Abstract:** *This article will examine the possibility and the necessity to carry out the re-signification of the classic concept of jurisdiction. Due to the transformations that have taken place in our legal system, especially since the enactment and enforcement of the new Code of Civil Procedure, which established a normative system of judicial precedents, the meaning attributed to the jurisdiction must correspond precisely to the changes that occurred in the procedural court. Throughout the study, it will be justified that the jurisdiction received inflows from the deployment of post-positivism and the introduction of a normative system of judicial precedents, which eventually added up to their meaning, so that civil jurisdiction could no longer be conceived as an activity of the judge concerned only for the solution of the specific case, through the declaration and the application of the law. Therefore, the re-signification of the jurisdiction implies transferring it to a prominent place in the creation and development of law, especially when developing and forming judicial precedents. The concept of jurisdiction must correspond to a state function, whereby the State, personified by one of its jurisdictional bodies, exercises judicial power in order to achieve pacification of conflicts and also to carry out the development and improvement of the law, when applying, through a fair process, normative texts - rules, principles and judicial precedents.*

**Keywords:** *Civil jurisdiction; Post-positivism; Judicial precedents; Conceptual resignification; Development of the Law.*

**SUMÁRIO:** 1. Considerações prévias; 2. Conceito clássico de jurisdição civil; 3. O pós-positivismo jurídico como catalisador da alteração do conceito clássico de jurisdição civil; 4. O sistema normativo de precedentes judiciais como elemento de modificação do conceito clássico de jurisdição civil; 5. Prolegômenos para a reconstrução do conceito clássico de jurisdição civil; 6. A ressignificação do conceito clássico de jurisdição civil; 7. Aspectos conclusivos; 8. Referências.

## 1. Considerações prévias

O aprimoramento do direito processual perpassa pelo estudo crítico de seus **institutos fundamentais**: a jurisdição, a ação, a defesa e o processo. Todos os fenômenos processuais derivam, seja num movimento de generalização – a partir do estudo sobre o processo, teoriza-se a existência de um processo justo, *v.g.* –, seja numa marcha de especificação – a partir da defesa, reconhece-se a importância da citação do réu, *v.g.* –, em sua essência, de uma dessas categorias jurídicas básicas. A Teoria Geral do Processo, fragmento da Teoria Geral do

Direito, dedica-se, justamente, à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos processuais fundamentais, entre eles, relevantemente, os quatro institutos apontados (CINTRA, 2009).

Todavia, conquanto tais categorias jurídicas constituam o objeto da ciência processual, o caráter publicista e instrumental do sistema processual sobreleva o instituto da jurisdição, atribuindo-lhe primazia em detrimento aos demais. A preponderância metodológica pela jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pela defesa ou pelo processo, decorre da necessidade de propiciar meios ao Estado para **fazer atuar** o Direito (DINAMARCO, 2013). Isso porque o processo jurisdicional possibilita que o Estado tutele os direitos e as liberdades em suas multifacetadas concepções – privada, pública, social, cultural, econômica, coletiva, ambiental, histórica ou política. É, pois, pela jurisdição, exercida por meio de um processo justo, que se permite declarar, reconhecer, proteger e efetivar as diversas esferas jurídicas ameaçadas ou lesadas, solvendo as crises de direito material.

Acentue-se, no particular, que a sociedade civil tem se revelado cada vez mais organizada e predisposta a intentar, especialmente pela via jurisdicional, o reconhecimento de suas pretensões. Fenômeno que provoca, de um lado, a discussão e o aprimoramento dos direitos e das liberdades, e, de outro, fortalece o papel da jurisdição na concretização das normas constitucionais e dos direitos fundamentais (FRANCO, 2006) e, igualmente, na garantia da eficácia do ordenamento jurídico (BEDAQUE, 2009).

## 2. Conceito clássico de jurisdição civil

A literatura jurídica especializada, ainda sob a vigência do revogado Código de Processo Civil (1973), dedicou-se ao estudo da temática, balizando e escandindo os contornos teóricos sob os quais o instituto da jurisdição encontrava-se circunscrito. De acordo com os estudos realizados, afirma-se que a jurisdição civil corresponderia, em síntese, a uma função estatal, por meio da qual o Estado, personificado por um de seus órgãos jurisdicionais, substitui-se aos titulares dos interesses para alcançar, com imparcialidade, a pacificação do conflito, e fazer atuar, por meio do processo, as regras e os princípios que regem determinado caso concreto.

Nesse exato sentido, e de acordo com a proposta teórica formulada pelo jurista italiano Giuseppe Chiovenda, a jurisdição civil teria o principal escopo de fazer atuar a vontade contida no texto legislativo, de modo que tal instituto

deveria ser compreendido como “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva” (CHIOVENDA, 2009).

Logo após a promulgação da Constituição da República, José Rogério Cruz e Tucci e Rogério Lauria Tucci discorreram sobre a garantia da tutela jurisdicional como um direito subjetivo público de acesso aos órgãos do Poder Judiciário e pontuaram, naquela oportunidade, que a jurisdição deveria ser entendida como

poder-dever concedido aos agentes do Poder Judiciário – juízes e tribunais – para, no exercício de função em lei definida, e mediante atividade substitutiva dos membros da comunhão social, realizar o direito aplicável a uma pretensão (no processo civil) ou a um conflito de interesses de alta relevância social (no processo penal). (TUCCI; TUCCI, 1989).

Humberto Theodoro Júnior, ao reconhecer que o Estado assumiu o encargo e o monopólio de definir concretamente o direito aplicável diante das situações litigiosas, bem como de realizar esse mesmo direito, compreende a jurisdição “como o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada relação jurídica” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p.38). Na sequência, sintetiza que “jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida” (Ibidem, p.40).

Para o renomado processualista Cândido Rangel Dinamarco, o exercício da jurisdição teria por escopos promover a pacificação de pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça; educar as pessoas para o respeito a direitos alheios e para o exercício dos seus próprios direitos; concorrer para a estabilidade das instituições políticas e para a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado (DINAMARCO, 2004, p.125-137). Após identificar os propósitos do processo civil, conceitua o instituto da jurisdição como a “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (Ibidem, p.309).

Ainda, de acordo com Fredie Didier Jr., a jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial para realizar o Direito de modo imperativo e criativo,

reconhecendo, efetivando e protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível (DIDIER JR., 2013, p.105).

Segundo a proposta de Antônio Carlos de Araújo Cintra, de Ada Pellegrini Grinover e de Cândido Rangel Dinamarco, em obra clássica da literatura jurídica brasileira, a jurisdição poderia ser conceituada como

[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada). (CINTRA et al, 2009, p.147).

Percebe-se, a partir desses apontamentos teóricos, que a jurisdição se caracteriza por ser **substitutiva** ou **secundária**, na medida em que o Estado realiza coativamente uma atividade que deveria ter sido exercida espontaneamente pelos sujeitos da relação jurídica submetida à decisão (heterocomposição); pelo caráter **instrumental**, já que a sua serventia se destina a dar atuação prática às regras do Direito; por ser **desinteressada**, **inerte**, e carecer de **provocação**, donde decorre a regra de que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte interessada a requerer; por ser **criativa**, na medida em que gera a regra jurídica singular do caso concreto; por ser **técnica de tutela de direitos** mediante um processo, seja para reconhecê-los, seja para efetivá-los, seja para protegê-los; por atuar em uma **situação jurídica concreta**; por ser **insuscetível de sindicância**, não estando a decisão produzida submetida ao controle de nenhum outro poder; pela aptidão à formação da **coisa julgada material**, de modo a tornar a decisão judicial indiscutível e imutável; por ser **inevitável**, já que, uma vez instaurado o processo, os seus efeitos independem da vontade dos litigantes e são impostos com fundamento no *imperium* do qual o juiz se encontra investido; por ser **indelegável**, não podendo as suas funções serem transmitidas a outros órgãos.

Todavia, em virtude das transformações operadas em nosso sistema jurídico, especialmente a partir da promulgação e vigência do novo Código

de Processo Civil – do que decorre a valorização da aplicação do ordenamento jurídico na resolução das questões submetidas à apreciação do Poder Judiciário e, ainda, a implantação de um sistema normativo de precedentes judiciais –, o significado atribuído à jurisdição deve, justamente, corresponder a essas mudanças ocorridas na seara processual, conforme adiante restará demonstrado.

### 3. O pós-positivismo jurídico como catalisador da alteração do conceito clássico de jurisdição civil

A atividade jurisdicional e, por consequência, a resolução das questões jurídicas perpassam, na atualidade, pela necessidade de se alcançar uma coordenação entre duas propostas aparentemente antagônicas: de um lado, a declaração da autenticidade e da validade do direito positivado, expressado pela Constituição, pelas leis e pelos precedentes judiciais; e, de outro, a afirmação da importância e do valor da realidade prática, da qual exsurgem princípios de ordem ética e moral e tantos outros valores de ordem social, próprios de uma determinada comunidade (SIMIONI, 2014, p.782). A partir dessa complexa – mas, na contemporaneidade, imprescindível – relação de coordenação entre a positivação jurídica e a realidade prática, demonstra-se a superação do positivismo legalista pelo paradigma denominado **pós-positivismo**.

Nesse modelo de direito, o procedimento que metodiza a decifração dos problemas jurídicos não mais pode ser resumido à mera subsunção de um texto legal positivado ao caso concreto, tal qual uma operação de lógica estritamente formal, por meio da qual se pressupõe, ficticiamente, que a complexidade fática já se encontrava exaurida pelas soluções prévias dadas por um ordenamento jurídico infalível. Ao contrário, a resolução das questões jurídicas, a fim de se tornar legítima e justa, deve ser capaz de manter um “equilíbrio dinâmico entre a autonomia formal do direito a sua diluição material nas redes de exigências e expectativas sociais” (Ibidem, p. 783).

A especializada doutrina, sob o enfoque do paradigma pós-positivista do direito, afirma que, na atualidade, a atividade jurisdicional busca ir além da legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas (BARROSO, 2015, p.283).

Nesse ambiente, promove-se a reaproximação entre o direito e a ética, reentronizando os

valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2015, p.283).

Logo, na idade do pós-positivismo, o fenômeno constitucional encontra-se “cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico, conjugando, assim, em bases axiológicas, a Lei com o Direito” (BONAVIDES, 2016, p.271).

A introdução do pós-positivismo na compreensão do fenômeno jurídico implicou significativas mudanças na atividade jurisdicional, na medida em que, ilustrativamente:

i) relativizou-se a separação entre direito e moral, admitindo critérios materiais de validade das normas jurídicas, obrigando o intérprete a “recorrer a fundamentos de ordem moral quando for delimitar o significado das normas jurídicas, pois só assim poderá definir o seu verdadeiro alcance e conteúdo” (BULOS, 2015, p.82);

ii) estabeleceu-se a distinção teórica entre texto e norma, instituindo, a partir daí, o método de concretização da norma jurídica, do qual exsurge a constatação de que “a norma jurídica não está nem pronta nem é simplesmente passível de ser aplicada” (MÜLLER, 2009, p.148), ela “só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial” (Ibidem, p.305);

iii) consagraram-se as máximas da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso, cuja utilização se faz necessária tanto “à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico” (ÁVILA, 2007, p.123), quanto à sua aplicação “para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas” (Ibidem, 133);

iv) atribui-se um crescente papel ao juiz na elaboração do direito concreto, tornando “cada vez mais ultrapassada a oposição entre o direito positivo e o direito natural” (CHAÏM, 1996, p.392), apresentando-se o direito efetivo, cada vez mais, “como resultado de uma síntese em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes da vontade do legislador, da construção dos juristas, e considerações pragmáticas, de natureza social e política, moral e econômica” (Ibidem);

v) institui-se o dever de integridade do direito, por meio do qual exige-se “que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” (DWORKIN, 2014, p.264), inserindo o intérprete num complexo empreendimento literário, suficientemente capaz de constrangê-lo à criação do melhor romance possível, a partir do que recebeu por tradição e daquilo que acrescentou a ela (Ibidem, p. 275-279);

vi) priorizou-se, no setor dos direitos fundamentais, que a relação de tensão hermenêutica não poderia ser solucionada com base em uma precedência absoluta, “deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’” (ALEXY, 2011, p.95), no intuito de “definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto” (Ibidem).

Assim, resta demonstrado que o triunfo do pós-positivismo licenciou a abertura do sistema jurídico para questões que se encontravam além das barreiras da legalidade estrita e, ainda, rechaçou o método silogístico na solução das controvérsias jurídicas, tornando a argumentação e o discurso jurídicos complexos, plurais e dialéticos, e implicando, por via de consequência, um enorme ônus argumentativo no processo decisório.

Conquanto o pós-positivismo não tenha, propriamente, promovido modificações no conceito de jurisdição, há que se reconhecer que tal paradigma do direito implicou transformações no método de solução das questões jurídicas, compelindo o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, a fazer uma leitura moral e ética das regras e dos princípios afetados à solução do caso concreto.

#### **4. O sistema normativo de precedentes judiciais como elemento de modificação do conceito clássico de jurisdição civil**

O ordenamento jurídico brasileiro, que sempre foi regido pelo sistema da *civil law*, tem experimentado nos últimos tempos um movimento de valorização do direito jurisprudencial. Essa experiência jurídica, todavia, não decorre somente da transformação operada recentemente pelo novo Código de Processo Civil, mas advém, especialmente, das sucessivas alterações legislativas acontecidas nos últimos anos, com a instituição, entre nós, do incidente de uniformização de jurisprudência (cf. Artigos 476/479, do CPC/1973); do incidente de assunção de competência (cf. §1º, do artigo 555, do CPC/1973, incluído pela Lei 10.352/01); da implantação das súmulas vinculantes

(cf. Artigo 103-A, da CR/88, incluído pela Emenda Constitucional de nº 45/04); e da criação, mais recentemente, do incidente de julgamento de recursos repetitivos pelo Supremo Tribunal Federal (cf. Artigo 543-B, do CPC/1973, incluído pela Lei 11.418/06) e pelo Superior Tribunal de Justiça (cf. Artigo 543-C, do CPC/1973, incluído pela Lei 11.672/08).

Essa evolução normativa, aliada à relevância conferida à jurisprudência na prática judiciária brasileira, permitiu que o novo Código de Processo Civil implantasse um sistema normativo de precedentes judiciais. A temática dos precedentes judiciais perpassa todo o Código de Processo Civil<sup>2</sup>, compreendido em sua organicidade, e encontra o seu núcleo dogmático (cf. ZANETI JR., 2016, p.346) nas disposições dos artigos 926 e 927 e nos incisos V e VI, do artigo 489, todos do CPC/2015<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Neste sentido, exemplificativamente, o novo Código de Processo Civil explicita a necessidade de preservação do contraditório, especialmente no que tange à vedação da decisão surpresa, quando da aplicação de precedente não discutido pelas partes (artigo 10 e artigo 933, ambos do CPC/2015); permite a concessão de tutela evidência, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando houver comprovação documental das alegações fáticas e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (inciso II, do artigo 311, do CPC/2015); exige fundamentação analítica quando a decisão se fundar em precedentes, seja para aplicá-los, seja para distingui-los, seja ainda para superá-los (incisos V e VI, do artigo 489, do CPC/2015); viabiliza o julgamento liminar do pedido quando contrariar precedentes (incisos I, II, III e IV, do artigo 332, do CPC/2015); torna expressa a necessidade de fundamentação adequada quando da modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (§4º, do artigo 927, do CPC/2015); concede ao relator o poder de decidir monocraticamente (alíneas a, b, c, dos incisos IV e também do V, ambos do artigo 932 e incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 955, todos do CPC/2015); autoriza o cabimento de ação rescisória quando a decisão de mérito violar manifestamente norma jurídica, aí compreendida a hipótese de decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento (§5º, do artigo 966, do CPC/2015, incluído pela Lei nº 13.256, de 2016); permite o cabimento de reclamação contra decisão que aplica indevidamente a tese jurídica ou que não for procedente à sua aplicação aos casos que a ela correspondam (incisos III e IV, do artigo 988, do CPC/2015); admite a exequibilidade imediata da sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória de evidência (inciso V, do §1º, do artigo 1.012 c/c inciso II, do artigo 311, ambos do CPC/2015); automatiza o reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário nos casos em que a decisão impugnada atingir súmula ou precedente do Supremo Tribunal Federal (inciso I, do §3º, do artigo 1.035, do CPC/2015).

<sup>3</sup> “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; 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.” “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. §1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. §2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. §1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no

O sistema normativo de precedentes judiciais concebido pelo novo Código de Processo Civil deve ser compreendido como técnica processual desenvolvida para a satisfação das necessidades apresentadas por um ordenamento jurídico hermeneuticamente complexo. A técnica do precedente judicial representa, portanto, expediente processual capaz de propiciar uma tutela jurisdicional diferenciada, prestada em favor do sistema jurídico, considerado em sua perspectiva mais abrangente possível e situado no paradigma pós-positivista.

Além disso, a formação do precedente judicial deve conter ampla e exaustiva fundamentação, com a maximização do contraditório, de forma a se exaurir a temática jurídica submetida à apreciação e, a partir desse esgotamento jurisdicional-cognitivo, extrair-se a melhor **tese jurídica**, que, por opção legal, espalhar-se-á, de forma ostensivamente publicizada, por todo o ordenamento jurídico. Esse pronunciamento jurisdicional, altamente qualificado, destina-se a compor e a integrar o próprio ordenamento jurídico, atuando numa espécie de **colmatagem hermenêutica** de todo esse conjunto de textos normativos.

Numa perspectiva metafórica, pode-se afirmar que o precedente judicial interage com o ordenamento jurídico tal como a costureira no cumprimento de seu mister: ao possibilitar a especificação semântica de conteúdos jurídicos vagos ou indeterminados e ao permitir o progresso e a evolução do direito e de seus institutos correlatos, o precedente passa a permear e a enriquecer o sistema jurídico, bem como a interligar instâncias desse sistema que até então permaneciam isoladas entre si – tal como num bordado artesanal, por meio do qual se combinam diversificadas fibras com diferentes tecituras, a fim de formar um todo artístico coerente. O precedente judicial assim concebido permite reconhecer que o Poder Judiciário passa a exercer, em comparticipação, a tutoria do ordenamento jurídico, por intermédio de seus pronunciamentos jurisdicionais altamente qualificados.

Além disso, a prática judicial de respeito aos precedentes judiciais organiza e sistematiza as relações jurídicas sociais e, inclusive, as soluções jurisdicionais a elas destinadas, possibilitando, de um lado, que os jurisdicionados orientem

---

art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. §2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. §4º 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. §5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

suas condutas e, de outro, que os órgãos jurisdicionais nivelem o seu padrão decisório de modo a não frustrar tais expectativas. A instituição de um sistema normativo de precedentes judiciais, intimamente ligado à prática judicial de um modelo de *stare decisis*<sup>4</sup>, tem também a finalidade de proporcionar, a partir de um ordenamento jurídico íntegro, estável e coerente, a segurança jurídica, a razoável duração do processo, a efetividade da prestação jurisdicional e a proteção da confiança e da isonomia àqueles que, acionando a jurisdição, discutem questões fático-jurídicas que possuem entre si alto grau de similitude<sup>5</sup>.

## 5. Prolegômenos para a reconstrução do conceito clássico de jurisdição civil

A implantação do pós-positivismo e a introdução de um sistema normativo de precedentes judiciais alteraram, de forma significativa, o método de resolução de conflitos jurídicos e, por consequência direta, o próprio instituto da jurisdição civil. Na atualidade, a jurisdição não mais pode ser conceituada, tão somente, como atividade do juiz voltada apenas à solução do caso concreto, mediante a declaração e a aplicação da lei. A função jurisdicional revela-se mais do que um simples instrumento de resolução de conflitos; para além do caso concreto, sua função ocupa importante lugar na criação e no desenvolvimento do direito.

Todavia, conforme é possível perceber das produções catedráticas, a jurisdição civil continua sendo relacionada, sem qualquer ressalva ou acréscimo, como atividade do juiz voltada apenas à solução do caso concreto, o que demonstra a insuficiência da análise sobre o tema, frente às significativas modificações ocorridas no processo civil. Exemplificativamente:

---

<sup>4</sup> Assim esclarece Hermes Zaneti Jr.: “*Stare decisis* é uma expressão latina que significa, literalmente, ‘concordar com ou aderir a casos já decididos’, em direito esta expressão está ligada ao respeito dos próprios tribunais aos casos-precedentes. Quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares.” (ZANETI JR., 2016, p.310-311).

<sup>5</sup> Nessa perspectiva, José Rogério Cruz e Tucci, ao defender a tese de eficácia obrigatória dos precedentes, já teve a oportunidade de afirmar que a jurisprudência consolidada: garante a certeza e a previsibilidade do direito e, portanto, evita posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei; garante a igualdade dos cidadãos perante a distribuição da justiça, porque situações assemelhadas são tratadas do mesmo modo; evidencia a submissão moral de respeito à sabedoria acumulada de experiência, por meio de adesão crítica consciente e da detecção de um núcleo central estável; constrói uma presunção relativa em prol da justiça do precedente, fundada num razoável grau de confiança na anterior elaboração judicial. (In TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.296-297).

Da jurisdição estatal, já delineada em sua finalidade fundamental (*supra*, n. 13), sabe-se que é uma das funções assumidas e exercidas pelo Estado, mediante a qual se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante processo, seja ao expressar imperativamente o preceito concreto pertinente ao caso (através de uma sentença de mérito), seja ao realizar ou fazer com que se realize no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada). (CINTRA, 2015, p.165).

Entendimento do qual não discrepa a doutrina processualista, em sua maioria<sup>6</sup>. No entanto, parcela minoritária da doutrina tem, ao menos, alertado para a necessidade de reformulação do conceito de jurisdição, conforme adiante se percebe.

Nesse sentido, Marcelo Veiga Franco, ao defender a legitimidade da função jurisdicional a partir do devido processo legal, admite que a jurisdição assumiu uma nova feição, que não mais se concilia com o seu conceito clássico-formal. De acordo com a proposta formulada pelo autor, em um Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional assume uma nova feição e gradativamente passa a ostentar um papel central na arquitetura constitucional e o Judiciário, de poder quase nulo, se vê alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo. Logo, conforme elucida o mencionado autor, “o conceito de jurisdição supera a estrita relação formal entre legalidade e poder judicial. Diferentemente, em uma sociedade democrática, a magistratura possui um importante papel democrático de efetivação da Constituição e de transformação da realidade social” (FRANCO, 2016, p. 6-7).

De igual forma, Cândido Rangel Dinamarco, após reconhecer a força normativa dos precedentes judiciais e a sua respectiva inserção como fonte do direito, aponta para a necessidade de reconstrução do conceito clássico de jurisdição, ao ponderar que um de seus principais elementos de identificação, qual seja, o exercício voltado exclusivamente para a solução de casos concretos, “vai se esmaecendo na medida da expansão dos efeitos das decisões judiciais

---

<sup>6</sup> Cf. Alvim, 2015; Assis, 2015; Câmara, 2016; Flexa, 2015; Theodoro Júnior, 2016; Theodoro Júnior, Oliveira, Rezende, 2015; Medina, 2016; Nery Júnior, Nery, 2016; Neves, 2016; Neves, 2016B; Wambier, Talamini, 2015; Wambier, et al., 2015; Wambier, et el., 2015B.

com a valorização dos precedentes e a aplicação a casos futuros” (DINAMARCO, 2016, p.79).

Em artigo dedicado exclusivamente ao tema, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó sustenta que a nova legislação processual incorporou a ideia de uma teoria reconstrutivista da jurisdição e, por isso, é possível perceber que a visão a respeito da função do juiz no processo se transformou. Conforme defende a autora, “a amplitude da eficácia da atividade jurisdicional não é mais limitada ao caso concreto, (dimensão particular), passando a atingir também o ordenamento jurídico (dimensão geral)”, razão pela qual se pode dizer que “a jurisdição tem uma função privada e uma função pública, isto é, ao mesmo tempo em que está voltada para a tutela jurisdicional do direito (para às partes), também está incumbida em reconstruir os sentidos normativos dos textos (em uma dimensão geral – para a ordem jurídica)” (DIDIER JR. et al., 2016, p.225-226).

Os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, ao discorrerem sobre o processo como mecanismo de tutela dos direitos, reconhecem que o processo civil passou a responder não só pela necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes. A partir da mencionada premissa, afirmam, que “a jurisdição no processo civil do Estado Constitucional tem por função dar tutela aos direitos mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral”, motivo pelo qual “a jurisdição não tem compromisso apenas com a resolução de casos concretos (prolação de uma decisão justa e adequada e tempestivamente efetivável), mas também tem compromisso com a cognoscibilidade, com a estabilidade e com a confiabilidade da ordem jurídica como um todo (formação e superação de precedentes)” (MARINONI et al., 2015, p.151-152).

O supramencionado autor, Luiz Guilherme Marinoni, em outra sede doutrinária, afirma que, a partir da evolução da teoria da interpretação – que culminou com a dissociação entre o texto legal e a norma jurídica, bem como na incorporação dos valores morais contidos nas normas de direitos fundamentais –, ocorreu uma verdadeira modificação no conceito de direito e da função jurisdicional, na medida em que “o direito deixou, de vez por todas, de significar a lei, e a jurisdição não mais se limitou a atuar a vontade da lei” (MORINONI, 2016, p.93).

Também nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma “que a jurisdição, em nossa estrutura jurídica positiva, vem sofrendo nos últimos tempos, inclusive no plano constitucional, o impacto de novos ventos que decorrem de uma aproximação, cada vez mais intensa, entre os sistemas do *civil law* e do *common law*”, acabando por reconhecer “à jurisdição, em determinados limites, o papel de fonte do direito” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.110).

Logo, resta demonstrado que a jurisdição civil não mais pode ser renegada unicamente à solução de casos concretos, mediante aplicação formalística da vontade da lei; conquanto ainda detenha essa função, a jurisdição também passa, quando da formação de precedentes judiciais, a realizar um discurso difuso, destinado à composição e à integração do próprio ordenamento jurídico. Tal constatação reclama, por consequência, a imediata atualização da conceituação jurídica do mencionado instituto processual.

## 6. A ressignificação do conceito clássico de jurisdição civil

A consolidação do pós-positivismo jurídico, aliada à introdução de um sistema normativo de precedentes judiciais, implicou a reflexão crítica sobre a tutela jurisdicional prestada nessa seara, bem como a ressignificação do conceito clássico de jurisdição civil. O intercâmbio entre as duas temáticas, possibilitado pela fina sintonia existente entre elas, tem por finalidade acrescer e alterar a significação do instituto da jurisdição civil.

O exercício da atividade jurisdicional pressupõe, por imperativo legal, um ambiente democrático, com garantia do contraditório como participação e poder de influência<sup>7</sup>, marcado pela consensualidade<sup>8</sup> e pela cooperação<sup>9</sup>: o processo deixa de ser formado por atos isolados dos sujeitos processuais e passa a ser instrumento da comparticipação deles na formação do provimento

---

<sup>7</sup> Constituição da República: “Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Código de Processo Civil: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.” “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

<sup>8</sup> CPC: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

<sup>9</sup> CPC: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.101). O novo Código de Processo Civil, conforme se pode perceber, equilibra “a busca dentro dos limites legais do desenvolvimento do processo em tempo razoável e um debate processual que gere a formação do pronunciamento judicial seguindo os ditames do processo democrático (*giusto processo*)” (Ibidem, p.94-95). Além disso, a cooperação judiciária, enquanto princípio fundamental do processo civil, conduz “à idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões mais bem construídas” (Ibidem, p.95).

Altera-se, portanto, radicalmente, o **modo de exercício** da jurisdição, que, a partir desses novos comandos normativos, passa a se entrelaçar com o direito e com o poder das partes de participarem da condução do processo e de influírem na decisão que definirá a tese jurídica – *ratio decidendi* – e que se espalhará por todo o ordenamento jurídico. O exercício do poder jurisdicional na condução do processo – que tem por finalidade última a construção de um provimento jurisdicional meritório, justo e efetivo – revela-se, portanto, compartilhado entre todos os sujeitos do processo. Ainda que se admita que, no instante decisório, o poder jurisdicional revele-se assimétrico, posto que exclusivo do órgão jurisdicional, o resultado daí decorrente deverá corresponder, necessariamente, à atividade processual desenvolvida em cooperação ao longo de todo o procedimento (DIDIER JR., 2015, p.125-126).

Ademais, a jurisdição civil, quando exercitada em sede daqueles procedimentos destinados à formação de precedentes judiciais obrigatórios, perde uma de suas principais características, qual seja, a de atuar de forma **substitutiva** ou **secundária**. Isso porque, quando o exercício do poder jurisdicional se volta à formação do precedente judicial, inexistente atividade a ser suprida pelo Estado: a atividade jurisdicional busca, em casos tais, por meio de procedimento isento da subjetividade das partes, estrita e primariamente, a definição da *ratio decidendi*, ou seja, a formação do precedente. A prestação jurisdicional, nesse aspecto, é direcionada à composição/integração do ordenamento jurídico com a criação da norma jurídica, despreocupada, pois, em substituir qualquer atividade faltosa da parte inadimplente.

Ademais, conquanto a jurisdição esteja vinculada, na origem, a uma dada **situação jurídica concreta**, a ela não se prende e nem mesmo possui, nessa medida, a intenção de solucioná-la. A jurisdição, nesse caso, desvencilha-se das amarras do casuísmo para formatar um discurso difuso e coletivo, o que se revela por meio do dever afetado ao órgão jurisdicional de aportar, em contraditório

pleno, a maior gama de argumentos possíveis para a discussão da questão jurídica<sup>10</sup>. Ressalte-se, inclusive, a extraordinária possibilidade de o Tribunal proceder à criação da norma jurídica sem sequer existir recurso subjacente ao procedimento de formação do precedente, como ocorre nos casos de desistência: a desistência do recurso, que independentemente de aquiescência e de homologação judicial, não atinge o procedimento instaurado para definição da tese jurídica, estando o Tribunal autorizado a dar prosseguimento ao incidente<sup>11</sup>. A jurisdição, nesse ambiente, não mais se encontra necessariamente vinculada à atuação do direito para solucionar o caso concreto; ela se desenvolve, quando da formação do precedente, independentemente de qualquer situação jurídica concreta. Ao Poder Judiciário foi outorgada legitimidade institucional para, além das causas, **julgar teses**, que irão conformar e integrar, numa perspectiva hermenêutica, o ordenamento jurídico.

Ademais, a jurisdição exercida na formação de precedentes obrigatórios também abandona, nesse ponto, a marcante característica da inércia, já que os próprios julgadores podem, por força de expressa previsão legal, proceder, *ex officio* e, espontaneamente, à instauração dos processos objetivos de formação concentrada de precedentes<sup>12</sup>, existindo, em alguns casos, até mesmo, coincidência entre o julgador que instaura o procedimento e aquele que participa da formação da norma jurídica<sup>13</sup>. A jurisdição não perde a sua característica de imparcialidade, mas não mais carece, nesses casos, de provocação, atuando de

---

<sup>10</sup> “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. §1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.” “Art. 1.038 [...] §3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.”

<sup>11</sup> “Art. 976 [...] §1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.” “Art. 998 [...] Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.”

<sup>12</sup> “Art. 947 [...] §1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.” “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício.” “Art. 1.036 [...] §1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso. §5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.”

<sup>13</sup> Tal situação pode ser vislumbrada, especialmente, naqueles casos em que, em decorrência da composição diminuta do Tribunal, os diferentes órgãos jurisdicionais são formados pelos mesmos magistrados.

forma oficiante, com a intenção de, mediante uma hermenêutica reconstrutiva, compor o ordenamento jurídico, considerado em sua integridade.

Ainda nessa perspectiva, pode-se afirmar que a jurisdição, conquanto vinculante, perde a aptidão para a formação da coisa julgada material ante a possibilidade de, num futuro indeterminado, realizar-se, em procedimento próprio, a revogação, total ou parcial, da norma jurídica, por meio da técnica de superação (*overruling*). O provimento jurisdicional extraído desse microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, nessa hipótese, não se reveste dos atributos da imutabilidade e da indiscutibilidade, estando sujeito à modificação decorrente da evolução social e jurídica da sociedade. Conforme esclarece Ravi Peixoto, “a realização de uma superação pode ocorrer tanto por meio de um processo traumático, em que a mudança jurisprudencial ocorre de forma abrupta, como pode ser decorrente de uma modificação paulatina da *ratio decidendi*, que, ao fim, ocasiona a mudança total do entendimento inicial de forma quase natural” (PEIXOTO, 2015, p.198-199).

Além disso, a jurisdição, quando destinada à formação do precedente judicial, exacerba, legitimamente, a sua função criativa perante o direito. O processo de reconstrução do sistema jurídico e de recriação da norma jurídica resulta, no particular, em preceitos normativos mais genéricos, voltados à integração do próprio ordenamento. O referido exercício hermenêutico culmina, na nova sistemática processual, com o reconhecimento de que a jurisdição é fonte primária do direito, o que intensifica, sobremaneira, o seu caráter criativo, outrora jungido simplesmente à edição da norma reguladora do caso concreto.

Tal perspectiva foi devidamente captada por José Rogério Cruz e Tucci, ao afirmar que a atividade judicial desempenha importantíssimo papel, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio aperfeiçoamento dogmático de institutos jurídicos, produzindo “valorações concretas as quais, uma vez reiteradas, ganham projeção, que acaba afetando de modo inexorável o próprio ordenamento jurídico”, o que acaba favorecendo “o progresso da ciência jurídica, com a natural evolução de inúmeros institutos jurídicos” (TUCCI, 2004, p.300-301).

Isso implica reconhecer que a jurisdição exercida na formação de precedentes obrigatórios avigora-se como técnica de tutela não só de direitos subjetivos, discutido *inter pars*, mas também e especialmente, revela-se técnica de proteção e de conformação do próprio ordenamento jurídico, considerado em sua integridade. A tutela do ordenamento jurídico dá-se por meio de uma

jurisdição especializada – hermenêutica reconstrutiva –, que, hodiernamente, exerce papel elementar na definição das normas jurídicas. A jurisdição, para além de proteger direitos individuais ou coletivos, também tutoria a ordem jurídica, compondo-a com seus pronunciamentos vinculantes.

## 7. Aspectos conclusivos

Como foi possível perceber, a jurisdição recebeu influxos da implantação do pós-positivismo e da introdução de um sistema normativo de precedentes judiciais, que acabaram por acrescer o seu significado, de modo que a jurisdição civil não mais pode ser concebida, tão somente, como atividade do juiz voltada apenas à solução do caso concreto, mediante a declaração e a aplicação da lei. A ressignificação da jurisdição implica trasladar-lhe para um lugar de destaque na criação e no desenvolvimento do direito, especialmente quando do desenvolvimento e da formação de precedentes judiciais obrigatórios.

Logo, as transformações ocorridas com a implantação do paradigma pós-positivista e com a promulgação de um novo Código de Processo Civil devem ser acrescidas ao conceito de **jurisdição**, que, a partir de agora, deve corresponder, como visto, a uma função estatal, por meio da qual o Estado, personificado por um de seus órgãos jurisdicionais, exerce, em participação, o poder jurisdicional, a fim de alcançar a pacificação de conflitos e, igualmente, de realizar o desenvolvimento e o aprimoramento do direito, quando da aplicação, por meio de um processo justo, dos textos normativos – regras, princípios e precedentes judiciais.

## 8. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CHAÏM, Perelman. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 1: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo Justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil: teoria do Processo Civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia Medina. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Execução forçada, processos nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. Vol. III. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). *Primeiras lições sobre o novo Direito Processual Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais de processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. vol. 1. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

## ARTIGO V

# A tridimensionalidade da crise do Processo Penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual<sup>1</sup>

*The three-dimensionality of the brazilian Criminal Process crisis: existential crisis, crisis of identity of jurisdiction and (in) effectiveness of the individual freedom regime*

---

AURY LOPES JÚNIOR

*Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid. Professor Titular no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado criminalista. E-mail: aurylopes@terra.com.br*

**Resumo:** O presente trabalho analisa a grave crise na qual está imerso o processo penal brasileiro a partir de três dimensões. A crise existencial do processo penal situa a discussão no rompimento da concepção tradicional do Princípio da Necessidade (*nulla poena sine iudicio*), na medida em que a expansão do espaço negocial, especialmente com os acordos de delação/colaboração premiada, permite aplicação de pena sem prévio e integral processo. Na segunda dimensão, a mais grave, problematiza em torno da crise identitária da jurisdição, mais especificamente, na discussão sobre o lugar, a função e a posição do juiz penal brasileiro na batalha das expectativas. Aborda a posição do juiz a partir da análise dos sistemas processuais penais relacionando-a com a imparcialidade e tensionando com a teoria da dissonância cognitiva, os pré-julgamentos e a ausência de originalidade cognitiva. Por fim, trata da ineficácia do regime de liberdade individual no processo penal, diante da degeneração do uso da prisão cautelar e, de forma mais aguda, com o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal que autorizou a execução antecipada da pena privativa de liberdade.

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 143/2018, p. 117-153, Maio/2018, DTR/2018/12745.

**Palavras-chave:** Processo Penal; Crise; Delação premiada; Juiz; Imparcialidade; Execução antecipada da penal.

**Abstract:** *The work analyzes the grave crisis in which the Brazilian system of criminal proceedings immersed itself, under three dimensions. The existential crisis of the criminal proceedings puts the discussion into the rupture of the traditional conception of the Necessity Principle (nulla poena sine iudicio), in the extension in which the expansion of the room for negotiations over the penalty, especially with plea bargains, allows for the application of a criminal sanction without prior criminal proceedings. The second dimension, the gravest one, problematizes around the identity crisis that surround jurisdiction, specifically, in the discussion over the place, function and position of the Brazilian criminal judge in the battle of expectations. It addresses the position of the judge from the analysis of the criminal proceedings systems relating with the impartiality and the relations with the theory of cognitive dissonance, the pre-judgements and the lack of cognitive originality. Lastly, it deals with the ineffectiveness of the individual liberty regime in criminal proceedings, in face of the degeneration of the use of precautionary detention and, more acutely, with the recent positioning of the Supreme Federal Court which authorizes the anticipated execution of the custodial sentence.*

**Keywords:** *Criminal proceedings; Crisis; Deal over criminal penalty; Judge; Impartiality; Anticipated execution of penalty.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A crise existencial do processo penal: é (ainda) o processo o caminho necessário para chegar à pena?; 3. Crise identitária da jurisdição; 4. A crise de (in) eficácia do regime de liberdade no processo penal; 5. Conclusões; 6. Referências.

## 1. Introdução

O<sup>2</sup> processo penal brasileiro vive hoje uma grave crise, especialmente pela ineficácia da base principiológica da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. A premissa “goldschmidtiana” de que o processo penal é um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários da respectiva Constituição não está sendo posta em prática. O processo penal brasileiro deveria se constitucionalizar e democratizar, abrindo-se para a esfera protetiva ali estabelecida, bem como se convencionalizar. Sem embargo, a prática forense, fruto de uma forte cultura inquisitória arraigada, opera em sentido inverso: comprime a esfera de proteção constitucional e convencional para entrar na forma autoritária do Código.

---

<sup>2</sup> O presente trabalho insere-se entre os resultados parciais do Grupo de Pesquisa “Processo Penal e Estado Democrático de Direito: a instrumentalidade constitucional como limitação do poder punitivo”, registrado no CNPq e realizado no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

Por conta disso, enfrentamos uma grave crise no processo penal, que precisa ser analisada a partir de três dimensões:

- 1ª Crise existencial do processo penal;
- 2ª Crise identitária da jurisdição penal;
- 3ª Crise de (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal.

Somente a partir da compreensão desses três pontos de estrangulamento é que poderemos buscar medidas de redução de danos que permitirão a evolução do processo penal brasileiro e sua melhor conformação constitucional e convencional.

## **2. A crise existencial do processo penal: é (ainda) o processo o caminho necessário para chegar à pena?**

O processo penal tem sua existência justificada a partir da compreensão do “Princípio da Necessidade – *nulla poena sine iudicio*”, isto é, na impossibilidade de que se tenha a imposição de uma pena sem prévio processo penal. Essa concepção de processo como caminho necessário para se chegar à pena é fundante da própria existência do processo e constitui uma grande evolução civilizatória da humanidade. Nessa perspectiva, também fortalece o conjunto de regras que estruturam o “devido processo penal”.

É uma concepção tradicional e ainda vigente e plenamente aplicável para a imensa maioria dos processos criminais que tramitam no Brasil.

Sem embargo, gradativamente, começa a tomar força uma outra via de resolução dos casos penais: a justiça negocial. Consideramos que “justiça negocial” é um gênero, no qual se inserem como espécies as formas de negociação sobre a pena (transação penal), acordos sobre a abreviação do rito com diminuição da pena e também a delação/colaboração premiada.

Essas formas de negociação ou espaços de consenso acarretam a possibilidade de fixação de uma pena sem a tramitação completa do processo, rompendo com o modelo tradicional do confronto e do *nulla poena sine iudicio*. A expansão desses espaços negociais não é uma tendência nova e tampouco nos parece que seja passageira.

Vamos começar pela compreensão antropológica desse instituto.

Vivemos em uma sociedade hiperacelerada, regida pela velocidade, vão dizer, com algumas variações conceituais, mas com um mesmo núcleo fundante,

Bauman, Virillo, Morin, Pascal Bruckner, Comte-Sponville e os principais pensadores contemporâneos. Estamos imersos numa narcose dromológica, sedados pelo instantâneo e o imediato, em que qualquer demora, por menor que seja, causa-nos um imenso sofrimento. François Ost<sup>3</sup> vai mostrar a dicotomia entre o *tempo social* e o *tempo do direito*, mas também entre o *tempo na sociedade* e o *tempo no direito*. Nessa perspectiva de hiperaceleração, é claro que o processo penal “também” é filho da flecha do tempo, ou seja, também sofre esse influxo, ainda que o tempo do processo ainda seja muito mais lento e demorado que o tempo da sociedade.

Claro que essa aceleração vai exigir o difícil equilíbrio que está na recusa aos dois extremos: de um lado o atropelo de direitos e garantias fundamentais, que não pode ser admitido; e de outro, na necessidade de que o processo tramite sem uma (de)mora excessiva. É aqui que se situa a complexa compreensão do que seja um processo penal no prazo razoável.

O problema é que o fetiche da velocidade e da aceleração é muito forte, por qualquer ângulo que se mire, mas é especialmente forte no viés economicista, eficientista e utilitarista que tanto exige do processo penal. É talvez a mais cruel das “acelerações” que o processo penal pode sofrer, pois implica grave violação e restrição de direitos e garantias fundamentais.

Com razão, Figueiredo Dias<sup>34</sup> chama de “processo penal dotado de eficiência funcionalmente orientada”. É um incremento de estruturas de consenso em detrimento de estruturas de conflito, para atender à ultrapassagem do atual modelo de sobrecarga da justiça para o modelo de eficiência funcionalmente orientada, como explica o autor português com precisão e síntese.

No Brasil o cenário é ainda mais grave, pois se criou um ciclo vicioso, autofágico até. Temos uma pampenalização (banalização do direito penal), pois acreditamos que o Direito Penal é a tábua de salvação para todos os males que afligem essa jovem democracia com uma grave e insuperável desigualdade social. Como “tudo” é direito penal, “quase tudo” acaba virando processo penal, com entulhamento descomunal das varas criminais e tribunais. Não existe sistema de justiça que funcione nesse cenário e o nosso é um exemplo claro disso. A banalização do direito penal gera uma enxurrada diária de acusações, muitas por condutas absolutamente irrelevantes, outras por fatos que poderiam ser objeto do direito administrativo sancionador ou outras formas de resolução

---

<sup>3</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

<sup>4</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Edição Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto, 2011. p.16.

do conflito e, ainda, uma quantidade imensa de acusações por condutas aparentemente graves e relevantes, mas carentes de justa causa, sem um suporte probatório suficiente para termos um processo penal (em decorrência da má qualidade da investigação preliminar, também fruto – no mais das vezes – da incapacidade de dar conta do imenso volume de notícias-crimes).

Diante do volume gigantesco de acusações e processos, é óbvio que o sistema de administração de justiça (dos juízes de primeiro grau às cortes superiores, o congestionamento é colossal) não funcione adequadamente. E, mesmo que eventualmente se tenha uma vara criminal em determinada cidade, cujos filtros “funcionem bem”, todos os seus processos acabarão desaguando no mesmo lugar: primeiro nos tribunais de apelação (todos abarrotados) e depois no Superior Tribunal de Justiça (aqui então o estrangulamento é evidente, basta constatar que existem duas turmas criminais (5ª e 6ª Turmas) para julgar recursos especiais, *habeas corpus*, mandado de segurança, ações penais originárias etc. de todo o país). Qual a consequência? Uma justiça criminal lenta e que não dá conta da demanda, gerando demoras imensas. Diante da ineficácia do sistema de administração da justiça, agrava-se a percepção de impunidade, gerando um cenário fértil para os discursos punitivistas. Nada funciona, a sensação de impunidade cresce e a quantidade de crimes praticados só aumenta. O que fazer? Ministrando mais doses de direito penal simbólico, novos tipos penais, aumento de penas e mais endurecimento. E o ciclo se repete.

E o sistema carcerário? Superlotado e absolutamente sem controle. Com isso, reinam a barbárie, o domínio das facções, do crime organizado, da corrupção, e se retroalimenta o ciclo da violência urbana. Quem “lucra” com todo esse descontrole? O crime organizado e as facções que realmente dominam e controlam o sistema carcerário brasileiro.

E na esfera processual? A crise de credibilidade do processo e da jurisdição conduz a ampliação dos casos de prisão preventiva, menos liberdade no processo, menos direitos e garantias processuais e mais eficiência (leia-se: atropelo procedimental). A ilusão de acelerar de forma utilitarista os processos, restringindo recursos, limitando o uso do *habeas corpus* e ampliando o espaço de justiça negocial, para que se chegue o mais rápido possível a uma pena, de preferência sem precisar do processo. Ainda que em uma esfera de apenamento restrita, os institutos da “transação penal” e da “suspensão condicional do processo”, instituídos pela Lei 9.099/1995, comprovam o quão problemática pode ser a negociação no processo penal.

A Lei 9.099/95<sup>5</sup> inseriu o processo penal brasileiro na perspectiva da justiça negociada e dos espaços de consenso. Para além do velado fundamento utilitarista, o modelo vem envolto por uma fina camada argumentativa de que seria uma imposição ou decorrência lógica e necessária da adoção do sistema processual acusatório. É um argumento insustentável, pois o sistema acusatório se funda no princípio dispositivo, no fato de que a iniciativa e a gestão da prova estão nas mãos das partes<sup>6</sup> (juiz-espectador). A lógica da *plea negotiation* se situa em outra dimensão, conduzindo a um afastamento do Estado-juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote ao conflito. A negociação guarda relação com a disponibilidade do objeto do processo penal (pretensão acusatória)<sup>7</sup> e da própria acusação, bem como com a flexibilização do Princípio da Necessidade.

No que diz respeito à transação penal, Prado<sup>8</sup> faz longo e criterioso trabalho de crítica, demonstrando todos os inconvenientes do instituto e desvelando a falácia do discurso favorável à transação penal. Bastaria reconhecer a gravíssima e insuperável violação do Princípio da Necessidade, fundante e legitimante do processo penal contemporâneo, para compreender que a transação penal é absolutamente ilegítima, pois constitui a aplicação de uma pena sem prévio processo. Põe-se por terra a garantia básica do *nulla poena sine iudicio*. A transação penal não dispõe, explica o autor, de um verdadeiro procedimento jurisdicional, conforme a noção de devido processo legal.

Tampouco entendemos que o sistema negocial colabore para aumentar a credibilidade da justiça, pois ninguém gosta de negociar sua inocência. Não existe nada mais repugnante do que, ante frustrados protestos de inocência, ter de decidir entre reconhecer uma culpa inexistente, em troca de uma pena

---

<sup>5</sup> Para o estudo do Juizado Especial Criminal, composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo, remetemos o leitor para nossa obra *Direito Processual Penal*, publicada pela Editora Saraiva.

<sup>6</sup> Sobre o tema, imprescindível a leitura dos diversos escritos de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, especialmente: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro". In: *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, ITEC, Porto Alegre, 2000. Também publicado na *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Nota Dez, n. 01/2001. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do novo juiz no processo penal". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais." In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito". In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>7</sup> Sobre a "pretensão acusatória" como objeto do processo penal: LOPES Jr., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 229-259.

<sup>8</sup> PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 224.

menor, ou correr o risco de submeter-se a um processo que será desde logo desigual.

É um poderoso estímulo negativo saber que terá de enfrentar um promotor cuja “imparcialidade” (ainda sustentada por muitos e com a qual não concordamos) imposta por lei foi enterrada junto à frustrada negociação e que acusará de forma desmedida, inclusive obstaculizando a própria defesa. Uma vez mais tem razão Guarnieri, quando afirma que acreditar na imparcialidade<sup>9</sup> do Ministério Público é incidir no erro de “*confiar al lobo la mejor defensa del cordero*”.

Nossa crítica não se limita ao aspecto normativo da Lei 9.099, senão que vai à base epistemológica que a informa, constatando que o problema será potencializado com o aumento das chamadas zonas de consenso, como já está previsto no Projeto do CPP (LGL\1941\8) (PL 8.045), art. 283. Se acolhido, o dispositivo estabelece que o acusado e o Ministério Público poderão requerer a “aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 anos”. É uma significativa ampliação do campo negocial.

A “barganha e a justiça criminal negocial”, como manifestações dos espaços de consenso no processo penal, vêm (pre)ocupando cada vez mais não só os estudiosos, mas também os atores judiciais. A tendência de expansão é evidente, e resta saber que rumo será tomado, se seguirá o viés de influência do modelo norte-americano da *plea bargaining*; o italiano do *patteggiamento*; o prático-forense alemão (cuja implantação evidenciou o conflito do *law in action* com o *law in books*); se ampliaremos o tímido (mas crescente) modelo brasileiro introduzido pela Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional), até chegar à Lei 12.850/2013 e à colaboração premiada. Que rumo tomar? Quais os limites? Que vantagens e inconvenientes isso representa? São questões importantes a ser ponderadas.

Mas a aceleração procedimental pode ser levada ao extremo de termos uma pena sem processo e sem juiz? Sim, pois a garantia do juiz pode ficar reduzida

---

<sup>9</sup> São múltiplas as críticas à artificial construção jurídica da imparcialidade do promotor no processo penal. O crítico mais incansável foi, sem dúvida, o mestre Carnelutti (“Poner en su puesto al Ministerio Publico”. *Cuestiones sobre el proceso penal*, p. 211 e ss.), que em diversas oportunidades pôs em relevo a impossibilidade “de la cuadratura del círculo: ¿No es como reducir un círculo a un cuadrado, construir una parte imparcial? El ministerio público es un juez que se hace parte. Por eso, en vez de ser una parte que sube, es un juez que baja”. Em outra passagem (*Lecciones sobre el proceso penal*, p. 99), Carnelutti explica que não se pode ocultar que, se o promotor exerce verdadeiramente a função de acusador, querer que ele seja um órgão imparcial não representa no processo mais que uma inútil e hasta molesta duplicidad. Para Goldschmidt (*Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, p. 29), o problema de exigir imparcialidade de uma parte acusadora significa cair “en el mismo error psicológico que ha desacreditado al proceso inquisitivo”, qual seja, o de crer que uma mesma pessoa possa exercitar funções tão antagônicas como acusar, julgar e defender.

ao papel de mero “homologador” do acordo, muitas vezes feito às portas do tribunal. No sistema norte-americano, por exemplo, muitas negociações são realizadas nos gabinetes do Ministério Público sem publicidade, prevalecendo o poder do mais forte, acentuando a posição de superioridade do *Parquet*. Explicam Figueiredo Dias e Costa Andrade<sup>10</sup> que a *plea bargaining* nos Estados Unidos é responsável pela solução de 80% a 95% de todos os delitos. Ademais, as cifras citadas colocam em evidência que *em oito ou nove de cada dez casos não existe nenhum contraditório. Na mesma linha crítica e apontando cifras que vão de 90% a 97% de condenações com base em acordos, está a obra de Vinícius Gomes de Vasconcellos*<sup>11</sup>.

A *negotiation* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal.

O pacto no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra.

Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao “negócio”.

Nessa mesma perspectiva se situam os acordos de delação/colaboração premiada, cabendo os mesmos questionamentos genéricos e mais alguns, específicos.

A delação/colaboração<sup>12</sup> insere-se na perspectiva da justiça negocial e encontra na Lei 12.850 seu principal (mas não único) diploma legislativo.

---

<sup>10</sup> DIAS, Figueiredo; ANDRADE, Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*, p. 484 e ss.

<sup>11</sup> VASCONCELLOS, Vinícius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

<sup>12</sup> Parte da doutrina é rigorosa na distinção dos institutos. Luiz Flavio Gomes, por exemplo, explica que a colaboração é gênero, subdividindo-se em cinco espécies: delação premiada; colaboração reveladora da estrutura e funcionamento da organização; colaboração preventiva; colaboração para localização e recuperação de ativos; colaboração para libertação de pessoas. [[www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao-e-delacao-premiada/14756](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao-e-delacao-premiada/14756)].

O grande problema é que a Lei 12.850, ainda que seja a mais específica, não tem “suficiência normativa” para dar conta do que a prática processual está fazendo e exigindo.

Por mais que se admita que o acordo sobre a pena seja uma tendência mundial e inafastável, há (mais) uma questão que preocupa muito: onde estão essas regras e limites na lei? Onde está o Princípio da Legalidade? Reserva de lei? Será que não estamos indo no sentido da negociação, mas abrindo mão de regras legais claras, para cair no erro do decisionismo e na ampliação dos espaços indevidos da discricionariedade judicial? Ou ainda, na ampliação dos espaços discricionários impróprios do Ministério Público? Estamos preocupados não apenas com a banalização da delação premiada, mas com a ausência de limites claros e precisos acerca da negociação. É evidente que a Lei 12.850/2013 não tem suficiência regradora e estamos longe de uma definição clara e precisa acerca dos limites negociais.

A delação premiada, enquanto forma de consenso sobre a pena, precisa ser objeto de uma problematização muito mais complexa (para além da simples recusa, pois ela está aí), como:

a) Quais os limites quantitativos e qualitativos acerca da pena? Como fixar uma pena de 15 anos em regime de prisão domiciliar? E as penas acessórias? Qual o critério para fixação dos valores (milionários) a serem restituídos (ou pena pecuniária)?

b) Em caso de não oferecimento da denúncia, como se dará o controle do cumprimento das condições estabelecidas?

c) Que critérios devem pautar a decisão de não oferecer denúncia, por parte do Ministério Público, como condição do acordo? Há possibilidade de controle e revisão dessa decisão?

d) Uma vez feita, mas por qualquer motivo não efetivada ou descumprida, como vamos lidar com a confissão já realizada? E o pré-julgamento, como fica? O juiz que teve contato com a confissão/delação deve ser afastado ou continuaremos com a ilusão de que não há quebra da imparcialidade, de que o juiz pode dar um *rewind* e deletar o que ouviu, viu e leu?

e) Nos casos penais de competência do tribunal do júri, como se dará o julgamento? Haverá júri e os jurados poderão não homologar a delação? E a íntima convicção, como fica? Haverá quesitação sobre a delação? Ou com a negociação usurparemos a competência do júri?

f) Havendo assistente da acusação, poderá se opor à negociação sobre a pena? Qual o espaço da vítima no ritual negocial? Ela poderá estabelecer

“condições” ou será ignorada (como ocorre na transação penal oferecida pelo Ministério Público nas ações penais de iniciativa privada)?

g) Existe um “direito” do imputado ao acordo ou ele é um poder discricionário do Ministério Público?

h) Qual o nível e dimensão de controle jurisdicional feito? Qual o papel do juiz no espaço negocial sem que ele deixe de ser “juiz” (ou seja, imparcial)?

Muitas são as perguntas não respondidas pelo sistema jurídico brasileiro, chegando-se a uma elasticidade (e decisionismo igualmente absurdo) de fixar uma pena de 15 anos de reclusão a ser cumprida em regime de “reclusão doméstica” ou “prisão domiciliar”, absolutamente fora de tudo o que temos no Código Penal (LGL\1940\2) brasileiro. Depois vêm um regime “semiaberto diferenciado” (?) e uma progressão para o regime aberto “diferenciado” após dois anos, tudo isso sob o olhar atônito do Código Penal (LGL\1940\2), que não se reconhece nessa “execução penal *à la carte*”. E esses regimes “diferenciados”? Onde esses “novos regimes” estão previstos no CP (LGL\1940\2), no CPP (LGL\1941\8) ou na LEP (LGL\1984\14)?

E isso nos conduz a uma reflexão importante? Como fica o Princípio da Legalidade?

Os juristas portugueses J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão<sup>13</sup>, analisando um pedido de cooperação feito pela justiça brasileira a Portugal, em que se debruçaram sobre dois conhecidos acordos de delação premiada (Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef), também fizeram esse questionamento. E chegaram a uma reflexão perturbadora: que os compromissos (acordos de delação) “padecem de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidades que de forma alguma pode admitir-se o uso e a valoração de meios de prova através deles conseguidos”. E prosseguem: “é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal” (como os regimes de cumprimento acima mencionados), ressaltaram os professores. Assim, eles declararam que não é possível reduzir uma pena em mais de dois terços ou conceder perdão judicial a um crime não mencionado pela lei das organizações criminosas, pois

[...] em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais

<sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. “Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato”. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, setembro/outubro de 2016. p. 24-25.

do (e para o) Estado de Direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei.

Portanto, nessa perspectiva, graves ilegalidades estão ocorrendo.

Mas, antes de pensarmos que “legislar” é a solução para tudo isso, façamos mais um questionamento: já foi elaborado um sério e profundo “estudo de impacto carcerário” da expansão do espaço negocial? A expansão da possibilidade de concretização antecipada do poder de punir, por meio do reconhecimento consentido da culpabilidade, não representará um aumento significativo da nossa já inchada população carcerária? Como o sistema carcerário sucateado e medieval que temos irá lidar com isso? Pois é, parece que mais uma vez legislaremos primeiro, para ver o que vai ocorrer depois.

Dessarte, estamos entrando – sem muito rumo ou prumo – em terreno minado (em grande parte), desconhecido e muito perigoso para o processo penal democrático e constitucional.

E quem não estiver disposto a *colaborar*? Surge o mesmo problema anteriormente apontado na justiça negocial: o processo se transforma em uma perigosa aventura. Os acusados que se recusam a aceitar a delação ou negociação são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesará todo o rigor do direito penal “tradicional”, em que qualquer pena acima de 4 anos impede a substituição e, acima de 8 anos, impõe o regime fechado. O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível (recordemos da “eficiência funcionalmente orientada” de Figueiredo Dias). Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de maior eficiência.

A prisão preventiva também tem sido distorcida para forçar acordos de delação premiada (mostrando a outra dimensão da crise a seguir tratada, da (in)eficácia da liberdade no processo penal), na seguinte (dis)função: delata para não ser preso; ou delata para ser solto; ou ainda, é solto para delatar. E mais, em processos como esse, as penas aplicadas aos que não fizeram “acordo” são estratosféricas, evidenciando que se criou uma nova função para a pena privativa de liberdade: ao lado das funções de prevenção geral e especial, temos agora a prevenção “negocial”. A mensagem é muito clara: ou colabora e aceita o

perverso negócio, ou se prepare para uma pena exemplar. É a comprovação de que o processo penal acabou se transformando em uma perigosa aventura para quem não estiver disposto ao acordo.

Também é preciso que o processo penal brasileiro repositone o Ministério Público na persecução penal, pois a vingar um modelo negocial, não há mais espaço para os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da acusação, e a indisponibilidade do objeto do processo penal. São questões que não podem coexistir com a concepção tradicional ainda vigente.

### 3. Crise identitária da jurisdição

Considerando que a imparcialidade do juiz é o *Princípio Supremo do Processo*<sup>14</sup>, sua posição no processo penal é fundante do sistema (inquisitório ou acusatório), sendo a “crise identitária da jurisdição” a mais grave de todas. Poderíamos considerar que é a “crise primeva”, instituidora de todo o problema, na medida em que vai se refletir nas demais. O ponto nevrálgico reside nessas três perguntas:

1. Qual o lugar do juiz no processo penal?
2. Qual a função desse juiz?
3. A que expectativas deve corresponder a atuação do juiz penal?

As questões propostas são de extrema complexidade, mas inexoravelmente acabam se unindo e mirando para um mesmo ponto comum: o que é a “imparcialidade” judicial?

A imparcialidade é uma construção técnica artificial do direito processual, para criar um terceiro estruturalmente afastado das partes, remontando a estrutura dialética de *actum trium personarum* (de Bulgaro de Sassoferrato). Obviamente que não se confunde com “neutralidade”, inexistente nas relações sociais, na medida em que o juiz é um “juiz-no-mundo”.

Esse afastamento estrutural exige que a esfera de atuação do juiz não se confunda com a esfera de atuação das partes, constituindo uma vedação a que o juiz tenha iniciativa acusatória e também probatória. Eis o pecado reducionista de muitos: pensar que basta a mera separação inicial de atividades (acusador-julgador) para termos um processo penal acusatório (e constitucional).

---

<sup>14</sup> A expressão é de Pedro Aragonese Alonso, na obra *Proceso y Derecho Procesal*, p. 127. Werner Goldschmidt também leciona na mesma dimensão, mas denominando de “Princípio Básico do Processo” (no magistral trabalho “La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso”. In: ALONSO, Pedro Aragonese. *Revista de Derecho Procesal*, n. 2, 1950. p. 208 e ss.).

O erro está em considerar que essa separação deve ser apenas “inicial”, com um acusador distinto do julgador. Grave reducionismo, porque de nada adianta uma separação inicial se depois permitirmos que o juiz desça e pratique atos tipicamente de parte, por exemplo, determinando a produção de provas de ofício, condenando sem pedido ou nas atuações *ex officio* (v.g., prisão, busca e apreensão etc., sem pedido).

O *ne procedat iudex ex officio* deve ser levado a sério e, obviamente, demarcar a posição do juiz durante todo o processo e não apenas no início. O ativismo judicial, o condenar sem pedido, o buscar provas de ofício, tudo isso produz um deslocamento estrutural que fulmina a posição do juiz por sacrificar o princípio supremo do processo: a imparcialidade. Não se pode, repetimos, pensar a estrutura sistêmica do processo e a posição do juiz de forma desconectada da imparcialidade.

Para além disso, a imparcialidade deve ser tratada em sua complexidade conceitual, englobando aquilo que a doutrina italiana chama de “terzietà” (um estranhamento, alheamento), a *estética de afastamento* e a *originalidade cognitiva*. E, sempre recordando, que isso somente poderá ser possível no marco do processo penal acusatório.

É claro que a garantia do juiz natural é fundamental, mas sobre isso a doutrina já se debruçou com suficiente profundidade. Nossa preocupação aqui está focada em outra dimensão: a imparcialidade.

O juiz brasileiro – por culpa da estrutura processual adotada – inicia o processo completamente contaminado e sem a necessária originalidade cognitiva, na medida em que a “prevenção” fixa a competência. Já tratamos desse tema anteriormente<sup>15</sup>, mas é necessário voltar constantemente a ele.

Não é suficiente apenas ter um juiz natural e competente, é necessário que ele reúna algumas qualidades mínimas, para estar apto a desempenhar seu papel de garantidor da eficácia do sistema de garantias da Constituição (função do juiz penal). A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo”, fundante da própria estrutura dialética. Como explica Carnelutti,<sup>16</sup> *el juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado e comprometido*. Seguindo Werner Goldschmidt<sup>17</sup>, o termo “partial” expressa a

<sup>15</sup> Entre outros, na nossa obra *Direito Processual Penal*, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 62 e ss.

<sup>16</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. México: Episa, 1997. p. 342.

<sup>17</sup> No magistral trabalho: GOLDSCHMIDT, Werner. La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso. *Revista de Derecho Procesal*, n. 2, 1950, p. 208 e s.

condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a *imparcialidade* do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes.

Já a *parcialidade* significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzietà*<sup>18</sup>, um estar alheio aos interesses das partes na causa, ou, na síntese de Jacinto Coutinho<sup>19</sup>, não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas.

Por isso, W. Goldschmidt<sup>20</sup> sintetiza que *la imparcialidad del juez es la resultante de las parcialidades de los abogados* [ou das partes].

A imparcialidade pode ser dividida em subjetiva e objetiva.

A imparcialidade subjetiva diz respeito ao estado anímico do juiz, isto é, à ausência de pré-julgamentos em relação àquele caso penal e seu autor. É a inexistência de prévia tomada de decisão, capaz de gerar os pré-juízos que causam um imenso prejuízo.

Essa discussão é muito importante quando se trata de avaliar a contaminação pela tomada prévia de decisões que acabam se aproximando em demasia do próprio julgamento do mérito do caso penal. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz, atendendo a pedido do Ministério Público (mesmo que não seja de ofício, portanto), decreta – na fase pré-processual – medidas cautelares pessoais (*v.g.*, prisão preventiva), uma busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico etc.

Enfrentando esses resquícios inquisitórios e a problemática acerca da imparcialidade, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos Piersack, de 1º.10.1982, e De Cubber, de 26.10.1984, consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos “pré-juízos” conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. Desde o caso Piersack, de 1982, entende-se

<sup>18</sup> Para Ferrajoli (*Derecho y Razón*, cit., p. 580), é a “ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa”.

<sup>19</sup> COUTINHO, Jacinto. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11.

<sup>20</sup> GOLDSCHMIDT, W. *Introducción filosófica al Derecho*, p. 321.

que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de “pré-juízos”.

Importante contribuição nos traz a Teoria da Dissonância Cognitiva para a compreensão da imparcialidade subjetiva do juiz.

Como explica Schünemann<sup>21</sup>, grave problema existe no fato de o mesmo juiz receber a acusação, realizar a audiência de instrução e julgamento e posteriormente decidir sobre o caso penal. Existe não apenas uma “cumulação de papéis”, mas um “conflito de papéis”, não admitido como regra pelos juízes, que se ancoram na “formação profissional comprometida com a objetividade”. Tal argumento nos remete a uma ingênua crença na “neutralidade” e supervalorização de uma (impossível) objetividade na relação sujeito-objeto, já tão desvelada pela superação do paradigma cartesiano (ainda não completamente compreendido). Ademais, desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita “razão”.

Em linhas introdutórias, a teoria da “dissonância cognitiva”, desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo diante de duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de “consonância” (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas, como explica Schünemann.

O autor traz a teoria da dissonância cognitiva para o campo do processo penal, aplicando-a diretamente sobre o juiz e sua atuação até a formação da decisão, na medida em que precisa lidar com duas “opiniões” antagônicas, incompatíveis (teses de acusação e defesa), bem como com a “sua opinião” sobre o caso penal, que sempre encontrará antagonismo frente a uma das outras duas (acusação ou defesa). Mais do que isso, considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la, é inafastável o pré-julgamento (agravado quando ele decide anteriormente sobre prisão preventiva, medidas cautelares etc.). É de se supor – afirma Schünemann – que:

---

<sup>21</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito* (Org. Luís Greco). São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2013.

[...] tendencialmente o juiz a ela se apegará (a imagem já construída) de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes.

Para diminuir a tensão psíquica gerada pela dissonância cognitiva, haverá dois efeitos (Schünemann):

Efeito inércia ou perseverança: mecanismo de autoconfirmação de hipóteses, superestimando as informações anteriormente consideradas corretas (como as informações fornecidas pelo inquerito ou a denúncia, tanto que ele as acolhe para aceitar a acusação, pedido de medida cautelar etc.).

Busca seletiva de informações: na qual se procuram, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que em algum momento prévio foi aceita (acolhida pelo ego), gerando o efeito confirmador-tranquilizador.

A partir disso, Schünemann desenvolve uma interessante pesquisa de campo que acaba confirmando várias hipóteses, entre elas a já sabida – ainda que empiricamente – por todos: quanto maior for o nível de conhecimento/ envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse dele pelas perguntas que a defesa faz para a testemunha e (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Tanto que, na pesquisa, o autor chega a um dado impressionante: cem por cento dos juízes que conheceram dos autos da investigação receberam a denúncia e realizaram a instrução, condenaram. A experiência demonstra que isso tampouco está muito distante da realidade brasileira.

Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, por meio da busca seletiva de informações.

Demonstra Schünemann que o juiz, ao receber a denúncia e posteriormente instruir o feito, passa a ocupar – de fato – a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos e, por isso, está impedido de realizar uma avaliação imparcial, processar as informações de forma adequada. Grande parte desse problema vem do fato de o juiz ler e estudar os autos da investigação preliminar (inquerito policial) para decidir se recebe ou não a denúncia, para decidir se decreta ou não a prisão preventiva, formando uma

imagem mental dos fatos para, depois, passar à “busca por confirmação” dessas hipóteses na instrução. O quadro agrava-se se permitirmos que o juiz, de ofício, vá em busca dessa prova sequer produzida pelo acusador. Enfim, o risco de pré-julgamento é real e tão expressivo que a tendência é separar o juiz que recebe a denúncia (que atua na fase pré-processual) daquele que vai instruir e julgar ao final.

Conforme as pesquisas empíricas do autor, “os juízes dotados de conhecimentos dos autos (a investigação) não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo” presente na instrução, porque eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras que confirmavam o que estava na investigação.

O juiz tendencialmente apega-se à imagem do ato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes dessa imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas.

O quadro mental é agravado pelo chamado “efeito aliança”, no qual o juiz tendencialmente se orienta pela avaliação realizada pelo promotor. O juiz “vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação”. Inclusive, aponta a pesquisa, o “efeito atenção” diminui drasticamente tão logo o juiz termine sua inquirição e a defesa inicie suas perguntas, a ponto de serem completamente desprezadas na sentença as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado de defesa.

Tudo isso acaba por constituir um “caldo cultural” no qual o princípio do *in dubio pro reo* acaba sendo virado de ponta-cabeça – na expressão de Schünemann –, pois o advogado vê-se incumbido de provar a incorreção da denúncia! Entre as conclusões de Schünemann, encontra-se a impactante constatação de que o juiz é “um terceiro inconscientemente manipulado pelos autos da investigação preliminar”.

Da compreensão da teoria da dissonância cognitiva, aplicada ao processo penal brasileiro, pensamos que:

a) É uma ameaça real e grave para a imparcialidade a atuação de ofício do juiz, especialmente em relação à gestão e à iniciativa da prova (ativismo probatório do juiz) e à decretação (de ofício) de medidas restritivas de direitos fundamentais (prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico etc.), tanto na fase pré-processual como na processual (referente à imparcialidade, nenhuma diferença existe com relação ao momento em que ocorra);

b) É uma ameaça real e grave para a imparcialidade o fato de o mesmo juiz receber a acusação e depois, instruir e julgar o feito;

c) Precisamos da figura do “juiz da investigação” (ou juiz das garantias, como preferiu o Projeto do CPP (LGL\1941\8)), que não se confunde com o “juizado de instrução”, sendo responsável pelas decisões acerca de medidas restritivas de direitos fundamentais requeridas pelo investigador (polícia ou MP) e que ao final recebe ou rejeita a denúncia;

d) É imprescindível a exclusão física dos autos do inquérito, permanecendo apenas as provas cautelares ou técnicas irrepetíveis, para evitar a contaminação e o efeito perseverança.

Considerando a complexidade do processo e de termos – obviamente – “um juiz-no-mundo”, devem-se buscar medidas de redução de danos, que diminuam a permeabilidade inquisitória e os riscos para a imparcialidade e a estrutura acusatória constitucionalmente demarcada.

Compreendida a imparcialidade subjetiva, passemos para a imparcialidade objetiva.

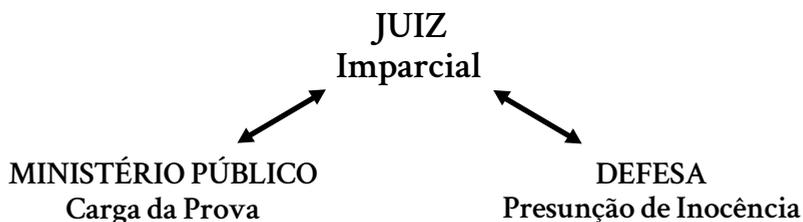
A imparcialidade objetiva diz respeito ao seguinte fato: se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade ou estética de imparcialidade a seguir tratada).

O controle da imparcialidade objetiva acaba se mostrando extremamente útil, diante das naturais dificuldades em ingressar na esfera de subjetividade do julgador e também da impossibilidade de comprovação empírica do seu estado anímico.

A imparcialidade objetiva diz respeito à posição que objetivamente o juiz ocupa na estrutura dialética do processo. Já que é discutível a possibilidade de “entrar na cabeça do juiz” para verificar seu estado anímico, sua interioridade, sua subjetividade, entendemos que o verdadeiro controle passa a ser feito a partir das suas condutas, na dimensão objetiva, estrutural. Portanto, não está em debate “as boas ou más intenções” do juiz e tampouco sua motivação, afastando os argumentos genéricos do estilo “boa-fé”, “busca da justiça” e outros “coringas hermenêuticos”.

Para que exista a imparcialidade objetiva, ele não pode praticar atos típicos de parte, como é a atuação *ex officio* na busca de provas ou na decretação de

uma prisão. Viola a imparcialidade toda vez que o juiz, objetivamente, sair do local estruturalmente demarcado, qual seja, de afastamento da arena das partes. Sempre recordando a estrutura dialética de Bulgaro de Sassoferrato, o juiz obrigatoriamente deve estar e assim permanecer, em situação de afastamento da esfera de atuação das partes:



Quando o juiz sai desse lugar de estranhamento e, descendo, mistura-se na “arena das partes”, praticando atos típicos das partes (como é a iniciativa probatória, por exemplo), ele estruturalmente se coloca em posição de parcialidade (ou “parcialidade”, na medida em que se confunde com as partes), ferindo de morte a garantia constitucional. É uma questão estrutural, objetivamente comprovável, basta que saia do seu lugar para decretar a quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. Inclusive, evidencia-se falta de uma estética (ou visibilidade) de imparcialidade.

Essa estética de imparcialidade está vinculada à percepção dos jurisdicionados em relação ao juiz, que é fundamental para que exista confiança na jurisdição.

Seguindo essas decisões do TEDH, aduziu o Tribunal Constitucional espanhol (STC 145/88), entre outros fundamentos, que o juiz-instrutor não poderia julgar, pois violava a chamada imparcialidade objetiva, aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim de sua relação com o objeto do processo.

Ainda que a investigação preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato (consignar e apreciar as circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo), o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz-instrutor uma série de “pré-juízos” e impressões a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar.

Destaca o Tribunal uma fundada preocupação com a aparência de imparcialidade (estética de imparcialidade) que o julgador deve transmitir para os submetidos à Administração da Justiça, pois, ainda que não se produza o “pré-juízo”, é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com

pleno alheamento. Isso afeta negativamente a confiança que os tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos justicáveis, especialmente na esfera penal.

Outra decisão sumamente relevante foi proferida pelo TEDH no caso “Castillo-Algar contra Espanha” (STEDH de 28.10.1998), na qual declarou vulnerado o direito a um juiz imparcial o fato de dois magistrados, que haviam formado parte de uma Sala que denegou um recurso interposto na fase pré-processual, também terem participado do julgamento.

Ressalta-se que esses dois magistrados não atuaram como juízes de instrução, mas apenas haviam participado do julgamento de um recurso interposto contra uma decisão interlocutória tomada no curso da instrução preliminar pelo juiz-instrutor. Isso bastou para que o TEDH entendesse como comprometida a imparcialidade deles para julgar em grau recursal a apelação contra a sentença.

Imaginemos o que diria o TEDH diante do sistema brasileiro, em que muitas vezes os integrantes de uma Câmara Criminal irão julgar do primeiro habeas corpus – interposto contra a prisão preventiva –, passando pela apelação e chegando até a decisão sobre os agravos interpostos contra os incidentes da execução penal<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> A jurisprudência brasileira engatinha neste terreno, mas há decisões interessantes e que precisam ser estudadas. Conforme o Informativo do STF 528, de novembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, no HC 94.641/BA, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 11.11.2008, “a Turma, por maioria, concedeu, de ofício, habeas corpus impetrado em favor de condenado por atentado violento ao pudor contra a própria filha, para anular, em virtude de ofensa à *garantia da imparcialidade da jurisdição*, o processo desde o recebimento da denúncia. No caso, no curso de procedimento oficioso de investigação de paternidade (Lei n. 8.560/92, art. 2º) promovido pela filha do paciente para averiguar a identidade do pai da criança que essa tivera, surgiram indícios da prática delituosa supra, sendo tais relatos enviados ao Ministério Público. O parquet, no intuito de ser instaurada a devida ação penal, denunciara o paciente, *vindo a inicial acusatória a ser recebida e processada pelo mesmo juiz daquela ação investigatória de paternidade*. Entendeu-se que o juiz sentenciante teria atuado como se autoridade policial fosse, em virtude de, no procedimento preliminar de investigação de paternidade, em que apurados os fatos, ter ouvido testemunhas antes de encaminhar os autos ao Ministério Público para a propositura de ação penal” (grifo nosso). Verifica-se que o ponto fundamental para a anulação foi: viola a garantia da imparcialidade o fato de o juiz ter realizado atos de natureza instrutória de ofício, apurando fatos e ouvindo testemunhas. No mesmo processo, o voto-vista do Min. Cezar Peluso, concluiu que, “pelo conteúdo da decisão do juiz, *restara evidenciado que ele teria sido influenciado pelos elementos coligidos na investigação preliminar*. Dessa forma, considerou que teria ocorrido hipótese de ruptura da denominada *imparcialidade objetiva* do magistrado, cuja falta, incapacita-o, de todo, para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida. Esclareceu que a imparcialidade denomina-se objetiva, uma vez que não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque *corresponde à condição de originalidade da cognição* que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Assim, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional. Observou, por último, que, mediante interpretação lata do art. 252, III, do CPP (‘Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: [...] III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;’), mas conforme com o princípio do justo processo da lei (CF, art. 5º,

Crer na imparcialidade de quem está totalmente absorvido pelo labor investigador é o que J. Goldschmidt<sup>23</sup> denomina como erro psicológico. Foi essa incompatibilidade psicológica que levou ao descrédito do modelo inquisitório. Sem dúvida, chegou o momento de repensar a prevenção e também a relação juiz/inquerito, pois, em vez de caminhar em direção à figura do “juiz garante” ou “de garantias”, alheio à investigação e ao verdadeiro órgão suprapartes, está sendo tomado o caminho errado do juiz-instrutor. Jacinto Coutinho<sup>24</sup> aponta o erro da visão tradicional, que tem a larga desvantagem de desconectar a matéria referente à competência do princípio do juiz natural. Deve-se descortinar essa cruel estrutura e assumir o problema.

Por fim, a crise identitária da jurisdição também está diretamente relacionada à questão dos sistemas processuais (inquisitório ou acusatório).

Não são raras as situações em que o juiz se coloca em posição de “corresponder às expectativas<sup>25</sup> sociais ou midiáticas criadas” e assume um papel próximo ao de justiceiro, agindo ativamente na “busca da verdade”<sup>25</sup>. Esse ativismo judicial é nota característica do sistema inquisitório.

A imparcialidade cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório, como ensina Jacinto Coutinho. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade, sempre recordando que se pode pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo. A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

---

LIV), não pode, sob pena de imparcialidade objetiva e por consequente impedimento, exercer jurisdição em causa penal o juiz que, em procedimento preliminar e oficioso de investigação de paternidade, se tenha pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão” (grifo nosso). Interessante, ainda, como o voto do Min. Cezar Peluso menciona exatamente os mesmos fundamentos, de imparcialidade objetiva e subjetiva, empregados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos desde o Caso Piersack, de 1982, e constantemente por nós referidos, inclusive neste tópico.

<sup>23</sup> GOLDSCHMIDT, J. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 29.

<sup>24</sup> COUTINHO, Jacinto. *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal*, cit., p. 12.

<sup>25</sup> Sobre a “batalha das expectativas”, a qual o Direito é lançado, recomendamos a leitura de Rui Cunha Martins, na obra “A hora dos cadáveres adiados”, São Paulo: Atlas, 2013.

É isso que precisa ser compreendido por aqueles que pensam ser suficiente a separação entre acusação-julgador para constituição do sistema acusatório no modelo constitucional contemporâneo. É um erro separar em conceitos-estanques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia.

Centraremos-nos na problemática figura do juiz com poderes instrutórios/investigatórios cujo núcleo está não só no famigerado art. 156 do CPP (LGL\1941\8), mas também na possibilidade de o juiz, de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (o que representa o mesmo que poder decretar a prisão de ofício), art. 310 do CPP (LGL\1941\8); determinar o sequestro de bens, art. 127 do CPP (LGL\1941\8); decretar a busca e apreensão, art. 242 do CPP (LGL\1941\8); ouvir outras testemunhas, além das arroladas pelas partes, art. 209 do CPP (LGL\1941\8); condenar ainda que o Ministério Público tenha pedido a absolvição (art. 385) etc.

Esse último exemplo – art. 385 do CPP (LGL\1941\8) – é bastante sintomático do nível de involução do processo penal brasileiro: o juiz condenando diante do pedido expresso de absolvição do MP. Significa dizer que ele está condenando sem pedido, violando o Princípio da Correlação e deixando de lado o *ne procedat iudex ex officio*. Tudo isso é absolutamente incompatível com a estrutura acusatória e com a imparcialidade exigida do julgador.

Especificamente no que tange ao art. 156 do CPP (LGL\1941\8), a questão é igualmente sensível. É insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. De nada basta uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora. Nesse contexto, o art. 156 do CPP (LGL\1941\8) funda um sistema inquisitório e fere de morte a imparcialidade judicial.

Em definitivo, pensamos que a imparcialidade é o princípio supremo do processo e caminha junto à estrutura acusatória que necessariamente deve ser adotada. A prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência. O juiz-instrutor é preventivo e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos prejudgamentos que realiza no curso da investigação preliminar<sup>26</sup> (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc.).

#### 4. A crise de (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal

O último vértice da grande crise do processo penal está relacionado à eficácia ou ineficácia do regime de liberdade ao qual é submetido o acusado. O tema está diretamente relacionado ao binômio prisão cautelar-liberdade e, por consequência, à eficácia da presunção constitucional e convencional de inocência. Novamente parafraseando Goldschmidt (e sua concepção de processo penal como termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da Constituição), podemos afirmar que o nível de civilidade de um povo pode ser medido pelo maior ou menor respeito à liberdade individual e à presunção de inocência.

O Brasil, enquanto democracia jovem e com grandes instabilidades econômicas e políticas, é um exemplo dos altos e baixos aos quais os direitos fundamentais são submetidos, diante da forte tensão existente entre o populismo punitivo e as garantias constitucionais.

A banalização da prisão cautelar<sup>27</sup> tem um forte componente simbólico e de correspondência às expectativas sociais criadas em torno da punição, na medida em que se situa no eterno conflito entre tempo social x tempo do direito. Uma sociedade regida pela velocidade e hiperacelerada, dominada pelo instantâneo, não está acostumada a esperar. Por conta disso, diante de um crime, existe um imenso mal-estar em ter que esperar pelo processo e o tempo do direito, ou seja, a temporalidade do processo enquanto caminho necessário para se chegar à pena é vista – sempre, qualquer que seja a duração – como uma dilação

---

<sup>26</sup> Sobre a “ambição da verdade no processo penal” e suas nefastas consequências, veja-se a obra “A Busca da Verdade no Processo Penal”, de Salah Khaled Jr. publicada pela Editora Atlas e também um dos capítulos do nosso livro “Direito Processual Penal”, publicado pela Editora Saraiva.

<sup>27</sup> OLIVA SANTOS, Andrés. *Jueces Imparciales, Fiscales Investigadores y Nueva Reforma para la Vieja Crisis de la Justicia Penal*. Barcelona: PPU, 1988. p. 30.

insuportável, jamais correspondendo à ambição de velocidade e a ilusão de justiça imediata. Nesse contexto, a prisão cautelar é a satisfação plena do anseio mítico, vista como um encurtamento entre fato e punição, sem a intermediação do processo. As pessoas simplesmente não querem esperar o fim do processo para ter punição (e nem cogitam a opção “não ter punição = absolvição”) e o juiz, quando na *batalha das expectativas* (Rui Cunha Martins), situa-se ao lado das expectativas sociais criadas, vai contribuir para a degeneração processual da prisão cautelar. É complicado pretender, com o monólogo jurídico, dar conta dessa complexidade. Trata-se de uma questão cultural e, por isso, para romper com essa “cultura” é preciso mudar “cabeças” e não apenas a “lei”. Significa dizer que se deve produzir um choque cultural a partir de uma mudança legislativa radical e forte, o que não foi obtido com a Lei 12.403/2011.

O problema da (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal está diretamente relacionado à compressão conceitual que se pretende dar à presunção constitucional e convencional de inocência. Não se compreende (ou não se quer efetivar) o que significa, inicialmente, o termo “presunção” para o processo penal. Para além do lugar comum juridicamente demarcado (*juris et de jure* ou *juris tantum*) interessa compreender que presunção de inocência impõe, inicialmente, uma *pré-ocupação de espaços mentais do julgador* e por consequência, uma *preocupação*<sup>28</sup>. Um juiz consciente do seu lugar e função, deve(ria) entrar no processo mentalmente comprometido<sup>29</sup> com esse estado, somente abrindo mão dele, quando plenamente convencido (pelo menos, além da dúvida razoável – *reasonable doubt*) diante da prova produzida pela acusação. A presunção de inocência<sup>30</sup> constitui “regra de tratamento” e “regra de julgamento” dirigida (não apenas, mas) essencialmente ao juiz.

Em texto de 2003, intitulado “Sobre la jurisdicción criminal en Brasil, hoy. Carta abierta de un juez brasileño a un juez español”<sup>31</sup>, Amilton Bueno de Carvalho já trazia uma preciosa definição da Presunção de Inocência. Explica o autor que ela exige uma atuação real e efetiva do julgador, orientada a inocência, como algo ativo e não passivo. Diz Amilton:

---

<sup>28</sup> Sobre o tema, recomendamos a leitura das nossas obras “Prisões Cautelares” e “Direito Processual Penal”, ambas publicadas pela Editora Saraiva.

<sup>29</sup> Sobre o tema, remetemos aos trabalhos do ilustre professor português Rui Cunha Martins, especialmente nas obras “A hora dos cadáveres adiados” e “O ponto cego do direito”, ambas publicadas pela Editora Atlas.

<sup>30</sup> Também nesse sentido, Amilton Bueno de Carvalho, especialmente na obra “Lei, para que(m)?”. In: *Escritos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>31</sup> Para evitar repetições, remetemos o leitor para nossa obra “Direito Processual Penal”, publicada pela Editora Saraiva, onde aprofundamos a análise da Presunção de Inocência.

[...] *la última es la hipótesis teórica básica que me anima: llego a todos los procesos convencidos de la inocencia (hay un perjuicio con base en el principio de la presunción) y sólo condeno cuando no fuera posible, a pesar de todos los esfuerzos interpretativos, absolver [...]. Y cuando tengo que condenar, entonces hago todo lo posible por conceber beneficio que no llevan al condenado a la cárcel.*

É a expressão máxima do que seja a presunção de inocência como uma “pré-ocupação” dos espaços mentais do julgador, bem refletindo o espaço que ela precisa ocupar no processo enquanto dever de tratamento e regra de julgamento.

A incompreensão do alcance da Presunção de Inocência nos remete, novamente, à própria crise identitária da jurisdição, anteriormente tratada. Contudo, nesse breve espaço, vamos focar na tensão entre a Presunção de Inocência – enquanto regra de tratamento – e a questão da prisão cautelar.

Por uma falha cognitiva acerca das expectativas, não raras vezes o juiz busca a satisfação das expectativas populares e, por conta disso, banaliza a prisão cautelar para sedar a opinião pública, para dar uma resposta imediata, para “combater a impunidade”. Nessa linha, o sistema jurídico-processual acaba lhe dando (erroneamente) abrigo, ao prever verdadeiras “cláusulas genéricas para prender”, especialmente com a prisão preventiva para garantia da ordem pública. O cenário é ainda mais grave, se considerarmos que o art. 311 do CPP (LGL\1941\8) permite que o juiz prenda preventivamente de ofício, no curso do processo<sup>32</sup>. Há um duplo absurdo: o juiz prendendo de ofício, sem pedido; e a possibilidade de ele decretar uma prisão preventiva para *garantia da ordem pública* (o que é isso?). É o máximo do decisionismo autoritário da jurisdição, absolutamente incompatível com o sistema acusatório, a imparcialidade, as regras de formação do convencimento judicial e todo o arcabouço do devido processo penal.

Mas, para além, existe uma absurda banalização da prisão preventiva, uma grave degeneração, que a transformou em uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de *segurança pública*. Quando se mantém uma pessoa presa em nome da ordem pública, diante da reiteração de delitos e o risco de novas práticas, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e ao fundamento do processo penal.

---

<sup>32</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo em movimento*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 29-30.

Sobre a banalização da prisão cautelar e a excessiva relativização dos Princípios da Excepcionalidade e Proporcionalidade, é importante recordar a lição de Carnelutti<sup>33</sup>:

[...] as exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao de condenado. É necessário algo mais para advertir que a prisão do imputado, junto com sua submissão, tem, sem embargo, um elevado custo? O custo se paga, desgraçadamente em moeda justa, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena; não se esqueça que se a prisão ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, lhe impossibilita de buscar e de proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heroicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também pode ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e sobre tudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela!

Como aponta Sanguiné<sup>34</sup>,

[...] quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.

---

<sup>33</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950. v. II. p. 75.

<sup>34</sup> SANGUINÉ, Odone. "A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva". *Revista de Estudos Criminais*, n. 10, p. 114.

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha da década de 1930, período em que o nazifascismo buscava exatamente isto: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.

O art. 312 do CPP (LGL\1941\8) contém uma “anemia semântica”, explica Morais da Rosa<sup>35</sup>, pois basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja “falsificação” é inverificável. O grande problema é que, uma vez decretada a prisão, os argumentos “falsificados” pela construção linguística são inverificáveis e, portanto, irrefutáveis. Se alguém é preso porque o juiz aponta a existência de risco de fuga, uma vez efetivada a medida, desaparece o (pseudo)risco, sendo impossível refutar, pois o argumento construído (ou falsificado) desaparece.

Ademais, o preenchimento semântico (dos requisitos) é completamente retórico. O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba confundindo-se com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento).

Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” diante dos fatos. Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado. É substancialmente inconstitucional e inconveniente atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.

---

<sup>35</sup> SANGUINÉ, Odone. “A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva”. *Revista de Estudos Criminais*, n. 10, p. 139.

Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância do Princípio da Legalidade e da Taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malan partem*) que amplie o conceito de “cautelar” até o ponto de transformá-la em “medida de segurança pública”. Sem falar no (ab)uso da prisão preventiva para forçar a delação premiada. A realidade no Brasil, em épocas de processo penal “lavado a jato” é: delata para não ser preso; é preso para delatar; ou é solto para delatar. Em qualquer caso, a ameaça de prisão preventiva é usada como moeda de negociação, subvertendo completamente seus fundamentos.

Mas não é apenas na prisão preventiva que existe um ilegítimo estrangulamento da esfera de liberdade do indivíduo no processo penal. Também a prisão em flagrante é sintoma disso.

Como já explicamos em outra oportunidade<sup>36</sup>, a prisão em flagrante não é uma medida cautelar, ao contrário do que a quase totalidade da doutrina nacional e a totalidade da jurisprudência entendiam até a Reforma de 2011. Prisão em flagrante é “medida precautelar”, preparatória, dada sua precariedade de requisitos, duração e finalidade. Banacloche Palao<sup>37</sup> explica que a prisão em flagrante *en ningún caso se dirige a asegurar ni la eventual ejecución de la pena, ni tampoco la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso*. Na mesma linha, Ferraioli e Dalia<sup>38</sup>: *l'arresto in flagranza é uma Misura Pre-Cautelari Personali*. Ainda que utilize uma denominação diferente, a posição de Cordero<sup>39</sup> é igual a nossa. Para o autor, a prisão em flagrante é uma “subcautela”, na medida em que serve de prelúdio (prelúdio subcautelar) para eventuais medidas coativas pessoais, garantindo sua execução.

Portanto, prisão em flagrante não é uma medida cautelar, mas preparatória de uma cautelar (que será a prisão temporária ou preventiva) e, portanto, jamais alguém poderia ficar preso além do prazo de 24 horas a título de “prisão em flagrante”, como se fez no Brasil durante décadas. Era um absurdo a prática judicial de “homologar o flagrante e manter a prisão”, sem enfrentamento estrito e fundamentado dos requisitos da prisão preventiva e sua formal decretação.

---

<sup>36</sup> Especialmente na obra “Prisões Cautelares”, publicada pela Editora Saraiva.

<sup>37</sup> PALAO, Julio Banacloche. *La libertad personal y sus limitaciones*, op. cit., p. 292.

<sup>38</sup> FERRAIOLI, Marzia; e DALIA, Andrea Antonio. *Manuale di diritto processuale penale*, op. cit., p. 228 e s.

<sup>39</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*, v. 1, p. 410.

O imputado ficava preso a título de “prisão em flagrante”, como se essa prisão tivesse suficiência jurídica para isso. Com a Reforma de 2011 e a nova redação do art. 310, esse cenário felizmente mudou, mas ainda persistem dois grandes problemas:

a) A não efetivação da audiência de custódia, por meio de Lei (não de resolução) e em todas as cidades brasileiras;

b) A ilegal construção jurisprudencial de que poderia haver uma “conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva” de ofício pelo juiz.

Em relação ao primeiro ponto, sustentamos a absoluta imprescindibilidade de implantação da audiência de custódia, pois representa um grande passo no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e já chega com muito atraso (e ainda sofre críticas injustas e infundadas). É um instrumento importante para aferir a legalidade das prisões e dar eficácia ao art. 319 do CPP (LGL\1941\8) e às medidas cautelares diversas. Mas é preciso que se respeite a “reserva de lei”, com a edição de uma lei ordinária (que altere o CPP (LGL\1941\8)) e discipline claramente sua implantação – de forma igual – em todas as comarcas (e não apenas nas capitais ou principais cidades). Atualmente estamos vendo os Estados legislarem (violando a reserva da União para legislar em matéria processual penal) *à la carte*, ou seja, sem uniformidade. Trata-se de respeitar a reserva de lei e o princípio da igualdade.

Quanto ao segundo ponto, a chamada “conversão de ofício” da prisão em flagrante em preventiva, é uma equivocada construção jurisprudencial, de viés consequencialista-punitivista, que despreza a estrutura constitucional acusatória e a própria legalidade (art. 311 do CPP (LGL\1941\8)). O art. 310 do CPP (LGL\1941\8) não autoriza a que se sustente a possibilidade de o juiz, homologando uma prisão em flagrante, decreta, de ofício, ou seja, sem pedido do MP ou representação da autoridade policial. *A tal conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva equivale, fática e juridicamente, ao “decretar de ofício” a prisão preventiva.* Ou seja, o resultado final da conversão é faticamente o mesmo que decretar a prisão preventiva de ofício. E, nesse caso, além de clara violação das regras básicas do sistema acusatório-constitucional, viola-se frontalmente a regra inculpada no art. 311, que somente autoriza a prisão preventiva decretada de ofício na fase processual, nunca na fase pré-processual.

Noutra dimensão, a liberdade durante o processo sofreu um duro golpe com a equivocadíssima decisão proferida pelo STF no HC 126.292 e a chancela da chamada “execução antecipada da pena”. Em apertada síntese, não se pode concordar com a decisão do STF porque:

1. O Brasil recepcionou a presunção de inocência – estágio pós-presunção de não culpabilidade – de forma expressa no art. 8.2 da CADH e também no art. 5º, LVII, da CF (LGL\1988\3), concebida como um dever de tratamento e também regra de julgamento. A decisão do STF faz exatamente o oposto: trata como culpado, pois equipara a situação fática e jurídica de um “processado” com a de um condenado definitivamente.

2. Como explica Geraldo Prado<sup>40</sup>, a presunção de inocência é cláusula pétrea e princípio reitor do processo penal brasileiro, estabelecendo uma relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil. Não adotamos o modelo norte-americano de processo penal, assentado no paradigma de controle social do delito sobre o qual se estrutura um conceito operacional de culpabilidade fática; todo o oposto, nosso sistema estrutura-se sobre o conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência. Em apertada síntese, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está “comprovada legalmente a culpa” como exige o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

3. E o caráter “extraordinário” dos recursos especial e extraordinário? Em nada afeta, porque o caráter “extraordinário” desses recursos não altera ou influi no conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido como marco final do processo (culpabilidade normativa) e inicial para o “tratamento de culpado”. É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a “golpes de decisão”. Não pode o STF imaginar que pode reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. O STF não pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação.

4. E a ausência de “efeito suspensivo” nesses recursos? Mais uma herança (perversa) da Teoria Geral do Processo que volta para assombrar. Além de o artigo 27, § 2º da Lei 8.038 não ser aplicável ao processo penal, por desconsiderar

---

<sup>40</sup> PRADO, Geraldo. “O trânsito em julgado da decisão penal condenatória”. In: *Boletim do IBCCrim*, n. 277, dezembro de 2015.

suas categorias jurídicas próprias, há que se compreender que o problema (de prender-se antes do trânsito em julgado e sem caráter cautelar) não se reduz ao mero “efeito recursal”. É da liberdade de alguém que estamos tratando e, portanto, da esfera de compressão dos direitos e liberdades individuais, tutelados – entre outros princípios – pela presunção de inocência.

5. E a invocação do “direito comparado” para justificar? Uma falácia comparativista. Para invocar o direito comparado é preciso saber os limites da “comparação”, não apenas pela impossibilidade de trazer-se categorias do *common law* para um sistema *civil law*, mas também por insuperáveis obstáculos constitucionais. Efetivamente não interessa, nesse terreno, o que digam as “outras” Constituições, mas sim o que diz a Constituição brasileira, que tem um marco expressamente consagrado: “trânsito em julgado”. Ademais, os países invocados nos votos dos Ministros já possuem órgão colegiado em primeiro grau e não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de jurisdição. O que se tem depois são ações de impugnação, com caráter rescisório, desconstitutivas da coisa julgada que já se operou. São estruturas completamente diferentes e uma inadequação metodológica sua invocação.

6. O argumento do “baixo número” de Recursos Especiais e Extraordinários defensivos admitidos? É partir de uma premissa absolutamente equivocada, pois a legitimação dos recursos extraordinários não é “quantitativa”, não depende do número de recursos providos. Como a presunção de inocência não depende do número de sentenças absolutórias. É um argumento falacioso como foi, no passado, a crítica de Manzini<sup>41</sup> à presunção de inocência, na qual o processualista fascista disse que era irracional e paradoxal a defesa do princípio na medida em que o “normal das coisas” era presumir-se o fundamento da imputação como verdadeiro. E vai além, ao afirmar que se a maior parte dos imputados resultava culpado ao final do processo, não havia nada que justificasse a presunção de inocência. É mais ou menos o mesmo que dizer: já que a maior parte dos recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não é acolhida, vamos presumir que são infundados e desnecessários, podendo prender primeiro e decidir depois. Sem falar que as pesquisas quantitativas publicadas mostram que o número é significativo, principalmente se considerarmos as imensas limitações de acesso aos tribunais superiores impostas por uma imensa quantidade de súmulas proibitivas, mais a necessidade de pré-questionamento e, finalmente, a necessidade de demonstração de repercussão geral. Enfim, é um argumento insustentável.

---

<sup>41</sup> Entre outros na obra: MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo I, EJE, 1951. p. 252.

7. O problema é que não se pode esperar até o trânsito em julgado, isso gera sensação de impunidade e até a prescrição. Esse é mais um argumento populista do que propriamente jurídico. De qualquer forma, há que se encontrar o difícil equilíbrio entre a (de)mora jurisdicional e o atropelo de direitos e garantias fundamentais. Devemos buscar a diminuição dos “tempos mortos” (como denomina Mario Chiavario) e melhorar a dinâmica procedimental. Essa é uma discussão válida e complexa, que está sendo reduzida e pseudossolucionada com a possibilidade de execução antecipada da pena. É um efeito sedante apenas, pois nada foi feito para efetivamente agilizar o julgamento dos recursos especial e extraordinário. Eles continuarão demorando para ser julgados, com a agravante de que agora os acusados ficarão presos. Não se resolveu o problema (demora) e apenas se sacrificou direitos fundamentais para corresponder (erroneamente) a expectativas sociais criadas em torno do julgamento penal.

Enfim, por qualquer ângulo que se mire, a decisão proferida pelo STF é um grande erro. Convém destacar a inexistência de um “estudo de impacto carcerário” que essa decisão poderá causar, especialmente diante de um sistema carcerário caótico, superlotado e descontrolado, que foi considerado – pelo próprio STF – como inconstitucional (ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09.09.2015 (Info 798). Como o STF reconhece: a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; c) a existência de uma situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema; e profere uma decisão dessa natureza? Esquizofrenia jurisdicional ou bipolaridade extrema? Reconhece tudo isso e profere uma decisão completamente descomprometida com a situação apontada, agravando-a substancialmente?

Sem dúvida essa decisão constitui um marco, que agudizou a crise de (in) eficácia do regime de liberdade no processo penal e precisa ser urgentemente revisada.

## 5. Conclusões

Não se pode mais operar, exclusivamente, na matriz do princípio da necessidade. A ampliação dos espaços de consenso exige aperfeiçoamento normativo e também das práticas judiciais. Se, por um lado, nenhum sistema judicial será suficiente para dar conta do volume absurdo de julgamentos quando

se pretende ter 80% a 90% dos casos penais processados, como ambiciona o modelo brasileiro (dada a limitação da transação penal e da suspensão condicional do processo), tampouco nos parece adequado que o espaço negocial chegue a 90% das situações processadas (como no modelo *americano de plea bargain*). A experiência da “delação à brasileira” tem-se mostrado um desastre aos olhos da Constituição, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do próprio direito penal/processual penal. Acordos sem controle, regimes de pena inexistentes, reduções para além dos casos previstos em lei, uso da prisão preventiva como instrumento de coação/pressão, enfim, toda uma gama de patologias que evidenciam a disfuncionalidade do instrumento. É preciso musculatura normativa e revisão das práticas judiciárias para que o instituto não perca credibilidade e tampouco se transforme em distribuição diferenciada de impunidade por parte do Ministério Público, com indevidos espaços de discricionariedade. É o momento de se situar e definir que processo penal queremos. Sem esquecer que corremos um grande risco: de a Reforma do CPP (LGL\1941\8) já chegar velha e defasada, a continuar nos termos em que está o PL 8.045/2010.

O ponto mais grave da crise processual penal brasileira é a crise identitária da jurisdição penal. O juiz criminal brasileiro não tem uma visão clara de qual é o seu “lugar” no processo e tampouco a que expectativas deve corresponder. Assumem, não raras vezes e com “boas intenções”, o papel de justiceiros, comprometidos com a eficácia punitivista do processo e com o atendimento das expectativas sociais (de segurança pública) criadas. A equivalência axiológica da jurisdição (no sentido de que condenar ou absolver são valores equivalentes em termos de eficácia da jurisdição) e a importância do estrito respeito às regras do jogo são vistas como obstáculos à efetivação do poder punitivo, subvertendo os postulados primevos de legitimação da jurisdição penal. Por conta disso, não se rompe com a cultura inquisitória e não se consegue efetivar o projeto democrático-acusatório. A imparcialidade judicial, que precisa ser assumida como princípio supremo do processo, é incompatível com as práticas judiciárias brasileiras, na medida em que o juiz brasileiro já entra no processo contaminado (pois a prevenção fixa a competência) e, uma vez no processo, posta-se como responsável pela “busca da verdade”.

Não só precisamos abandonar esse critério, como é preciso consagrar a figura do juiz das garantias, excluir o inquérito de dentro do processo e fazer com que os juízes tomem o “seu assento”, não como responsáveis pela limpeza social ou o (r)estabelecimento da “segurança pública” (anseio infantil e mitológico

por segurança), mas sim como um terceiro em posição de estranhamento, alheamento em relação à arena das partes (na qual defesa e acusação lutam pela captura psíquica do julgador, que precisa estar disponível à conquista e não contaminado e fechado diante dos pré-julgamentos elaborados na solidão da inquirição (como define Cordero), responsável pela máxima eficácia das regras do jogo e guardião da eficácia da Constituição.

Por fim, é preciso romper com o preconceito em relação à liberdade (especialmente, mas não apenas) no processo, restabelecendo a prisão preventiva como excepcional, provisória e provisional, além de clara e taxativamente prevista em lei (abandonando a anemia semântica da “garantia da ordem pública”). A execução antecipada da pena foi um dos maiores erros que o STF cometeu nessas últimas décadas, por qualquer ângulo que se mire, inclusive aos olhos do próprio STF, que no passado declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário e agora profere uma decisão dessa natureza. A esquizofrenia jurisdicional é (mais uma) consequência da crise denunciada.

## 6. Referências

ALONSO, Pedro Aragonese. *Proceso y Derecho Procesal*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. “Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato”. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 146, n. 4000, setembro/outubro de 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *Poner en su puesto al Ministerio Público*. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. México: Episa, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950. v. II. p. 75.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: *Escritos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo em movimento*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Themis, 2000. v. 1.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In: *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ITEC*, Porto Alegre, 2000.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DIAS, Jorge Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra, 1992.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Edição Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto, 2011
- FERRAIOLI, Marzia; DALIA, Andrea Antonio. *Manuale di diritto processuale penale*. Padova: Cedam, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 2. ed. Madrid, Trotta, 1997.
- GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.
- GOLDSCHMIDT, Werner. La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso. In: *Revista de Derecho Procesal*, n. 2, 1950.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al Derecho*. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987.
- GOMES, Luiz Flávio. *Há diferença entre colaboração e delação premiada?* Disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/14756].
- GUARNERI, José. *Las partes en el proceso penal*. México: Editorial José M. Cajica, 1952.
- KHALED JR., Salah. *A busca da verdade no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. EJEJA, 1951. t. I.
- MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito*. São Paulo: Atlas, 2013.
- OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999.
- PALAO, Julio Banacloche. *La libertad personal y sus limitaciones*. Madrid: Mc Graw Hill, 1996.
- PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. In: *Boletim do IBCCrim*, n. 277, dezembro de 2015.
- PRADO, Geraldo. *Transação Penal; elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva” In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 10.
- SANTOS, Andrés de la Oliva. *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia Penal*. Barcelona: PPU, 1988.
- SCHÜNNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do Direito*. Org. Luís Greco. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2013.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.



## ARTIGO VI

# Adoção, perda de uma chance e abandono estatal

*Adoption, loss of a chance and state abandonment*

---

BRUNA LYRA DUQUE

*Doutora e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Empresarial pela FDV. Coordenadora do curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito de Família e Sucessões da FDV. Professora de Direito Civil da Graduação e Pós-Graduação lato sensu da FDV. Advogada.*

*“Ele estava só. Estava abandonado, feliz, perto do selvagem coração da vida”  
(James Joyce).*

**Resumo:** A demora na solução para a criança que se encontra institucionalizada, diante dos entraves judiciais e da insistência em alocá-la à família extensa, pode desencadear a impossibilidade de o menor ter uma nova família. A oportunidade de ser adotada para o infante é a chance de ganhar uma nova família. O presente estudo tem por objetivo perquirir como se estrutura o processo de adoção no Brasil, compreender as etapas desse processo, averiguar as razões que suscitam a demora na solução jurídica da criança e do adolescente institucionalizado, para, em seguida, considerar a possibilidade de imputar a responsabilidade civil ao ente causador do dano. O artigo se propõe a investigar a perspectiva da lesão e do interesse merecedor de tutela. Por fim, como medida de responsabilização civil, cogita-se adotar a indenização pela perda de uma chance, utilizando como fundamento o princípio constitucional da solidariedade.

**Palavras-chave:** Adoção; Perda de uma chance; Responsabilidade estatal.

**Abstract:** *A delaying on the solution for the institutionalized child, in face of judicial obstacles and the insistence in allocating him or her to the extended family, can trigger the impossibility of the minor reaching a new family. The opportunity for the infant to be adopted is the chance to win a new family. The present study aims to investigate minutely how the adoption process in Brazil is structured, understand the stages of this process, and inquire the reasons that may cause the delay in adoption for*

*the institutionalized child and adolescent. Also, consider the possibility of imputing civil liabilities to the entities that caused the damage. This article proposes to investigate the damage perspective and the protection deserving interest. Finally, the loss of a chance is considered as a measure of civil liability, using the solidarity as a constitutional principle.*

**Keywords:** Adoption; Loss of a chance; State responsibility.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Processo de adoção no Brasil; 3. Demora na solução jurídica para o menor e indenização pela perda de uma chance; 4. Solidariedade como fundamento da teoria da perda de uma chance; 5. Considerações finais; 6. Referências.

## 1. Introdução

A oportunidade da adoção para uma criança ou um adolescente é a chance de ganhar uma nova família. É, pois, a demora na solução jurídica da situação dessa criança ou desse adolescente que os deixa fora da adoção. Pode-se atribuir a responsabilidade ao Estado pela ineficiência no procedimento? Esse é o problema que o presente artigo pretende investigar.

O abandono afetivo já vem sendo tratado com o devido cuidado que o tema requer pelos Tribunais e, em alguns casos, os pais adotantes são responsabilizados quando a criança adotada sofre danos materiais, morais e psicológicos pelo abandono. Nesse sentido, pretende-se analisar o tema frente ao instituto da adoção e na perspectiva do abandono estatal, diante da leniência do Estado no processo de adoção.

Tomando como base o artigo 227<sup>1</sup> da Constituição Federal, parece importante avaliar como o Estado cumpre os seus deveres fundamentais na tutela da infância, podendo ser responsabilizado quando verificada, em casos concretos, a perda da chance da criança em ser aceita em determinado núcleo familiar, em razão da lentidão nos trâmites do processo de adoção.

O artigo buscará, assim, compreender como se estrutura o processo de adoção no Brasil, perpassando pelas suas etapas constitutivas, apurando os motivos que provocam a demora na solução jurídica do menor, que se encontra institucionalizado, e avaliando a possibilidade de imputar a responsabilidade estatal. A temática será estudada, investigando a perspectiva da lesão e o

---

<sup>1</sup> “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.”

interesse da criança merecedor de tutela. Por isso, busca-se aplicar ao tema a indenização pela perda de uma chance, que terá como base legal o princípio constitucional da solidariedade.

A tese defendida adota por premissa que a (re)colocação do menor num núcleo familiar é um direito fundamental inerente à infância e, ao mesmo tempo, um dever fundamental do Estado. Nessa perspectiva, as crianças têm direito de ser alocadas em uma família substituta e não de passar inteiramente as suas vidas em ambientes institucionais. Não pode a ineficiência estatal retirar dessas crianças tal direito fundamental à família.

## 2. Processo de adoção no Brasil

Com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei 8.060 de 1990, bem como nas alterações promovidas pela Lei 12.010 de 2009 no referido Estatuto, a primeira etapa para dar início à adoção é chamada de processo de habilitação. Tal processo se estrutura em quatro fases. Como primeira fase dessa etapa, os pretendentes apresentam o requerimento de adoção (com uma série de documentos) junto à Vara da Infância e da Juventude.

A segunda fase é a apreciação do requerimento pelo magistrado e, em ato contínuo, serão realizadas as entrevistas e a visita domiciliar pela equipe técnica e multidisciplinar da Vara, formada por psicólogos e assistentes sociais. Após tais atos, os pretendentes, obrigatoriamente, devem participar de um programa de preparação para adoção.

A terceira fase consiste, após o cumprimento integral dos atos integrantes da segunda fase, na emissão do parecer do Ministério Público sobre toda a habilitação (situação dos pretendentes, entrevistas, visita e programa), geralmente, baseando-se no laudo preparado pela equipe multidisciplinar. A quarta fase, por fim, trata-se da manifestação do magistrado que prolatará sentença acerca do deferimento ou indeferimento do pedido de habilitação dos pretendentes. Assim, ultrapassada as quatro fases relacionadas à habilitação, as quais podem demorar até dois anos<sup>2</sup> para serem esgotadas, os pretendentes

---

<sup>2</sup> O número indicado é aproximado e sofre variações a depender da situação fática (pessoal, número de processos e estrutura de cada Vara da Infância). Nas regiões Centro-oeste e Sul, conforme pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria, com o apoio do Conselho Nacional de Justiça, os processos de habilitação podem atingir dois anos. In: CNJ. *Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário*. CNJ: Brasília, 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/3858b9371bdbffd88b31e429ed8f4773.pdf>>. Acesso em mar. 2016. p. 74.

habilitados ingressam no Cadastro de Adoção, podendo este ser Estadual ou Nacional.

A segunda etapa, que consiste na ação de adoção propriamente dita, só criará corpo quando ocorrer a adequação da criança ao perfil dos pretendentes. Aqui reside mais um fator de atraso no procedimento e na inserção da criança em família substituta. Apesar da recente iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao lançar nova versão do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), faltam diretrizes reais e efetivas para implementar as medidas que eliminem os problemas administrativos e atrasos na busca das famílias para as crianças.

Entendemos que os problemas não serão resolvidos apenas com “o cruzamento de dados entre os pretendentes e as crianças de todo o Brasil”, ou com a “interligação nacional das comarcas”. Isso porque a burocracia ainda persiste no processo de adoção, podendo ser evidenciada na ineficiência no trato da questão junto às Varas da Infância e da Juventude.

Há muita preocupação em torno do uso do CNA, mas pouca solução para os problemas operacionais, como ausência de pessoal capacitado (equipe interprofissional ou multidisciplinar<sup>4</sup>), ausência de equipamentos de tecnologia nas Comarcas, demora na destituição do poder familiar e pouco preparo dos servidores envolvidos nessas demandas.

A ausência de pessoal capacitado e em maior número, nas Varas, gera o atraso no andamento dos processos e, conseqüentemente, dificulta o trâmite de todo o procedimento, que começa na apreciação do requerimento da habilitação e finaliza com a sentença de homologação da adoção.

O CNJ, portanto, poderia se dedicar a resolver questões práticas, tais como: aumento e capacitação da equipe interprofissional ou multiprofissional, melhor atendimento aos adotantes em processo de habilitação, efetivo acompanhamento das crianças e dos adolescentes nas instituições de acolhimento e, o mais importante, redução no tempo de tramitação dos processos (desde a fase de habilitação até o processo de adoção).

---

<sup>3</sup> Tais informações foram divulgadas no Portal Agência Brasil para propagar que o cadastro nacional é simplificado e o processo de adoção ficará mais rápido. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-05/cadastro-nacional-e-simplificado-e-processo-de-adocao-deve-ficar>>. Acesso em: maio de 2015.

<sup>4</sup> Dispõe o art. 151 da Lei 8.069 de 1990: “Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico”.

Vejamos uma situação já apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup> (STJ). O objeto da análise judicial era verificar com quem deveria ficar a criança à espera do parecer sobre a família adotiva. O STJ entendeu que, preferencialmente, a criança deveria ficar sob a guarda de parentes.

No entanto, será que essa realmente é a melhor decisão? Imaginando que a criança tenha sido, voluntariamente, dada para adoção pelos pais biológicos ou que os genitores e os parentes foram omissos quanto ao cuidado do menor, bem como que os pais adotivos já tivessem criado laços afetivos com o menor, será que o melhor interesse da criança é ficar, prioritariamente, com parentes?

A atuação do Poder Judiciário já conta com uma questão de ineficiência do próprio sistema, qual seja, a demora na emissão de um parecer. O ponto central da análise *in casu* está na conjugação da duração do processo e no impacto com que o tempo afeta a vida de uma criança. Pais e parentes omissos são submetidos a entrevistas realizadas pela equipe interprofissional ou multidisciplinar, que realizam estudos obrigatórios<sup>6</sup>, os quais objetivam a reinserção da criança no seio familiar<sup>7</sup>. A observância do devido processo legal também é mandatória, segundo o artigo 24<sup>8</sup> do ECA, antes de iniciar a busca pela família substituta.

Sabe-se que é dever da família, da sociedade e do Estado cuidar das crianças e dos adolescentes, sendo que tal ônus não reside apenas em seguir, absolutamente, normas postas. Quando as regras são duras e as suas interpretações afrontam princípios, como o melhor interesse do menor, o Direito se afasta da preservação da pessoa humana.

Assim, o grau de proteção constitucional conferido à pessoa humana vai depender da sua posição em uma equilibrada escala protetiva: quanto mais se aproximar da esfera das opções exclusivamente existenciais, maior será o nível de defesa constitucional do indivíduo.

---

<sup>5</sup> A ministra relatora citou, em sua decisão, artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que aponta, como regra, o direito de a criança crescer no seio da própria família e, em casos excepcionais, em família substituta (STJ. REsp 1356981. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 05/11/2013).

<sup>6</sup> É o que determina o artigo 19, § 1º, do ECA, quanto à necessidade da confecção do relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, que avaliará a possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta.

<sup>7</sup> O artigo 14, §3º, do ECA dispõe que: “a manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção”.

<sup>8</sup> “Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”.

O direito de família mais humano se faz com a análise desse importante ramo do direito a partir do “ângulo dos direitos humanos, cujas bases e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania<sup>9</sup>”. É dever fundamental do Estado, prioritariamente, cuidar dos interesses das crianças e dos adolescentes, sendo que tal ônus não reside apenas em normatizar um cadastro ou cruzar dados. Quando o sistema se volta à preservação da pessoa humana, dados e números são insuficientes.

### 3. Demora na solução jurídica para o menor e indenização pela perda de uma chance

A demora na solução para a criança que se encontra institucionalizada, diante dos entraves judiciais e da insistência em alocá-la à família biológica, pode desencadear a impossibilidade de o menor ter uma família.

Assim, para apurar os dilemas da duração do processo *versus* os efeitos disso ao menor, a Associação Brasileira de Jurimetria, com o apoio do Conselho Nacional de Justiça, por meio de pesquisas realizadas em oito Varas da Infância e da Juventude no Brasil, chegou à seguinte conclusão: a criança entra nas instituições de acolhimento ainda em condições de ser adotada e devido à burocracia atinge uma idade de quase inadotabilidade<sup>10</sup>.

A colocação do menor em família substituta é um direito fundamental inerente à infância e, ao mesmo tempo, um dever fundamental do Estado. O direito de crescer em família, de se tornarem filhos, é uma alternativa que não pode ser protelada. A cada dia que o menor permanece nas instituições de acolhimento há uma privação ao convívio familiar, ao afeto, ao cuidado personalizado que advém da inserção na família e ao desenvolvimento da personalidade.

São os direitos da personalidade da criança, correspectivos aos deveres fundamentais dos pais e do Estado, os elementos que integram o núcleo inatingível da tutela da infância.

A ideia da chance já é naturalmente concebida como algo que pertencia ao indivíduo no momento de sua perda. Aliás, só é possível aferir a perda imediata

<sup>9</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 58, maio/ago., p. 195-201, 2006.

<sup>10</sup> CNJ. *Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário*. CNJ: Brasília, 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/3858b9371bdbffd88b31e429ed8f4773.pdf>>. Acesso em mar. 2016. p. 25.

de algo quando determinado direito tenha forte probabilidade de se incorporar ao núcleo material, moral ou existencial da pessoa. Tal compreensão coloca a chance efetiva como um evento futuro pertencente ao indivíduo, com titularidade definida em relação a outro sujeito e, também, com a possibilidade de ser objeto de prejuízo no que tange à sua perda<sup>11</sup>.

Nessa linha argumentativa, caracteriza-se essa perda de uma chance quando, “em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima<sup>12</sup>”.

Além do nexo de causalidade, elemento imprescindível para caracterização da responsabilidade civil, faz-se necessário configurar a chance perdida como real, significativa e considerável. Em outras palavras, nos casos nos quais se percebe apenas uma pretensão remota ou improvável, a teoria não pode ser aplicada.

A perda de uma chance não é uma variável do lucro cessante. A chance perdida por determinado indivíduo está relacionada à ausência de um benefício e ao distanciamento da obtenção de uma vantagem, em razão da conduta de alguém<sup>13</sup>.

A valoração da indenização, nesses casos, deve corresponder a pelo menos 50% (cinquenta por cento) de êxito, no caso concreto, para que seja possível configurar a perda de uma chance. Percebe-se que tal critério já mostra sinais quanto à valoração inicial do dano, uma vez que um índice de tal dimensão é algo que deve ser levado em consideração no momento de atribuir valor pecuniário ou, a depender do caso, indenização por danos morais, à perda da chance<sup>14</sup>.

Nesse cenário, os Tribunais<sup>15</sup> já admitem o abandono afetivo para os casos nos quais os pais adotantes devem indenizar a criança adotada, em razão da

---

<sup>11</sup> DUQUE, Bruna Lyra; FONSECA, Cesar Augusto Martinelli. A teoria pela perda de uma chance e a sua caracterização como dano emergente. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10782](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10782)>. Acesso em mar. 2016.

<sup>12</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 75.

<sup>13</sup> Sérgio Cavalieri Filho também coloca a perda de uma chance como algo relacionado à ausência de um benefício. In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 75. Sérgio Savi leciona que é possível estabelecer algumas diferenças entre os conceitos de lucro cessante e a perda de uma chance, a saber: “[...] a primeira delas seria quanto à natureza dos interesses violados. A perda de uma chance decorre de uma violação a um mero interesse de fato, enquanto o lucro cessante deriva de uma lesão a um direito subjetivo” In: SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 15.

<sup>14</sup> DUQUE, Bruna Lyra; FONSECA, César Augusto Martinelli. A teoria pela perda de uma chance e a sua caracterização como dano emergente. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10782](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10782)>. Acesso em mar 2016.

<sup>15</sup> TJ/MG. Apelação Cível 1.0481.12.000289-6/002. Julgado em: 12/08/2014. TJ/SC. AC 208057 SC 2011.020805-7. Julgado em: 20/09/2011.

lesão provocada ao menor pelo abandono, como danos materiais, danos morais e psicológicos ocasionados. Na mesma linha de observância ao interesse do menor, então, o abandono estatal pode ser passível de indenização.

No VII Encontro de Juízes da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro, foi aprovado o seguinte enunciado:

O juiz encaminhará à Defensoria Pública cópia do processo em que crianças/adolescentes tenham sido devolvidos, no estágio de convivência em processos de adoção ou em guardas prolongadas, para que seja analisada a viabilidade da propositura de ação indenizatória por danos morais em razão de abandono afetivo.

O abandono é uma conduta de ação ou omissão ligada ao descumprimento dos deveres fundamentais de cuidado moral, de suporte material, de assistência intelectual e de amparo psicológico aos filhos.

A perda do poder familiar disposta no artigo 1.638 do Código Civil, inciso II, enfatiza o ato de “deixar o filho em abandono”<sup>16</sup>. Na mesma linha, o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente considera como motivo para a perda e a suspensão do poder familiar a hipótese de descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Nesse prisma, o STJ (REsp 1.159.242) já se manifestou quanto à possibilidade indenizatória na questão sobre o abandono afetivo, afastando-se a decisão, todavia, da mera discussão sobre amor, mas avaliando o dever fundamental dos pais no cuidado dos filhos.

Esclarece Rodrigo da Cunha Pereira<sup>17</sup> que: “os casos que chegaram à Justiça nos remetem a uma relevante reflexão sobre a importância da função paterna para a constituição do sujeito, além de simbolizar e representar a necessidade de intervenção judicial”.

Os genitores, portanto, que não cumprem com o dever de cuidado, para a jurisprudência, praticam um ilícito civil. Nesse caso, torna-se fundamental a prova do dano e nexos causal entre a conduta praticada e o dano suportado pela vítima. Uma prova utilizada no meio forense para apontar transtornos afetivos é o laudo psicológico.

---

<sup>16</sup> “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

<sup>17</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 252.

A ausência dos genitores, por si só, não é prova suficiente para a responsabilização civil por abandono afetivo. O que se faz imprescindível é a seqüela psicológica gerada à criança ou ao adolescente. As seqüelas geradas, portanto, evidenciam os danos psicológicos que se estenderão por toda a vida do indivíduo.

A forma de reparação mais adequada, pois, seria o restabelecimento do convívio familiar à criança. No entanto, “alcançar o *status quo ante* nestes casos pode ser impossível”. A reparação em caráter compensatório poderá possibilitar ao menor que perdeu a chance da convivência familiar atenuar a lesão sofrida<sup>18</sup>.

O princípio da afetividade não se confunde com a socioafetividade, sendo institutos autônomos, mas em conexão. Há quem defenda que a “socioafetividade é a publicidade da afetividade, é a emergência do *animus* constitutivo familiar<sup>19</sup>”, como se dá na filiação.

O afeto, no prisma do cuidado, é uma conduta imprescindível para o desenvolvimento completo da criança. Tal análise retira o viés apenas subjetivo da ação e passa por uma análise objetiva da temática. Nessa linha de raciocínio, se os pais podem ser responsabilizados pelo abandono afetivo de seus filhos<sup>20</sup>, o Estado, quando lento e ineficiente, também pode passar pela mesma responsabilização.

A assistência moral e a assistência afetiva são deveres e não posturas facultativas. O descumprimento de tais deveres fundamentais produz efeitos graves à criança e ao adolescente, caracterizando um ato ilícito.

A família é o núcleo básico da sociedade, sem o qual não é possível falar em plenitude de qualquer organização social ou jurídica. “É a família que nos

---

<sup>18</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 249.

<sup>19</sup> PORFÍRIO, Daniel. Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, a. 2, v. 3, p. 39-55, jan./mar., 2015.

<sup>20</sup> “[...] A prática de atos que dão ensejo a desconstituição do poder familiar é causadora, por ação ou omissão, de danos imateriais aos infantes (na hipótese, casal de irmãos) que experimentam sofrimentos físicos e morais, decepções e frustrações por não encontrarem um lar substitutivo capaz de proporcionar-lhes amor, harmonia, paz e felicidade. In casu, agrava-se o dano das infelizes crianças a circunstâncias de procederem de família cujos genitores biológicos já haviam sido destituídos, igualmente, do poder familiar, sendo que residiam em abrigo especializado enquanto aguardavam, esperançosamente, pela adoção que ora se frustra. Por essas razões, acertada a formulação de pedido condenatório do Ministério Público e o seu acolhimento pela magistrada sentenciante, por danos morais, em face dos atos praticados pelos réus contra seus filhos menores, servido a providência como medida punitiva e profilática inibidora, além de compensar pecuniariamente as vítimas do ilícito civil, tendo a quantia estabelecida observado bem a extensão do dano e a qualidade das partes, em sintonia com princípios da proporcionalidade e razoabilidade [...]” (TJ-RS. Apelação n. 2011.020805-7. Relator Joel Dias Figueira Júnior. Julgado em: 12 ago. 2011).

estrutura como sujeitos e encontramos algum amparo para o nosso desamparo estrutural<sup>21</sup>”.

Nessa mesma linha, a Constituição da República, no artigo 227, estabelece que existem deveres fundamentais atribuídos aos pais, à sociedade e ao Estado na tutela da infância. Nota-se, então, que se a adoção não foi um caminho perquirido pelos responsáveis por esse processo e o menor perdeu a oportunidade de ser reconhecido como filho, em determinado seio familiar, deve-se aplicar a teoria da perda de uma chance.

Quando o Estado descumpre um dever fundamental de tamanha importância, como a tutela da infância, a norma constitucional não está sendo cumprida. Na mesma linha protetiva, assegura o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana [...]”<sup>22</sup>. O artigo 4º do ECA<sup>23</sup>, igualmente, atribui ao Estado o dever de formular e executar políticas sociais públicas para efetivar os direitos fundamentais da infância.

Como bem proposto por Marcelo Guedes Nunes, na coordenação do estudo realizado pela Associação Brasileira de Jurimetria<sup>24</sup>, faz-se, portanto, “necessário que haja comandos teleológicos claros no sentido de que, uma vez caracterizado o insucesso na manutenção da criança em sua família original, o objetivo da atuação do poder público passa a ser a colocação em família substituta com máxima celeridade”.

Os danos causados às crianças e aos adolescentes pela demora na tutela dos seus direitos podem ser irreversíveis. Além dos prejuízos à personalidade desse grupo de vulneráveis, percebe-se uma ação ainda mais grave: gerar a impossibilidade desses indivíduos estabelecerem laços familiares, posto que

---

<sup>21</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 58, maio/ago., p. 195-201, 2006.

<sup>22</sup> “Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

<sup>23</sup> “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. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: [...] c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas [...]”.

<sup>24</sup> CNJ. *Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário*. CNJ: Brasília, 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/3858b9371bdbffd88b31e429ed8f4773.pdf>>. Acesso em mar. 2016. p. 115.

o relacionamento obtido numa instituição de acolhimento nunca será igual àquele construído num lar<sup>25</sup>.

O direito da personalidade da criança é construído na família. “Não é possível existir sujeito sem que se tenha passado por uma família, e sem sujeito não há direito<sup>26</sup>”. O núcleo familiar é essencial para a construção do ser.

Entrando na questão da configuração dos pressupostos da responsabilização, o dano psicológico, assim, vivenciado pela criança por ter vivido numa casa de acolhimento, tem nexos causal direto e imediato com o “abandono” praticado pelo Estado. A adoção é, na perspectiva do convívio familiar garantido constitucionalmente, uma extensão do próprio direito fundamental à vida digna da criança.

A Lei 12.010 de 2009, que alterou o ECA, no artigo 19, parágrafo primeiro<sup>27</sup>, determina que a criança e o adolescente, quando inseridos em programa de acolhimento, devem ter a sua situação reavaliada, no máximo, a cada seis meses. Percebe-se, então, que o objetivo social da lei foi promover um habitual acompanhamento da situação do menor. Será que tal medida vem sendo implementada? Se essa conduta não for cumprida, num determinado caso concreto, o Estado deve se responsabilizar por seus atos.

Outra determinação do ECA, reformado pela Lei 12.010 de 2009, foi estabelecer o teto de dois anos como limite de acolhimento do menor. Nesse ponto, a ideia foi tratar a reintegração da criança ou do adolescente à família como tutela preferencial em relação a qualquer outra providência. Assim, mais uma vez, se tal prática não for observada, num determinado caso concreto, o Estado deve se responsabilizar por seus atos.

Sabe-se que a história do direito de família brasileiro já impôs no passado amplo afastamento social dos adotados e foi “marcada por vários registros de exclusão. Não podemos dar as costas à história, sob pena de continuarmos

---

<sup>25</sup> “[...] A manutenção de criança de tenra idade em instituição familiar, sem perspectiva de restabelecimento de laços com sua genitora e sem o imediato cadastro para adoção, priva-a do seu direito de ser criada e educada no seio de uma família (art. 19 do ECA), à convivência familiar e ao afeto. Agravo de instrumento desprovido”. (TJ-DF. AGI 20130020147190 DF 0015570-06.2013.8.07.0000. Relator: Angelo Canducci Passareli. Data de Julgamento: 18/09/2013.).

<sup>26</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 255.

<sup>27</sup> “Art. 19, §1º. Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.”

perpetuando injustiças<sup>28</sup>. O artigo 4º, parágrafo único, alínea “c”, do ECA, assim, precisa ser cumprido pelo Estado. É dever estatal a execução das políticas sociais públicas ligadas à adoção.

Nessa perspectiva, as crianças têm direito de ser alocadas em uma família substituta e não de passarem inteiramente as suas vidas em ambientes institucionais. Não pode a ineficiência estatal retirar dessas crianças esse direito fundamental à família.

O entendimento contrário à tese aqui defendida poderia alegar que a indenização pela chance perdida não resgataria, para as crianças, a oportunidade de reinserção no ambiente familiar, ou, ainda, que seria difícil estabelecer a demonstração entre o atraso e a inviabilidade da adoção. No entanto, tal raciocínio parece contrário à proteção da tutela humana das crianças que perderam a oportunidade de um acolhimento verdadeiro e familiar, bem como no que diz respeito ao dever fundamental do Estado na preservação dos interesses do menor.

#### 4. Solidariedade como fundamento da teoria da perda de uma chance

A solidariedade tem previsão expressa na Constituição Federal de 1988, no artigo 3º, inciso I<sup>29</sup>, sendo um objetivo da República Federativa, e encontra, por sua vez, entrada nas relações privadas, especialmente, nas relações familiares.

A caracterização do afeto, na entidade familiar, gera “uma verdadeira rede de solidariedade”, promovendo o desenvolvimento da pessoa humana, na visão dos autores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>30</sup>. Preferimos, no entanto, a utilização da expressão “teia da solidariedade”.

Destacamos os seguintes critérios para a formação da teia da solidariedade: a não imposição de um dever excessivo, a aplicação de ponderações subjetiva e objetiva, a distribuição da onerosidade com os membros da sociedade e, ainda, a aplicação dos deveres anexos nas relações jurídicas<sup>31</sup>. As novas características

---

<sup>28</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 58, maio/ago., p. 195-201, 2006.

<sup>29</sup> “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”.

<sup>30</sup> CHAVES DE FARIAS, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 72.

<sup>31</sup> DUQUE, Bruna Lyra. *Deveres fundamentais nas relações privadas: análise da causa dos contratos a partir da solidariedade*. 2015. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais). Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2015. p. 83.

do direito, portanto, vêm acompanhadas de mudanças significativas no meio social, todas no seio de um aumento de complexidade nas correlações sociais<sup>32</sup>. Podemos, dessa maneira, relacionar a adoção e a sua efetividade como institutos jurídicos que desencadeiam a aplicação da solidariedade constitucional.

Se os efeitos dessa teia da solidariedade podem ser impostos ao particular, também se pode falar em atribuição desses deveres ao Estado. Aliás, sendo a solidariedade estudada como base para a responsabilidade estatal, os “deveres fundamentais vinculados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais”<sup>33</sup>, pois, concentram os valores da comunidade em relação ao poder público, já que a concepção dos direitos fundamentais como poderes individuais contra o Estado exprime a relação entre poder público e cidadãos.

Percebe-se que, em razão do crescente desequilíbrio entre a liberdade e as garantias individuais, segundo Zygmunt Bauman<sup>34</sup>, faz-se perceptível uma

“[...] nova fragilidade dos laços humanos. A fragilidade e transitoriedade dos laços pode ser um preço inevitável do direito de os indivíduos perseguirem seus objetivos individuais, mas não pode deixar de ser, simultaneamente, um obstáculo dos mais formidáveis para perseguir eficazmente esses objetivos - e para a coragem necessária para persegui-los [...]”.

O rompimento do laço familiar, para a criança, promove o aparecimento da “fragilidade dos laços humanos”, conforme proposto pelo referido autor<sup>35</sup>. Tal ruptura precisa ser monitorada pelo Estado. Quando os laços humanos são frágeis e existem sujeitos vulneráveis envolvidos, torna-se imperativa a tutela estatal.

A relação da solidariedade com a tese proposta se faz presente, pois a perda de uma chance propõe a possibilidade de determinados danos serem reparáveis e, como esclarecem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>36</sup>, sob uma rigidez conceitual, “não se enquadrariam como danos patrimoniais ou morais, porém violam a dignidade da vítima e perturbam a solidariedade social, justificando, pois, a indenizabilidade como consectário natural das garantias constitucionais”.

<sup>32</sup> ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 56.

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 227.

<sup>34</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 195.

<sup>35</sup> Op. cit. p. 195.

<sup>36</sup> CHAVES DE FARIAS, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 79.

Do mesmo modo, há relação da solidariedade com os direitos e os deveres fundamentais. Indo além, a expressão “direitos fundamentais do homem engloba os direitos individuais, os direitos sociais e os direitos de solidariedade”<sup>37</sup>. O direito de solidariedade, portanto, desvincula-se de uma referência aos valores éticos, “adquirindo fundamentação e legitimidade política nas relações sociais concretas”<sup>38</sup>, como ocorre nas relações familiares e na adoção.

A distribuição de deveres entre o Estado, a família e todos os membros da sociedade seria feita por meio da aplicação da solidariedade em igual forma para todos, uma vez que, vivendo em coletividade, todo o ônus seria igualmente distribuído entre os indivíduos.

Dessa maneira, a indenização pela perda de uma chance se justifica em razão da projeção futura de constituição de uma nova família, a que teria a criança direito, caso o dever fundamental de cuidado da infância fosse cumprido integralmente pelo Estado.

## 5. Considerações finais

As crianças têm direito de ser alocadas em uma família e não de passarem inteiramente as suas vidas em ambientes institucionais. Não pode a ineficiência estatal retirar dessas crianças o pleno desenvolvimento de suas personalidades. Dessa forma, se os pais adotantes podem ser responsabilizados pelo abandono afetivo de seus filhos adotados, o Estado, quando lento e ineficiente, também pode passar pela mesma responsabilização.

No que tange à reparação relacionada ao descumprimento do dever estatal, constatou-se que, apesar de não ser de simples quantificação, é imperioso reservar atenção para tal aspecto, sempre visando reparar o dano dentro dos limites da possibilidade e da maneira mais razoável, com o objetivo de indenizar a criança, a partir da ideia da condenação devidamente construída e fundamentada a ser moldada na equidade e na proporcionalidade<sup>39</sup>.

Defendemos a responsabilização do Estado, em razão da perda da chance da criança em integrar uma nova família, posto que o grau de proteção direcionado à pessoa humana vai depender da sua posição em uma equilibrada

---

<sup>37</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 500.

<sup>38</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 173.

<sup>39</sup> DUQUE, Bruna Lyra; FONSECA, Cesar Augusto Martinelli. A teoria pela perda de uma chance e a sua caracterização como dano emergente. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10782](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10782)>. Acesso em mar 2016.

escala protetiva: quanto mais se aproximar da esfera existencial, maior será o grau de defesa constitucional do indivíduo.

Além disso, o direito de personalidade do menor é construído dentro de uma família. Cabe ao Estado garantir essa tutela da infância, posto que sem a família compromete-se a existência do próprio sujeito de direito.

## 6. Referências

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. São Paulo: Atlas, 2015.

CNJ. *Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário*. CNJ: Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/3858b9371bdbffd88b31e429ed8f4773.pdf>>. Acesso em mar. 2016.

DUQUE, Bruna Lyra. *Causa do contrato: entre direitos e deveres*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018.

\_\_\_\_\_. *Deveres fundamentais nas relações privadas: análise da causa dos contratos a partir da solidariedade*. 2015. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais). Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2015.

\_\_\_\_\_. FONSECA, César Augusto Martinelli. A teoria pela perda de uma chance e a sua caracterização como dano emergente. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10782](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10782)>. Acesso em mar 2016.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 58, maio/ago., p. 195-201, 2006.

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. Solidariedade e responsabilidade no direito de família. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. (Coord.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. v.2. São Paulo: Saraiva.

PORFÍRIO, Daniel. Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, a. 2, v. 3, p. 39-55, jan./mar., 2015.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

---

## ARTIGO VII

# As pessoas com deficiência enquanto necessitadas constitucionais: a tutela do vulnerável e os efeitos sucessório-patrimoniais da união estável

*The disabled people as constitutional needy: the protection of vulnerable and the effects in the property and succession resulting of the stable union*

---

MAURILIO CASAS MAIA

*Doutor em Direito Constitucional Público e Teoria Política (Unifor). Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB). Pós-Graduado em "Direito Público: Constitucional e Administrativo" e em "Direitos Civil e Processual Civil". Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e Defensor Público no Amazonas (DP-AM). Colunista do site Empório do Direito. mauriliomaia@gmail.com*

**Resumo:** O presente artigo trata da possibilidade legal de toda pessoa com deficiência ter o direito de constituir união estável apesar dos respectivos riscos de índole patrimonial. O objetivo do trabalho é definir se, após o novo Estatuto da Pessoa com deficiência, o deficiente pode ser impedido de constituir união estável em sua própria proteção. O método utilizado para a pesquisa foi o descritivo, com base bibliográfico-documental. Em conclusão, entendeu-se que, muito excepcionalmente, somente o deficiente curatelado pode sofrer restrição quanto à constituição de união estável, desde que tal medida se revele necessária e seja reconhecida por decisão judicial em favor da tutela do melhor interesse do vulnerável.

**Palavras-chave:** Pessoa com deficiência; União estável. Proteção; Vulnerável; Necessitado constitucional.

**Abstract:** This article deals with the legal possibility of all disabled have the right to form a stable union although the related risks of property nature. The objective is to determine whether, after the new Statute of person with disabilities, the disabled can be prevented from being a stable union in their own protection. The method used for this research was descriptive, bibliographical and documentary basis. In conclusion, it was understood that, very exceptionally, only the disabled with curatorship may be

*restricted as to the establishment of a stable union provided that such aid is necessary and is recognized by court order to protect the best interests of the vulnerable.*

**Keywords:** *Disabled people; Stable Union; Protection; Vulnerable; Constitutional's Needy.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. União estável; 2.1 O Estatuto Patrimonial e Sucessório da União Estável; 3. A pessoa com deficiência enquanto necessitada constitucional: um caso de tutela do vulnerável; 3.1 A tutela do vulnerável no novo Estatuto da Pessoa com Deficiência; 3.2 A união estável e as pessoas com deficiência; 4. Notas conclusivas; 5. Referências; 6. Anexos: Tabelas comparativas.

## 1. Introdução<sup>1</sup>

Pelo Recurso Especial (REsp) n. 1414884/RS, a 3ª (terceira) Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em fevereiro de 2015, afastou o reconhecimento de união estável entre a cuidadora e o incapaz de quem aquela cuidava profissionalmente. O incapaz – portador de *esquizofrenia grave* – chegou a ser indicado como detentor da mentalidade de uma criança de 12 (doze) anos.

Segundo o relator – ministro Marco Aurélio Bellizze –, a incapacidade para compreensão da experiência marital e de convívio demandaria a proteção jurídica da Pessoa Com Deficiência (PCD), então incapaz e vulnerável. Ditou o retrocitado ministro:

Encontrando-se o indivíduo absolutamente inabilitado para compreender e discernir os atos da vida civil, também estará, necessariamente, para vivenciar e entender, em toda a sua extensão, uma relação marital, cujo propósito de constituir família, por tal razão, não pode ser manifestado de modo voluntário e consciente”.

Após o anúncio do retrocitado julgamento, sobreveio a Lei Federal n. 13.146, de 6/7/2015 – denominado “*Estatuto da Pessoa com Deficiência*” (EPD) –, a qual instituiu a “*Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência*”. Em seu bojo, entre outras medidas, altera-se o regime de incapacidades do Código

---

<sup>1</sup> O presente artigo é versão revista e ampliada do seguinte estudo: CASAS MAIA, Maurilio. Os deficientes enquanto necessitados constitucionais e a tutela do vulnerável diante dos efeitos sucessório-patrimoniais da União Estável. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 102, p. 169-194, Jul.-Ago. 2017.

Civil de 2002 e ainda garante-se à pessoa com deficiência o direito de constituir relações maritais e de convivência afetiva, nos seguintes termos (art. 6º, I):

“Art. 6º (...) A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I – casar-se e constituir união estável; II – exercer direitos sexuais e reprodutivos; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V – exercer o direito de à família e à convivência familiar e comunitária; e VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotado, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Ao lado dos referidos direitos relacionados diretamente ao Direito de Família<sup>2</sup>, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 114) afasta a deficiência enquanto causa *per si* de *incapacidade absoluta* ao alterar o artigo 3º do Código Civil de 2002 (CC/2002, art. 3º), mantendo como absolutamente incapazes somente os menores de 16 (dezesseis) e alterando a exposição dos relativamente incapazes do artigo 4º do CC/2002.

No contexto exposto, pode-se detectar eventual tensão entre o direito à constituição familiar – inclusive via união estável (EPD, art. 6º, I) – e a tutela jurídica de sua condição de vulnerabilidade frente à eventual intuito de enriquecimento do suposto companheiro em detrimento do vulnerável, com lastro na alegação de união estável, como teria ocorrido no caso julgado pelo STJ, envolvendo cuidadora e incapaz.

Diante das questões expostas, indaga-se: *a partir do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) e com o afastamento da incapacidade absoluta do CC/2002, seria possível compatibilizar a proteção patrimonial da Pessoa Com Deficiência (PCD), vulnerável, com seu direito à constituição familiar por via da não solene união estável?* Exatamente nesse contexto, pretende-se propor soluções para o trato da questão exposta.

---

<sup>2</sup> A doutrina – embora elogiando as inovações do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) quanto ao direito à constituição familiar –, não deixou de pontuar a existência de *prejuízos eventuais* à pessoa com deficiência vulnerável: “Elogiável a alteração legislativa nesse particular, no entanto é tênue a linha que divide o direito da pessoa com deficiência em contrair casamento e união estável, exercendo inclusive seu direito à sexualidade, *com eventual prejuízo que, essas mesmas circunstâncias possam, em alguns casos, eventualmente causar*”. (DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), nas Legislações Civil e Processual Civil, *Revista de Direito Privado*, vol. 66, São Paulo, p. 57-82, Abr.-Jul. 2016, g.n.).

A fim de solucionar o problema citado, o presente artigo irá apresentar as peculiaridades da União Estável – como também suas consequências patrimoniais –, para em seguida expor o *deficiente* enquanto um *necessitado* (de proteção jurídica) *constitucional* e sua condição fática de vulnerabilidade. Ao fim, debater-se-á especificamente a questão da união estável e da tutela da pessoa portadora de deficiência.

A relevância do tema proposto – em tempos de “*hiperjudicialização*”<sup>3</sup> do Direito de Família – é socialmente inegável. A maior flexibilização dos níveis de tutela jurídica para o deficiente – que, sob o regime anterior<sup>4</sup>, seria alvo de interdição integral e atualmente segue com a preservação de sua autonomia e de seu direito à constituição da união estável – é “promessa” de prováveis conflitos sucessórios em eventuais buscas por reconhecimento de uniões estáveis *post mortem* e até mesmo de tensões patrimoniais em “*ações de reconhecimento e dissolução da união estável*”.

Desse modo, o presente texto terá por objetivo responder à questão proposta sem qualquer intuito de esgotar a matéria. Ao contrário, o escopo deste trabalho é estimular novos e renovados debates sobre a tutela do *melhor interesse* da pessoa com deficiência, enquanto vulnerável e necessitada de tutela jurídica.

## 2. União estável

A *união estável* é entidade familiar constitucionalmente reconhecida (CRFB/88, art. 5º, § 3º)<sup>5</sup> – atualmente, também em sua forma *homoafetiva*, a qual não fora contemplada *expressamente* no texto constitucional, até que o Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup> (STF) a reconhecesse.

---

<sup>3</sup> “*Hiperjudicialização do Direito de Família*” é expressão utilizada por Ivone Ferreira Caetano, a fim de descrever o fenômeno atual da excessiva judicialização das relações sociais, especificamente no âmbito do Direito de Família. Para maiores detalhes vide: CAETANO, Ivone Ferreira. Dez anos do Código Civil: Evolução do Direito de Família e incidências. *Hiperjudicialização do Direito de Família*. In: EMERJ. *10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos*. V. I. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 159-167.

<sup>4</sup> Conforme lição do professor Flávio Tartuce, o regime inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, confere ênfase à “*dignidade-liberdade*”, enquanto o regime anterior ao paradigma da “*dignidade-vulnerabilidade*”. Para mais detalhes, consultar: TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

<sup>5</sup> CRFB/88, art. 5º, “Art. 226. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

<sup>6</sup> Sobre o reconhecimento da *união estável homoafetiva*, os paradigmas decisórios a serem considerados no STF são extraídos das decisões colegiadas proferidas na ADPF n. 132/DF e ADI n. 4277/DF. Por outro lado, convém ressaltar que após os referidos decisórios, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também admitiu o *casamento homoafetivo* a

Com efeito, nem sempre a união estável recebeu atenção e tutela jurídica. Em verdade, ela passou por momentos de negação pela sociedade brasileira.

O Código Civil de 1916, com lastro em cultura patrimonialista e individualista<sup>7</sup>, não dispunha uma linha sequer sobre a *união estável*, enquanto entidade familiar. Afinal, foi a partir da Constituição brasileira de 1988 (CRFB/88) que se deu o reconhecimento da união estável<sup>8</sup> no cenário do Direito de Família.

Em outubro de 1988, a Constituição brasileira (CRFB/88) conferiu *status* familiar e constitucional à união estável – reconhecendo-a enquanto *entidade familiar* e impondo a facilitação de sua conversão em casamento (§ 3º do art. 226). Dessa maneira, fazia-se premente a regulamentação do dispositivo constitucional, medida ocorrida somente com a edição da Lei Federal n. 9.278, de 10/5/1996.

Em 29/12/1994, promulgou-se a Lei Federal n. 8.971, a qual regulava os direitos sucessórios e alimentícios do companheiro. A Lei n. 8.971/1994, em seu artigo 1º<sup>9</sup>, exigia *lapso temporal quinquenal* ou a existência de *prole comum*, enquanto elementos probatórios da união estável, o que viria a ser superado com o advento de novas legislações, tais como o Código Civil de 2002.

Mais adiante, a fim de regulamentar o então novel § 3º do art. 226 da CRFB/88, sobreveio a Lei Federal n. 9.278, de 10/5/1996, dispondo: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. A retrocitada lei – para além do reconhecimento da união estável enquanto entidade familiar – dispunha ainda acerca da questão patrimonial na união estável.

---

partir do REsp n. 1.183.378 (25/10/2011). Após o inegável reconhecimento da juridicidade não só da união estável homoafetiva, como também do casamento homoafetivo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 175, de 14/5/2013, a fim de dispor sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

<sup>7</sup> BARRETO, Luciano Silva. Evolução Histórica e Legislativa da Família. In: EMERJ. *10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos*. V. I. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 209 e 214.

<sup>8</sup> “O grande marco na conquista de direitos da família e da filiação foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir desta foi reconhecida a união estável, como entidade familiar tutelada jurisdicionalmente e também restou vedada qualquer discriminação em virtude da origem da filiação. A família incorporou o pensamento contemporâneo e afeto, à luz dos princípios trazidos pela Carta Magna, sendo, cada vez mais, imposta ao jurista essa interpretação”. (BARRETO, Luciano Silva. Evolução Histórica e Legislativa da Família. In: EMERJ. *10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos*. V. I. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 213-214).

<sup>9</sup> Lei n. 8.971/1994, “Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”.

Em 2002, o então “novo” Código Civil – Lei Federal n. 10.406/2002 – tratou amplamente da união estável no âmbito de seu espaço reservado ao Direito de Família. Com a *perspectiva realiana*, o Código Civil de 2002 se abre não somente às relações *patrimoniais*, como também às relações de *cunho existencial* no Direito de Família. No referido contexto, abriu-se espaço para o debate sobre a tutela indenizatória do *abandono afetivo* no Direito de Família e ainda acerca da *parentalidade socioafetiva* e até mesmo sobre *multiparentalidade*<sup>10</sup>.

Para o vigente Código Civil de 2002: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Nessa senda, é imprescindível a perquirição de quais seriam os requisitos para a (con)formação da união estável no ordenamento jurídico brasileiro. Nos termos retrotranscritos, o CC/2002 expõe os requisitos da União Estável como sendo: (I) *Convivência pública*; (II) *Continuidade/durabilidade da convivência*; (III) *Intuito de constituição familiar*.

Aliás, sobre a referência do artigo 1.723 do CC/2002, a presença de *homem e mulher* para a existência de união estável, impõe-se ressaltar que o avançar do entendimento do STF (ADPF n. 132/DF e ADI n. 4277/DF) e do STJ (REsp n. 1.183.378) para a aceitabilidade da união estável homoafetiva resulta na *prescindibilidade* da *pluralidade de sexos* para a configuração de uma união estável. Desse modo, a pluralidade de sexo (presença de homem e mulher) somente se configura como requisito para a união estável heteroafetiva e não, obviamente, para a união estável homoafetiva.

Acerca do requisito da convivência pública, atualmente há posição no sentido de que a *coabitação*<sup>11</sup> não é pressuposto para fins de configuração da união estável, assim como também não há um *prazo mínimo*<sup>12</sup> para fins de aferição da existência ou não da multicitada entidade familiar.

---

<sup>10</sup> Sobre o tema, vide: CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*: efeitos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>11</sup> “Não é imperativa a coabitação como requisito para a caracterização da união estável, mas a convivência sob o mesmo teto pode ser um meio de prova do relacionamento. Assim, inexistindo a coabitação não resta desqualificada a existência da união estável”. (VIEIRA, Cláudia Nascimento. A União Estável no Novo Código Civil. In: EMERJ. *10 Anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos*. V. I. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 77).

<sup>12</sup> “O legislador não estabeleceu lapso temporal para a caracterização da união estável, incumbindo ao juiz reconhecer em cada caso específico a existência ou não de união estável, independentemente do prazo da sua duração”. (VIEIRA, Cláudia Nascimento. *Ibidem*, p. 77).

## 2.1 O Estatuto Patrimonial e Sucessório da União Estável: breve exposição

Na primeira metade do século XX<sup>13</sup>, existia muita resistência ao reconhecimento da união familiar entre homem e mulher fora do casamento. Paulatinamente, a situação mudou. Em 1964, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, na via sumular<sup>14</sup>, os efeitos patrimoniais da referida união, ali tratada como “*concubinato*” e “*sociedade de fato*”. Após a Constituição de 1988 fixar o mandamento de igual proteção enquanto entidade familiar<sup>15</sup>, sobreveio a Lei n. 8.971/1994 – versando sobre alimentos e sucessão entre companheiros – e a Lei n. 9.278/1996 – tratando sobre a formação do patrimônio entre conviventes –, até a vigência do Código Civil de 2002 (CC/2002, Lei n.10.406/2002).

Quanto ao “Estatuto Patrimonial da União Estável”, o Código Civil de 2002 remete ao art. 1.725<sup>16</sup>, indicando-se o *regime da comunhão parcial de bens*, naquilo cabível. Por outro lado, o “Estatuto Sucessório da União Estável” tem sua base no art. 1.790<sup>17</sup> do CC/2002.

Entretanto, a sucessão da companheira é tema envolto em discussões sobre a constitucionalidade da questão. No Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu-se a repercussão geral, via Recurso Extraordinário (*RExt*) n. 878694, do debate acerca da constitucionalidade da sucessão da companheira. No caso, o recorrente almeja a aplicabilidade do artigo 1.829<sup>18</sup> do CC/2002, dispondo sobre a ordem de sucessão legítima, também à companheira, em combinação com o art. 1.790 do CC/2002.

---

<sup>13</sup> Para uma leitura aprofundada das regras incidentes na formação do patrimônio na União Estável, vide: MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A família e a questão patrimonial*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 286-292.

<sup>14</sup> “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. (Enunciado Sumular n. 380 do STF, Pleno, 3/4/1964).

<sup>15</sup> Constituição, “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

<sup>16</sup> CC/2002, “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

<sup>17</sup> CC/2002, “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

<sup>18</sup> CC/2002, “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais”.

Ainda no STF, foi reconhecida a repercussão geral da isonomia sucessória decorrente do casamento e da união estável homoafetiva no *REExt n. 646.721/RS*, aguardando-se a definição da força normativa do §3º do art. 226 da Constituição sobre o art. 1.790 do CC/2002. Ademais, há ainda discussão sobre a possibilidade de rateio sucessório quando existentes união estável e união homoafetiva concomitantes – tema no qual também foi reconhecida a repercussão geral no *AREExt n. 656298*.

Em síntese, a união estável acarreta efeitos patrimoniais relevantes tanto em vida, quanto *post mortem* no âmbito sucessório. Assim, é preciso adentrar na esfera da tutela da pessoa com deficiência e do seu direito à Constituição familiar a fim de definir se o mesmo goza (ou não) de alguma forma de proteção ou não diante de tais circunstâncias.

### 3. A pessoa com deficiência enquanto necessitada constitucional: um caso de tutela do vulnerável

Desde sua redação originária, a Constituição da República reconheceu aos membros do grupo das “Pessoas com Deficiência” (PCD) a *necessidade de proteção estatal*. Isso porque há um pressuposto inarredável à referida categoria: sua maior *vulnerabilidade social* em relação aos não deficientes, demandando-se política de integração e inclusão, face à maior necessidade de *recursos* protetivos para a vida em sociedade. Assim, face à vulnerabilidade mais acentuada, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), inclusive, tem *precedentes*<sup>19</sup> denominando as pessoas com deficiência de *hipervulneráveis*<sup>20-21-22</sup>.

---

<sup>19</sup> O STJ reconheceu a hipervulnerabilidade dos deficientes nas decisões proferidas nos seguintes recursos: REsp 931.513/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, j. 25/11/2009, DJe 27/09/2010; REsp 1349188/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 10/5/2016, DJe 22/6/2016. Além dos deficientes, a condição de hipervulnerabilidade também foi reconhecida pelo STJ aos índios (REsp 1.064.009/SC), idosos (REsp n. 1192577) e aos enfermos (REsp 586.316/MG e REsp 1329556/SP). No caso da hipervulnerabilidade dos idosos, já foi exclamado no Supremo Tribunal Federal (STF): “O idoso é um consumidor *duplamente vulnerável, necessitando de uma tutela diferenciada e reforçada*” (STF, RE 630852 RG, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 7/4/2011). Para maiores detalhes doutrinárias, recomendam-se os trabalhos citados nas referências, tais como as obras de Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem, Cristiano Heineck Schmitt, Adolfo Mamoru Nishiyama, do signatário do presente texto, dentre outros.

<sup>20</sup> A primeira referência à expressão *hipervulneráveis* é atribuída ao ministro Herman Benjamin (STJ) a fim de garantir – além do reconhecimento condição de especialmente vulneráveis –, a tutela estatal aos portadores de doença celíaca (causadora de sensibilidade patológica ao glúten). Eis a referência: STJ, REsp 586.316/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. 17/4/2007, DJe 19/3/2009.

<sup>21</sup> No âmbito do Direito do Consumidor, Cláudia Lima Marques registra ponderações aplicáveis ao presente texto: “(...) a *hipervulnerabilidade* seria a situação social fática e objetiva de agravamento da pessoa física (...), por circunstâncias pessoais” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 360-361, g.n.).

<sup>22</sup> Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem ponderaram sobre hipervulnerabilidade no Direito Privado: “(...) a

No cenário acima descrito, a pessoa com deficiência é apresentada enquanto membro da categoria dos *necessitados constitucionais*, ou seja, integrante de uma coletividade constitucionalmente eleita enquanto merecedora de *proteção estatal diferenciada* – por ser (hiper)vulnerável<sup>23</sup> socialmente –, demandando-se a percepção e o estudo de um *Estatuto Especial*<sup>24</sup> para tal categoria de sujeitos.

Certamente, faz-se imperioso pontuar o crescente reconhecimento constitucional da sobredita condição de *necessitado constitucional* à pessoa com deficiência. Em primeiro momento, a Constituição menciona em diversos pontos o dever estatal de tutela da pessoa com deficiência – exemplificativamente, cita-se: (I) a proteção do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI<sup>25</sup>) contra a discriminação no salário e no acesso ao trabalho; (II) cuidar da saúde e assistência pública das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II<sup>26</sup>), bem como legislar para integrá-las e protegê-las (art. 24, XIV<sup>27</sup>); (III) reserva de cargos e empregos públicos (art. 37, VIII<sup>28</sup>); (IV) adoção de critérios diferenciados para aposentadoria (art. 40, § 4º, I<sup>29</sup> – redação pela EC n. 47/2005 –, e § 1º<sup>30</sup> do art. 201); (V) direito à integração comunitária e à reabilitação

---

*hipervulnerabilidade* seria inerente e ‘especial’ à situação pessoal (...), seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade)”. (MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 202, g.n.).

<sup>23</sup> Cláudia Lima Marques menciona a relação da Constituição com a proteção dos (hiper)vulneráveis: “(...) a hiper (ou alta) vulnerabilidade tem garantia constitucional, e atinge, assim, especialmente, os vulneráveis mencionados na Constituição, os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. (...) os hipervulneráveis mencionados nas normas constitucionais se beneficiam do mandamento de proteção constitucional (...)”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 362 e 364-365). Em sentido semelhante: MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 202.

<sup>24</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Estoril: Principia, 2007, p. 141-145.

<sup>25</sup> Constituição de 1988, “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;”

<sup>26</sup> Constituição de 1988, “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das *peças portadoras de deficiência*;”

<sup>27</sup> Constituição de 1988, “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XIV - proteção e integração social das *peças portadoras de deficiência*;”

<sup>28</sup> Constituição de 1988, “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as *peças portadoras de deficiência* e definirá os critérios de sua admissão;”

<sup>29</sup> Constituição de 1988, “Art. 40 (...) § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I - *portadores de deficiência*;”

<sup>30</sup> Constituição de 1988, “Art. 201 (...) § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão

da pessoa portadora de deficiência (inciso IV<sup>31</sup> do art. 203); (VI) garantia de um salário mínimo mensal (inc. V<sup>32</sup>, art. 203); (VII) garantia de atendimento educacional especializado para as pessoas portadoras de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III<sup>33</sup>); (VIII) criação de programas e de atendimentos especializados (art. 227, § 1º, II<sup>34</sup>); (IX) a adaptação de logradouros e de veículos para o acesso<sup>35</sup> das pessoas portadoras de deficiência (§ 2º do art. 227<sup>36</sup> e art. 244<sup>37</sup>).

Mais tarde, sobreveio a norma com nível de Emenda Constitucional decorrente do § 3º do artigo 5º da Constituição. Assim foi aprovada e promulgada a “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo” – ambos os documentos assinados em Nova York, em 30/3/2007 –, aprovados pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9/7/2008,

---

de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de *segurados portadores de deficiência*, nos termos definidos em lei complementar.”

<sup>31</sup> Constituição de 1988, “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) IV - a habilitação e reabilitação das *pessoas portadoras de deficiência* e a promoção de sua integração à vida comunitária;”

<sup>32</sup> Constituição de 1988, “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à *pessoa portadora de deficiência* e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

<sup>33</sup> Constituição de 1988, “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) III - atendimento educacional especializado aos *portadores de deficiência*, preferencialmente na rede regular de ensino;”

<sup>34</sup> Constituição de 1988, “Art. 227 (...) § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (...) II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as *pessoas portadoras de deficiência física*, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação”. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

<sup>35</sup> Ao lado da vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional, a doutrina de Araújo e Nishiyama incluiu a *vulnerabilidade de acesso* enquanto quadro típico dos deficientes: “A doutrina consumerista destaca quatro espécies de vulnerabilidade do consumidor: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. No entanto, quando falamos em consumidor com deficiência há também a *vulnerabilidade do acesso*. A acessibilidade é o instrumento essencial para que haja proteção das pessoas com deficiência nas relações de consumo”. E ainda ponderam: “O direito do acesso é o instrumento para a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade de consumo. Sem acessibilidade não há inclusão social”. Para maiores detalhes, vide: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. ARAÚJO, Luiz Alberto David. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Tutela do Consumidor: Novos Direitos? *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 105, p. 103-121, São Paulo, Mai.-Jun. 2016.

<sup>36</sup> Constituição, “Art. 227 (...) § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.”

<sup>37</sup> Constituição, “Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às *pessoas portadoras de deficiência*, conforme o disposto no art. 227, § 2º.”

e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25/8/2009. Os direitos das pessoas com deficiência constantes na Convenção e seu protocolo se incorporaram ao ordenamento jurídico em nível constitucional por decorrência de sua aprovação de modo similar ao rito das emendas constitucionais, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição.

Desse modo, a Constituição visivelmente reconheceu a condição de *necessitado* de proteção estatal e social às pessoas portadoras de deficiência. Portanto, as pessoas com deficiência devem ser consideradas *necessitadas constitucionais*<sup>38</sup> de tutela estatal – entre outros grupos sociais constitucionalmente protegidos<sup>39</sup> –, conclusão essa irradiadora de efeitos hermenêuticos e ainda balizadora da atividade legislativa.

As pessoas com deficiência – na condição de *necessitadas jurídicas na Constituição* – são alcançadas pelo fenômeno da *vulnerabilidade existencial*<sup>40</sup>, a qual pode repercutir também na *vulnerabilidade patrimonial*<sup>41</sup> de tais sujeitos de direito, demandando-se tutela estatal de igual modo.

Obviamente, a condição de especial destinatária de proteção da pessoa com deficiência não deve implicar sua infantilização<sup>42</sup>. Contudo, a condição de sujeito peculiarmente protegido não é despropositada: em verdade, a mesma possui lastro na *vulnerabilidade social* maior dos referidos cidadãos e isso foi

<sup>38</sup> MAIA, Maurílio Casas. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis. In: MARQUES, Cláudia Lima. GSELL, Beate. (Org.). *Novas tendências de Direito do Consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2015, p. 431-459; \_\_\_\_\_. A Segunda Onda de acesso à Justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: COSTA-CORRÊA, André L.; SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva; SÍLVIO, Solange Almeida Holanda. (Org.). *Direitos e garantias fundamentais: novas perspectivas*. Birigui-SP: Boreal, 2015, p. 191; \_\_\_\_\_. A Legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, São Paulo, Set.-Out. 2015.

<sup>39</sup> Além dos deficientes, são ainda *necessitados constitucionais* de proteção estatal, nos termos da Constituição: os consumidores (art. 5º, XXXII e art. 170, V); as crianças, adolescentes e jovens (art. 227); os idosos (art. 230); os pobres (art. 5º, LXXVI); os indígenas (art. 231); os Quilombolas (art. 68 e art. 216, § 5º); os animais (art. 225, § 1º, VII).

<sup>40</sup> (...) a *vulnerabilidade existencial* seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana". (KONDER, Carlos Nelson. *Vulnerabilidade Existencial e Vulnerabilidade Patrimonial: por um sistema diferenciador*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 99, p. 101-123, Mai.-Jun. 2015, g.n.).

<sup>41</sup> (...) *vulnerabilidade patrimonial* (...) se limita a uma posição de inferioridade contratual, na qual o titular fica sob a ameaça de uma lesão basicamente ao seu patrimônio, com efeitos somente indiretos à sua personalidade. Diante disso, a intervenção reequilibradora do ordenamento no caso de vulnerabilidade patrimonial costuma ser viabilizada com recurso aos instrumentos jurídicos tradicionalmente referidos às relações patrimoniais, como a invalidade de disposições negociais e a reponsabilidade, com imposição da obrigação de indenizar". (KONDER, Carlos Nelson. *Vulnerabilidade Existencial e Vulnerabilidade Patrimonial: por um sistema diferenciador*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 99, p. 101-123, Mai.-Jun. 2015, g.n.).

<sup>42</sup> (...) o cuidado com o diferente não significa infantilizar, categorizar ou estigmatizar o outro, mas reconhecer-se solidário e igual". (ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da Teoria das Incapacidades. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito & Justiça Social: Por uma sociedade mais livre, justa e solidária – estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 158).

implicitamente reconhecido no texto constitucional por ocasião da positivação de regras protetivas em prol das pessoas com deficiência.

### 3.1 A tutela do vulnerável no novo Estatuto do Deficiente

Indubitavelmente, a pessoa com deficiência é reconhecida enquanto sujeito a ser protegido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD, art. 5º), reservando-lhe *dualidade*<sup>43</sup> de regimes protetivos, em plano *patrimonial* e plano *existencial*. O novel Estatuto indica ainda quais seriam as categorias de pessoas com deficiência consideradas “*especialmente vulneráveis*” (EPD, art. 5º, p. único): crianças, adolescentes, mulheres e idosos. Mais à frente, no parágrafo único<sup>44</sup> do art. 10 do EPD, o multicitado Estatuto revela que em situações de risco, emergência e calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada *vulnerável*, para fins de proteção estatal. Todavia, não deve ser afastada a percepção de maior vulnerabilidade *cotidiana* do portador de deficiência em relação aos não deficientes.

Na verdade, o EPD destacou a vulnerabilidade da pessoa com deficiência nas situações de risco, emergência e calamidade pública para fins de tutela estatal em tais casos. Todavia, isso não significa que as pessoas *sem* deficiência não estariam também em vulnerabilidade nas situações descritas e – muito menos – que deficientes em situação social cotidiana não seriam sujeitos socialmente mais vulneráveis que os “não deficientes”, sendo imprescindível a realização de

---

<sup>43</sup> “(...) a partir da dualidade de regimes promocionais (patrimonial e existencial) em ampla coordenação, os quais convergem para a emancipação satisfatória da pessoa com deficiência. De um lado, em termos de proteção econômica ao emancipado, buscando estabelecer: (i) limites para contratação; (ii) divisas para a responsabilidade civil; (iii) marco para a proteção do acervo patrimonial; (iv) analogamente, prescrição e decadência tomando por base a ordem pública inerente aos direitos humanos.<sup>137</sup> E de outro lado, ofertando concretude e ampliação aos interesses existenciais, quer sejam sexuais, familiares, personalíssimos do titular de direitos.” (MARTINS, Fernando Rodrigues. A Emancipação Insuficiente da Pessoa com Deficiência e o Risco Patrimonial ao novo Emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 104, São Paulo, p. 203-255, Mar.-Abr. 2016).

<sup>44</sup> O parágrafo único do art. 10 do EPD é criticado doutrinariamente: “(...) a presunção da vulnerabilidade conduz substancialmente a igualitária aplicação do Código de Defesa do Justamente aqui revela-se novo ponto nevrálgico e sensível de retrocesso. Por parte do EPD, além da retirada sem cuidados da incapacidade, a condição de vulnerabilidade somente advém de forma extraordinária, excepcional, invencível. Firme-se que o EPD no parágrafo único do art. 10 atrelou o reconhecimento da vulnerabilidade apenas às situações de risco, emergência ou calamidade pública. Paradoxalmente, enquanto no Código de Defesa do Consumidor a vulnerabilidade é presunção absoluta (inderrogável e erga omnes) alcançando toda pessoa física, considerando a inerente posição desequilibrada no mercado, no EPD seriam as circunstâncias anormais, atípicas e inusitadas Duro golpe no direito privado de direitos humanos, pois se a presunção de vulnerabilidade no Código de Defesa do Consumidor já é indicativa do risco (...) Em situações de normalidade, portanto, a pessoa com deficiência não é vulnerável. (...)” (MARTINS, Fernando Rodrigues. A Emancipação Insuficiente da Pessoa com Deficiência e o Risco Patrimonial ao novo Emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 104, São Paulo, p. 203-255, Mar.-Abr. 2016).

interpretação normativa em favor do *melhor interesse do vulnerável*<sup>45</sup> e em *diálogo das fontes*<sup>46</sup>.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência tem a finalidade de preservar a pessoa com deficiência de toda espécie de discriminação e de promover sua inclusão social. Além de fixar direitos às pessoas deficientes, o EPD registra claramente que a deficiência não afeta a *capacidade civil* das pessoas (art. 6º<sup>47</sup>), garantindo-lhes diversos direitos, entre os quais a constituição familiar e ainda direitos sexuais.

O novo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) reconhece a pluralidade dos níveis da *necessidade*<sup>48</sup> de proteção da pessoa com deficiência a partir de seu respectivo patamar de *vulnerabilidade*<sup>49</sup>. Nessa senda, podem-se encontrar, nas situações mais graves, pessoas com deficiência *necessitadas* de *curatela* ou, quando mais brandas suas dificuldades, fala-se também da *Tomada de Decisão Apoiada*<sup>50</sup> (TDA), ao lado dos respectivos apoiadores do deficiente, após processo<sup>51</sup> instaurado com tal finalidade.

Uma vez registrada a *vulnerabilidade* do cidadão com deficiência, bem como sua condição de *necessitado constitucional*, é imperioso distinguir a condição de *deficiente* da situação de *incapacidade*.

---

<sup>45</sup> VASCONCELOS, Fernando A; MAIA, Maurilio Casas. *A tutela do melhor interesse do vulnerável: uma visão a partir dos julgados relatados pelo Min. Herman Benjamin (STJ)*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 105, p. 243-271, Jan.-Fev. 2016.

<sup>46</sup> Em relação ao diálogo entre o EPD e o CDC, aduziu a doutrina: "(...) Neste ponto situa-se a complementariedade entre fontes, vistos que as falhas emancipatórias do EPD podem ser supridas tanto pelos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor como pelo instituto protetivo da interdição do Código de Processo Civil que está por vir, todos iluminados e racionalizados conforme a interpretação mais favorável aos direitos humanos. (MARTINS, Fernando Rodrigues. *A Emancipação Insuficiente da Pessoa com Deficiência e o Risco Patrimonial ao novo Emancipado na Sociedade de Consumo*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 104, São Paulo, p. 203-255, Mar.-Abr. 2016).

<sup>47</sup> *Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD)*, "Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas."

<sup>48</sup> Nesse sentido, o EPD (§ 2º, art. 85) prevê a curatela como medida *extraordinária* e cujos poderes do curador serão proporcionais às necessidades e circunstâncias do caso (§3º, art. 84, EPD): "Art. 84. (...) § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível".

<sup>49</sup> VASCONCELOS, Fernando A. MAIA, Maurilio Casas. *A tutela do melhor interesse do vulnerável: uma visão a partir dos julgados relatados pelo Min. Herman Benjamin (STJ)*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 105, p. 243-271, Jan.-Fev. 2016.

<sup>50</sup> EPD, "Art. 84. (...) § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada".

<sup>51</sup> Código Civil de 2002, "Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elige pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade".

### 3.2.1 Incapacidade e deficiência

Incapacidade e deficiências são conceitos inconfundíveis. Porém, são eventualmente relacionáveis. A fim de demonstrar tal afirmação, segue exposição dos atualmente incapazes e do conceito de deficiente, a fim de apresentar, em seguida, a existência (ou não) de elo entre incapacidade e deficiência.

Com a redação atribuída ao Código Civil de 2002 (CC/2002) pela Lei n. 13.146/2015 (EPD), o rol<sup>52</sup> de *absolutamente incapazes* foi reduzido a um único caso: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos” (art. 3º).

Por outro lado, a listagem legal dos *relativamente incapazes* também sofreu alteração<sup>53</sup>:

“Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”.

Portanto, na nova conjuntura da (in)capacidade, *a pessoa com deficiência não pode ser considerada incapaz pelo mero fato de ser deficiente* – conforme se deixará claro nos próximos parágrafos, a partir das disposições do EPD.

O novo EPD apresenta o seguinte conceito para *pessoa com deficiência*: “Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de *longo prazo* de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 2º, EPD).

Noutro âmbito, o Decreto n. 3.298/1999 (o qual regulamentou a Lei Federal n. 7.853/1989) contém conceitos relevantes no contexto ora debatidos, diferenciando *deficiência*<sup>54</sup>, *deficiência permanente*<sup>55</sup> e *incapacidade*<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Redação original: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

<sup>53</sup> Redação original: “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

<sup>54</sup> Decreto n. 3.298/1999, “Art. 3º (...) I - *deficiência* – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere *incapacidade* para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;”

<sup>55</sup> Decreto n. 3.298/1999, “Art. 3º (...) II - *deficiência permanente* – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de *tempo* suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos;”

<sup>56</sup> Decreto n. 3.298/1999, “Art. 3º (...) III - *incapacidade* – uma redução efetiva e acentuada da *capacidade* de integração

Em observação aos conceitos supracitados, percebe-se de plano a necessidade de certo esforço integrativo pelo intérprete. Nesse cenário, o EPD (2016), a CDPD (Decreto 6.949/2009) e a Lei Federal n. 9.278/1996 devem ser vistas enquanto normas complementares entre si, em *diálogo* necessário, a fim de promover a proteção da pessoa com deficiência. No referido estudo, por exemplo, não se pode confundir a (in)capacidade civil *com* a (in)capacidade laborativo-profissional (EPD, art. 36, § 1º<sup>57</sup>).

Com efeito, o EPD consigna de modo claro a independência entre a condição de deficiente e a capacidade civil. Nesse sentido, o art. 6º do EPD determina que a “deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” e, mais adiante, o art. 84 do EPD aduz ser assegurado à pessoa com deficiência “o direito ao exercício de sua *capacidade legal* em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Em síntese, não obstante sejam eventualmente relacionáveis, deficiência e incapacidade civil *não* são termos indissociáveis. Em outras palavras, nem toda pessoa com deficiência é incapaz e o Estatuto da Pessoa com Deficiência reconhece expressamente a capacidade da pessoa com deficiência (art. 6º e art. 84).

### 3.2 A união estável e as pessoas com deficiência

Em breve recapitulação dos caminhos percorridos pelo presente texto, percebe-se que a União Estável *não* se configura enquanto *ato solene* – tal como o casamento<sup>58</sup> –, possuindo também efeitos patrimoniais e sucessórios. Por outro lado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) garante ao deficiente o

---

social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.”

<sup>57</sup> Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), “Art. 36. (...) § 1º Equipe multidisciplinar indicará, com base em critérios previstos no § 1º do art. 2º desta Lei, programa de habilitação ou de reabilitação que possibilite à pessoa com deficiência restaurar sua *capacidade* e habilidade profissional ou adquirir novas *capacidades* e habilidades de trabalho.”

<sup>58</sup> Em relação à tutela do deficiente vulnerável frente ao *casamento*, ponderou-se na doutrina: “(...) Pelo art. 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi revogado o inc. I do art. 1.548 do CC. Logo, não poderá ser eivado de nulidade o casamento contraído por pessoa com deficiência. Essa revogação encontra amparo no inc. I do art. 6º do Estatuto, em que a deficiência não afetaria a plena capacidade civil da pessoa para casar-se e constituir união estável. (...) Entretanto, foi mantida a anulação do casamento contraído por pessoa incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento (art. 1.550 do CC). *A contradição é aparente*, pois o Estatuto considera válido o casamento realizado por pessoa com deficiência, contudo essa questão não interfere na ressalva, ou seja, na anulação do casamento de pessoa incapaz de consentir ou manifestar a sua vontade. (DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Lígia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), nas Legislações Civil e Processual Civil), *Revista de Direito Privado*, vol. 66, São Paulo, p. 57-82, Abr.-Jul. 2016).

direito à constituição familiar, inclusive pela via da união estável. Firmadas tais premissas, é preciso retornar à questão central a ser respondida pelo presente texto: *como viabilizar a proteção da pessoa com deficiência vulnerável quanto aos riscos patrimoniais decorrentes da união estável sem eliminar sua autonomia para constituição de união estável?*

Com efeito, a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD, Nova York, março/2007) – Decreto nº 6.949, de 25/8/2009 –, em seu dispositivo “23.1.a”<sup>59</sup>, positiva garantia ao direito à constituição de entidade familiar pelo deficiente. Desse modo, o artigo 6º do EPD, em seu inciso I, somente reforça o direito à constituição familiar pelo deficiente, deixando expressa, inclusive, a possibilidade de constituição de união estável, *in verbis*: “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável;”.

Noutro passo, a principal novidade apresentada ocorre em relação ao interdito. Isso porque o § 1º<sup>60</sup> do art. 85 dispõe expressamente que os curatelados não sofrem restrição quanto ao direito ao matrimônio – e o uso da expressão *matrimônio*<sup>61</sup> remete ao *casamento* e não à *união estável*. No referido contexto, é necessário perquirir se a concepção igualitária entre casamento e união estável para fins de proteção estatal (§ 3º, art. 226, Constituição) remete (ou não) à aplicação do retrocitado § 1º do art. 85 ao NCPC, também à união estável.

Por um lado, negar categoricamente ao curatelado a possibilidade de constituição de união estável geraria tensão com a possibilidade de os deficientes constituírem família por tal via (*EPD, art. 6º, I*), gerando possível conflito de constitucionalidade com a “*regra de igual tutela estatal*” prevista no § 3º<sup>62</sup> do art. 226 da Constituição – e ainda com dever constitucional de proteção da

---

<sup>59</sup> “Artigo 23. Respeito pelo lar e pela família: 1.Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que: a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes;” (Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Nova York, março/2007) – Decreto nº 6.949, de 25/8/2009).

<sup>60</sup> EPD, “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao *matrimônio*, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.”

<sup>61</sup> CC/2002, “Art. 1550 (...) § 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”. (Redação pela Lei nº 13.146/2015).

<sup>62</sup> Constituição, “Art. 226 (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

família (art. 226<sup>63</sup>, *caput*). Por outra via, possibilitar ao curatelado a constituição familiar por meio da *união estável*, não obstante tornem-se ausentes as tensões retrocitadas, pode eventualmente inserir o curatelado em quadro maior de vulnerabilidades e riscos quando seu nível de discernimento e compreensão da situação familiar não for razoável.

E assim, uma vez exposta a celeuma, busca-se solucionar a problemática.

A melhor solução no quadro constitucional e legal atual é garantir, em regra, a autonomia da pessoa com deficiência quanto ao exercício do direito à constituição familiar, na medida em que a deficiência não resulta automaticamente em incapacidade (art. 6º e art. 84, ambos do EPD). Por outro lado, nos casos em que for necessária a excepcional curatela, faz-se importante que os *estudos multidisciplinares* realmente definam a possibilidade de *compreensão* pelo curatelado do fenômeno da união estável, além de suas *consequências*.

Destarte, será preciso definir se há “*necessidade*” (§ 3º, art. 84, EPD) de *limitar* a autonomia familiar do curatelado na decisão de curatela em decorrência dos *efeitos patrimoniais*<sup>64</sup> da constituição de união estável.

A interpretação proposta encontra harmonia na Lei n. 13.105/2015 (o Novo Código de Processo Civil – NCPC<sup>65</sup>), a qual impõe ao juízo a identificação dos atos para os quais a curatela se faz necessária a partir do nível<sup>66</sup> de *necessidade*

---

<sup>63</sup> Constituição, “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

<sup>64</sup> Trata-se de raciocínio semelhante ao que conduz à necessidade de atuação do curador para fins de elaboração de pacto antenupcial quanto ao casamento: “Quando se fala em curatela, pela letra da lei, a relação é com os direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando os direitos ao próprio corpo, sexualidade, matrimônio, privacidade, educação, saúde, trabalho e voto (art. 85 do Estatuto). Releva considerar que, em nossa opinião, no casamento, se houver pacto antenupcial, pela sua natureza contratual, a presença do curador será necessária”. (DANELUZZI, Maria Helena Marques Bracero; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), nas Legislações Civil e Processual Civil, *Revista de Direito Privado*, vol. 66, São Paulo, p. 57-82, Abr.-Jul. 2016).

<sup>65</sup> NCPC, “Art. 753. (...) § 2º O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela. (...) Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz: I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e *fixará os limites da curatela*, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito; II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.”

<sup>66</sup> “O amálgama hermenêutico permitirá a leitura do EPD de forma mais consentânea aos direitos humanos, protegendo tanto os interesses *patrimoniais* como as situações *existenciais* enquanto pressupostos do livre desenvolvimento da personalidade e promoção da pessoa com deficiência. Para tanto, ferramenta útil percebe-se com clareza na positividade do art. 755 do CPC vigente a partir de 2016 que determina ao juiz a conferência dos “limites” da curatela, segundo o estado e desenvolvimento “mental” do emancipado. Tal dispositivo, sem ufanismo, promove a justiça conforme o caso concreto, na medida da necessidade cognoscitiva do titular de direitos e supre omissão do EPD que para o instituto da curatela não elenca a observação intelectual e psíquica (desenvolvimento mental) do emancipado como critério de prudência judicial.” (MARTINS, Fernando Rodrigues. A Emancipação Insuficiente da Pessoa com Deficiência e o Risco Patrimonial ao novo Emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 104, São Paulo, p. 203-255, Mar.-Abr. 2016).

e *vulnerabilidade* concreta da pessoa com deficiência. Antes mesmo da edição do NCPC, o enunciado n. 574<sup>67</sup> da “VI Jornada de Direito Civil” (2013) do Conselho de Justiça Federal (CJF/STJ) anunciava há algum tempo a necessidade de delimitação da curatela.

Portanto, para que ocorra a *excepcionalíssima* restrição nos direitos do deficiente é preciso observar, antes de tudo, o requisito da *necessidade*. A proteção-restrição imposta pela curatela deve atentar ao *melhor interesse da pessoa com deficiência vulnerável* e ao máximo respeito possível à *autonomia* desta. Nos dizeres da obra de Caio Mário da Silva Pereira<sup>68</sup>: “A curatela é, em sua gênese, um instituto de proteção do incapaz, àquele que não tem condições de cuidar de si, principalmente, e de seu patrimônio. (...) a *proteção deve ocorrer na exata medida de ausência de discernimento*, para que não haja supressão da autonomia dos espaços de liberdade. Similar ao princípio do melhor interesse da criança (...)”.

Por outro lado, se presente o discernimento sobre o ato de união estável na pessoa com deficiência, mas não lhe sendo integral a capacidade de compreensão – de modo a dificultar o pleno uso de sua autonomia –, pode-se recorrer à *Tomada de Decisão Assistida* (TDA), a fim de manter a autonomia da pessoa com deficiência, por exemplo, por ocasião da realização de uma escritura de reconhecimento de união estável ou para fixação de seus termos patrimoniais, nos termos do art. 1.725 do CC/2002. Isso porque, embora seja garantido ao *curatelado* o direito ao matrimônio (§ 1º, art. 85, EPD), não foi dito o mesmo quanto ao direito à união estável (art. 6º, I, EPD) – que também é direito exercitável pelo deficiente. Nesse cenário, a distinção talvez tenha ocorrido em decorrência das formalidades inerentes ao primeiro e às informalidades fáticas das uniões estáveis – diferença<sup>69</sup> inegável entre cada uma das referida formas de constituição familiares.

---

<sup>67</sup> “A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772). Artigo: 1.772 do Código Civil”. (Enunciado n. 574 CJF/STJ – VI Jornada de Direito Civil).

<sup>68</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. V. 5. 24. ed. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 582.

<sup>69</sup> Leciona o prof. Mairan Gonçalves Maia Jr.: “É certo, porém, ter tido o legislador constituinte consciência de expressarem o casamento e a união estável *situações jurídicas distintas*, não obstante compartilharem a mesma finalidade: a formação da família. (...) A união estável é fato do qual decorrem consequências jurídicas. (...) Também nesse aspecto distingue-se substancialmente do matrimônio, que se contenta com a prova documental de sua celebração, na clara redação do art. 1.543 do CC/2002.” (MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A família e a questão patrimonial*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 110).

Com efeito, a inexistência de menção à união estável no § 1º do art. 85 do EPD não pode impedir o exercício do direito à união estável do inciso I do art. 6º do EPD. Até porque, em regra, direitos extrapatrimoniais não serão atingidos pela curatela (art. 85). Entretanto, considerando a *informalidade* típica da constituição das uniões estáveis – bem como seus *efeitos patrimoniais* –, e ainda a eventual *concreta necessidade* de proteção do melhor interesse do deficiente, o magistrado poderá fundamentadamente restringir o referido direito a fim de preservar os respectivos *interesses* de ordem patrimonial do deficiente (§ 2º, art. 85, EPD). Tal medida será *excepcional* e para casos mais *graves*, face à tendência de preservação da *autonomia* do deficiente presente no EPD. Dessa forma, o uso da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) é inclusive recomendável (EPD, art. 84, § 2º) em relação à curatela, a qual é reconhecidamente *extraordinária* (art. 84, § 3º e art. 85, § 2º, ambos do EPD) e submetida ao postulado da *necessidade* (EPD, § 1º do art. 84).

Noutro passo, não se deve olvidar que o STJ<sup>70</sup>, no julgado noticiado no limiar do presente texto, serviu-se da teoria das nulidades, aplicando, por analogia, o hoje revogado inciso I do art. 1.548 do CC/2002. Por tal motivo, possivelmente se fará necessária a revisitação, em diálogo das fontes, da teoria das nulidades<sup>71</sup>, a fim de que os indivíduos mais vulneráveis não sejam colocados em estado de desproteção jurídica em situações similares pós-estatuto da pessoa com deficiência – temática a ser explorada em estudos vindouros.

Portanto, sendo a curatela excepcional e devendo o magistrado fixar seus limites, nada impede a observância do respeito à maior vulnerabilidade do *deficiente curatelado* caso o mesmo, comprovadamente, não tenha o *discernimento* necessário à constituição da união estável, além da compreensão mínima de seus efeitos patrimoniais e sucessórios. Para sua validade constitucional, a

---

<sup>70</sup> “(...) 3. Especificamente sobre a capacidade para o estabelecimento de união estável, a lei substantiva civil não dispôs qualquer regramento. Trata-se, na verdade, de omissão deliberada do legislador, pois as normas relativas à capacidade civil para contrair núpcias, exaustivamente delineadas no referido diploma legal, são in totum aplicáveis à união estável. Assim, aplicando-se *analogicamente* o disposto no artigo 1.548, I, do Código Civil, afigurar-se-ia inválido e, por isso, não comportaria o correlato reconhecimento judicial, o suposto estabelecimento de união estável por pessoa acometida de enfermidade mental, sem ostentar o necessário discernimento para os atos da vida civil. (...)” (STJ, REsp 1414884/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, t3, j. 3/2/2015, DJe 13/2/2015, g.n.).

<sup>71</sup> Revelando preocupação com possíveis prejuízos aos interesses das pessoas com deficiência em razão do impacto do Estatuto da Pessoa com Deficiência, vide: MONTEIRO, Juliano Ralo. LINS, Rodrigo Oliveira Acioli. Impactos da Nova Teoria das Incapacidades na reestruturação da curatela. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, p. 5-23, n. 29, Mar.-Abr. 2019.

retrocitada limitação deve estar de acordo com o *melhor interesse do vulnerável*<sup>72</sup>, *interditando*<sup>73</sup>, jamais limitando indevidamente sua autonomia.

#### 4. Notas conclusivas

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) repercutiu diretamente nos estudos da Teoria da Incapacidade no Brasil. A ênfase para a preservação da autonomia e liberdade das pessoas com deficiência é a tônica do sobredito Estatuto. O direito à constituição familiar – inclusive pela via informal e não solene da união estável – é garantida à pessoa com deficiência. Em tal contexto, discorreu-se acerca da tutela do cidadão com deficiência frente à informalidade da união estável e suas consequências patrimoniais e sucessórias.

Em primeiro momento, tratou-se da união estável, uma forma de constituição familiar menos formal e não solene, sendo um *fato* tutelado juridicamente contando com a tutela constitucional em mandamento protetivo (§ 3º, art. 226). Infraconstitucionalmente, o estatuto patrimonial e sucessório da união estável está positivado no Código Civil, sendo envolto por questionamentos sobre sua constitucionalidade em decorrência de suposto tratamento não isonômico em relação ao cônjuge do casamento.

Noutro âmbito, o cidadão com deficiência foi exposto no plano constitucional enquanto sujeito de direito especialmente protegido na Constituição, em decorrência de sua *vulnerabilidade* fática. A pessoa com deficiência, portanto, é um sujeito *necessitado constitucional* de proteção estatal, tutelado em diversos níveis: constitucional, internacional e infraconstitucional.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) – em harmonia com o texto constitucional – reconheceu no cidadão deficiente a capacidade de autodeterminação, positivando expressamente que a condição de pessoa com deficiência não afeta automaticamente a *capacidade civil* do ser humano (EPD, art. 6º e art. 84, *caput*), garantindo-lhe diversos direitos, tais como ao casamento e à constituição de união estável (art. 6º, I, EPD). Nesse contexto, as disposições sobre a curatela dispõem que esta (a curatela) afetará somente atos de natureza patrimonial e negocial (art. 85, EPD), permitindo-lhe ainda o exercício do

---

<sup>72</sup> Sobre o melhor do interesse do vulnerável, de modo amplo, ver: VASCONCELOS, Fernando A. MAIA, Maurilio Casas. A tutela do melhor interesse do vulnerável: uma visão a partir dos julgados relatados pelo Min. Herman Benjamin (STJ). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 105, p. 243-271, Jan.-Fev. 2016.

<sup>73</sup> Sobre o melhor interesse do interditando, vide: ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a interdição após o Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Ed. CRV, 2015, p. 163-180.

direito ao matrimônio (§ 1º) – nada mencionando expressamente sobre a união estável.

Dessa forma, foi necessário perquirir sobre a tutela das pessoas com deficiência mais vulneráveis frente às eventuais tentativas de constituição de união estável distantes da boa-fé e com intuito meramente patrimonial.

*Em regra, os deficientes podem constituir livremente união estável.* Seja porque são capazes para fins de capacidade civil (EPD, art. 6º e 84, *caput*), seja porque o Estatuto da Pessoa com Deficiência lhes garante o direito à constituição da união estável (art. 6º, I).

Os *deficientes curatelados*, por sua vez, também têm a letra legal a favor de sua autonomia, no sentido de a curatela somente afetar direitos patrimoniais e negociais (EPD, art. 85, *caput*) e não os direitos extrapatrimoniais. Desse modo, aparentemente, o cidadão deficiente e curatelado poderia constituir família via casamento ou união estável. Porém, a solução não é tão simples: o § 1º do art. 85 do EPD – ao registrar direitos não afetados pela curatela – menciona “matrimônio”, mas não menciona a “união estável”, que é um fato e não é comprovável documentalmente do mesmo modo que o casamento.

A melhor solução para a questão da união estável por deficientes curatelados perpassa pela análise da *necessidade* concreta (§ 3º, art. 84) de proteção do curatelado, por *ausência* de *discernimento* quanto às consequências sociais e *patrimoniais* da mesma, conclusão essa passível de acesso por estudos multidisciplinares. Perceba-se que – distintamente do casamento – a união estável dispensa solenidades e formalidades maiores, sendo imprescindível, portanto, que o cidadão deficiente curatelado compreenda minimamente o modelo de unidade familiar constituído, com seus efeitos patrimoniais e sucessórios respectivos, sob pena de restar juridicamente desprotegido.

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) determina a investigação da extensão da necessidade protetiva do deficiente curatelado e delimitação do alcance da curatela por sentença. Nesse âmbito, é possível (em tese) a fixação de limitação no *melhor interesse do vulnerável*, sendo indevida qualquer restrição desnecessária.

Em síntese, a autonomia da pessoa com deficiência no atual cenário constitucional lhe garante, em regra, o direito à constituição familiar por casamento ou mesmo união estável, além de preservar-lhe a capacidade civil. *Excepcionalmente*, o cidadão deficiente poderá ser submetido à curatela, cujos efeitos recaem no plano patrimonial e negocial. Por fim, de modo *excepcionalíssimo*, face à comprovada inaptidão para a compreensão da união estável e

seus peculiares efeitos patrimoniais e sucessórios, é possível cogitar a restrição à constituição de união estável, seja remetendo à *Tomada de Decisão Apoiada* (TDA) para firmar o regime patrimonial mais adequado (nos termos do art. 1.725 do CC/2002) ou mesmo decidindo-se sobre a plenitude do discernimento para a compreensão dos efeitos patrimoniais da união estável.

O presente texto está longe de esgotar a complexidade da temática. Entretanto, trata-se de algumas primeiras luzes sobre o tema. Certamente, os debates futuros devem se nortear no paradigma da *autonomia* e da proteção da *dignidade* dos deficientes, sob pena de se desviarem dos mandamentos constitucionais de tutela das pessoas com deficiência, enquanto membros do agrupamento denominado “*necessitados constitucionais*”.

## 5. Referências

ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a interdição após o Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Ed. CRV, 2015.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Estoril: Principia, 2007.

AMORIN, Ana Mônica Anselmo de. *Manual de Direito das Famílias*. Curitiba: Juruá, 2016.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: CORDE, 1994.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Jurisprudência comentada: STJ – AgRg no REsp 1.315.668/SP. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 100, p. 532-535, Jul.-Ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Direitos e limites à autonomia do consumidor idoso de planos de saúde face ao fornecedor em situações jurídicas de vida e morte, capacidade e incapacidade. In: MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. (Org.) *25 Anos do Código de Defesa do Consumidor; trajetória e perspectivas*. São Paulo: RT, 2016, p. 199-233.

BARRETO, Luciano Silva. Evolução Histórica e Legislativa da Família. In: EMERJ. *10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos*. V. I. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 205-214.

CAETANO, Ivone Ferreira. Dez anos do Código Civil: Evolução do Direito de Família e incidências. Hiperjudicialização do Direito de Família. In: EMERJ. *10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos*. V. I. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 159-167.

CAMBLER, Everaldo Augusto. GONÇALVES, Carlos Roberto. MAIA, Mairan. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Direito Sucessório do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Método, 2015.

CASAS MAIA, Maurílio. A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPD: colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais

dinâmicas. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). *Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada*, v.1, parte Geral. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. I, p. 1253-1292.

\_\_\_\_\_. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis. In: MARQUES, Cláudia Lima. GSELL, Beate. (Org.). *Novas tendências de Direito do Consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2015, p. 431-459.

\_\_\_\_\_. A Legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, São Paulo, Set.-Out. 2015.

\_\_\_\_\_. A Segunda Onda de acesso à Justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: COSTA-CORRÊA, André L.; SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva; SILVIO, Solange Almeida Holanda. (Org.). *Direitos e garantias fundamentais: novas perspectivas*. Birigui-SP: Boreal, 2015, p. 182-204.

\_\_\_\_\_. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 22, v. 86, p. 203-232, Mar.-Abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Os deficientes enquanto necessitados constitucionais e a tutela do vulnerável diante dos efeitos sucessório-patrimoniais da União Estável. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 102, p. 169-194, Jul.-Ago. 2017.

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CORDEIRO, Carlos José. GOMES, Josiane Araújo. Mal de Alzheimer e Tomada de Decisão Apoiada: Análise do novel instituto jurídico sob o enfoque do filme “Para sempre Alice”. In: LIMA, Taísa Maria Macena de SÁ, Maria de Fátima Freire de. BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Direito e Arte: os desafios da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 146-157.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), nas Legislações Civil e Processual Civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 66, São Paulo, p. 57-82, Abr.-Jul. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade Existencial e Vulnerabilidade Patrimonial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 99, p. 101-123, Mai.-Jun. 2015.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A família e a questão patrimonial*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

\_\_\_\_\_. *A representação no negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

\_\_\_\_\_. MIRAGEM, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A Emancipação Insuficiente da Pessoa com Deficiência e o Risco Patrimonial ao novo Emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 104, São Paulo, p. 203-255, Mar.-Abr. 2016.

MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade Civil Médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 63, p. 52-91, jul.-set. 2007.

MONTEIRO, Juliano Ralo. LINS, Rodrigo Oliveira Acioli. Impactos da Nova Teoria das Incapacidades na reestruturação da curatela. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, p. 5-23, n. 29, Mar.-Abr. 2019.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. ARAÚJO, Luiz Alberto David. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Tutela do Consumidor: Novos Direitos? *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 105, p. 103-121, São Paulo, Mai.-Jun. 2016.

\_\_\_\_\_. DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 76, p. 13-45, São Paulo, out. 2010.

OLIVEIRA, Amanda Flávia de. CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade Comportamental do Consumidor: por que é preciso proteger a pessoa superendividada. In: MIRAGEM, Bruno. MARQUES, Cláudia Lima. OLIVEIRA, Amanda Flávia de. *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: RT, 2015, p. 527-547.

PEREIRA, Fabio Queiroz. MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho. LARA, Mariana Alves. (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROSEVALD, Nelson. A necessária revisão da Teoria das Incapacidades. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito & Justiça Social: Por uma sociedade mais livre, justa e solidária – estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 144-158.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. *O Novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. V. 5. 24. ed. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHMITT, Cristiano Heineck. BARBOSA, Fernanda Nunes. *Manual de Direito do Consumidor*. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul, 2016.

\_\_\_\_\_. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVEIRA NETTO, Ernesto J. *A concorrência do parceiro na Sucessão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VASCONCELOS, Fernando A. MAIA, Maurílio Casas. A tutela do melhor interesse do vulnerável: uma visão a partir dos julgados relatados pelo Min. Herman Benjamin (STJ). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 105, p. 243-271, Jan.-Fev. 2016.

VIEIRA, Cláudia Nascimento. A União Estável no Novo Código Civil. In: EMERJ. *10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos*. V. I. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 76-80.

## 6. Anexos: Tabelas comparativas

### ABSOLUTAMENTE INCAPAZES NO CC/2002

TEXTO ORIGINAL	TEXTO APÓS O EPD
<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I - os menores de dezesseis anos;</p> <p>II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.</p>

### RELATIVAMENTE INCAPAZES NO CC/2002

TEXTO ORIGINAL	TEXTO APÓS O EPD
<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.</p>

### INTERDIÇÃO E CURATELA NO CC/2002

TEXTO ORIGINAL	TEXTO APÓS O EPD
<p>Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela:</p> <p>I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;</p> <p>II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;</p> <p>III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;</p> <p>IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental.</p>	<p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:</p> <p>I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>II - (Revogado);</p> <p>III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>IV - (Revogado);</p> <p>V - os pródigos.</p>



## ARTIGO VIII

# Lacrar: um sucesso ou um desastre acadêmico?

*“Lacrar”: a success or an academic disarm?*

---

CAMILA CORTES REZENDE SILVEIRA DANTAS

*Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia, linha de pesquisa: Esfera Pública, legitimidade e controle pela Universidade Fumec. Pós-Graduada lato sensu em “Direito Processual” pela Unisul. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2005). Foi delegada de polícia de Minas Gerais Defensora pública de Minas Gerais (DPMG). Presidente e conselheira fiscal titular da Fundação Fechada de Previdência Complementar do Estado de Minas Gerais (Prevcom.MG).*

**Resumo:** O presente artigo teve por problema o questionamento se a lacração, ou seja, o fechamento dos posicionamentos jurídicos, seria um sucesso ou um desastre acadêmico. Como marco teórico foi utilizada a teoria neoinstitucionalista, que tem como fundamento a democracia que se implementa no devido processo. O método utilizado foi o falseamento de Popper. Levantou-se, como hipótese, que lacrar é uma atitude descabida no direito, e como exemplo foi trazida a súmula vinculante. Apresentou-se a modernidade líquida para demonstrar que a lacração é inválida na modernidade. Após o falseamento da hipótese, chegou-se à conclusão que lacrar fere a democracia e não se encaixa na fluidez da modernidade. Nesse entendimento, lacrar para o direito é um verdadeiro desastre, seja porque impede o devido processo, seja porque impede o falseamento, seja porque o ato não é comportado na modernidade líquida em que se vive.

**Palavras-chave:** Lacrar; Teoria neoinstitucionalista; Popper; Modernidade líquida; Súmula vinculante.

**Abstract:** *The present article had the problem of questioning whether the sealing, that is, the closing of legal positions would be a success or an academic disaster. As a theoretical framework was used the neoinstitutionalist theory, which is based on democracy that is implemented in due process. The method used was Popper Fake. It was hypothesized that sealing is an unreasonable attitude in law, as an example has been brought to a binding cutley. Liquid modernity was presented to demonstrate that secularism is*

*invalid in modernity. After the hypothesis was falsified, it was concluded that sealing hurts democracy and does not fit into the fluidity of modernity. In this understanding, sealing for the right is a real disaster, either because it prevents due process, either because it prevents the falsification, or because it is not behaved in the liquid modernity in which one lives.*

**Keywords:** *Seal; Neoinstitutional theory; Popper; Liquid modernity; Binding precedent.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A teoria neoinstitucionalista; 2.1 A falseabilidade de Popper; 2.2 Súmula vinculante – o lacre do Direito?; 3. A modernidade líquida; 4. Considerações finais; 5. Referências.

## 1. Introdução

*Lacrar* é um termo comum entre os adolescentes, para os quais o termo, usado em forma de gíria, significa que alguém ou alguma coisa colocou um ponto final em um ponto controverso, de maneira tão excepcional que não se discute mais o objeto da demanda.

No sentido denotativo, *lacrar* significa: colocar lacre em<sup>1</sup>. Quando se coloca lacre em alguma coisa, ela fica muito bem fechada e, se aberta, perde seu valor de fechamento, passando a ser uma embalagem corrompida.

Por essa perspectiva, no direito e na academia, lacrar seria uma atitude positiva? O que pode ser entendido como lacrar nesses dois lugares? Na tentativa de responder a esses dois questionamentos, foi trazida a questão da súmula vinculante para exemplificar a questão.

Foi utilizado o método hipotético-dedutivo, que se sustenta no pensamento de Karl Popper, pois a pesquisa inicia-se com a descoberta de um problema do conflito entre o significado linguístico de lacrar, colocar em um compartimento estanque o saber jurídico e acadêmico e questionar se essa é uma atitude positiva (POPPER, 1975).

Para o problema apontado foi levantada e testada uma hipótese que passou pelo processo de falseamento: tanto na academia, quanto no direito os saberes não foram feitos para permanecer em compartimentos lacrados (estanques), pois a ciência se realiza no falseamento, e aquilo que não pode ser falseado é um dogma e não uma ciência.

Como vertente metodológica foi utilizada a dogmático-jurídica ao se analisar o direito positivo, com foco nas súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal (STF).

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=zayA1>> Acesso em: 14/01/2019.

O marco teórico usado foi a teoria neoinstitucionalista do processo e falibilismo de Popper. Os dados utilizados foram coletados, principalmente, da pesquisa bibliográfica empreendida, constituída por livros, artigos científicos, dissertações, teses de doutoramento (banco de teses e dissertações) e da jurisprudência do STF. As bases de dados consultadas foram as da Biblioteca da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Biblioteca do Senado e bancos de teses e dissertações da UFJF, PUC Minas, PUC Campinas, UFMG, USP, UNESP e PUC Campinas.

O artigo foi desenvolvido a partir dos seguintes conteúdos: a) teoria neoinstitucionalista; b) falseabilidade de Popper; c) súmula vinculante, um lacre no direito?; d) a modernidade líquida sem lacre.

## 2. A teoria neoinstitucionalista

A teoria neoinstitucionalista está entre as várias perspectivas teóricas que têm como objeto de estudo o processo, que faz parte do direito público. Entretanto, para melhor compreender a teoria em análise, que não aceita dogmas, posto que estes não são questionáveis, torna-se prudente afastar a concepção acima descrita.

Nesse contexto, limitar a teoria neoinstitucionalista para sua aplicação apenas no direito processual é podá-la, limitando seu uso. Talvez seja melhor alocá-la na teoria geral do direito, posto que ela é abrangente e abarca os mais diversos ramos jurídicos. Ao trabalhar na perspectiva da linguagem, a teoria torna-se fluida e consegue se tornar sempre presente.

Por ter como escopo a linguagem, a teoria se preocupa em questionar e reelaborar o sentido de termos como: *soberania, democracia, estado, estado democrático de direito, devido processo legal, processo, jurisdição, ação, juízo, isonomia, contraditório, ampla defesa, dignidade humana, propriedade* etc. Para o professor Rosemiro Leal, autor da teoria em análise, aceitar a dogmatização do direito ou da ciência faz parte da colonização, e para ele é necessário questionar:

A fúria dogmática e secular do colonizador a partir de pensadores que, mesmo europeus ou colonizados, insistem em pesquisas (ou conjecturar) outras vias que não se dedicassem exclusivamente à resolução jurídica dos conflitos humanos, mas principalmente à sua redução (solução) paulatina, bem como à perquirição de como é construída a “realidade” dentro da qual estaria o homem condenado ao holocausto perpétuo da Ciência Dogmática do Direito. (LEAL, 2013, p. 8)

Nesse entendimento, a proposta da teoria é uma verdadeira testagem, um revolver profundo de todos os substratos do direito. Entretanto, não se pode testar sem possuir uma metodologia, pois sem ela não se faz ciência, então, esse testar é feito por meio da falseabilidade de Karl Popper e segundo a psicanálise de Lacan. Por esse prisma, a teoria neoinstitucionalista pode ser considerada uma proposta metodológica de falseamento do conhecimento jurídico sob a ótica da abordagem psicanalítica, tendo como fundamento: isonomia, contraditório e ampla defesa. (LEAL, 2013, p. 37).

## 2.1 A falseabilidade de Popper

No decorrer da história, várias teorias produzidas pelo ser humano caíram por terra: o sol não gira em torno da terra, mas por muito tempo esse foi um dogma científico. Por esse motivo, os dogmas precisam ser questionados e falseados, e disso decorreu a assertiva de Popper de que “a crença na certeza científica não passa de ilusória expectativa: a ciência é falível, porque a ciência é humana” (POPPER, 1974, p. 395).

O método<sup>2</sup> elaborado por Popper começa pela descoberta de um problema, e após a análise desse problema, deve nascer uma hipótese, ou seja, uma alternativa, uma solução, ainda que provisória para a solução do problema apontado. Essa fase do método é nomeada de teoria-tentativa. Em seguida, para que a hipótese possa ser sustentada é necessário submetê-la a uma sequência de críticas, com a finalidade de testar se a hipótese se sustenta ou não, sendo que esse exercício visa à eliminação do erro. Caso a hipótese se sustente, temporariamente ela será válida (LAKATOS, 2010).

O método de Popper, o qual propõe que as hipóteses teóricas sejam falseadas, testadas por meio de críticas, para que pudessem ser consideradas científicas, quando aplicado ao direito impõe que este submeta o Estado Democrático à essa constante aferição. Nesse diapasão deve-se então questionar se lacrar é um posicionamento científico ou se não passa de uma tentativa de dogmatização e colonização.

## 2.2 Súmula vinculante – o lacre do Direito?

Ao reverso do que foi escrito até aqui, o artigo 103A da Constituição atribuiu poderes ao STF para dar efeito vinculante às súmulas que assumissem

---

<sup>2</sup> Esquematizado, onde problema é representado por (P<sub>1</sub>), teoria-tentativa (TT), eliminação do erro (EE) e novos problemas (P<sub>2</sub>), o método ficaria assim: P<sub>1</sub> \_\_\_\_\_ TT \_\_\_\_\_ EE \_\_\_\_\_ P<sub>2</sub>. (POPPER *apud* LAKATOS, 2010, p. 77)

o papel de padronizar a validade, a interpretação e a eficácia de normas, tendo por objetivo diminuir a insegurança jurídica e tentar diminuir o número de processos com demandas muito semelhantes ou talvez idênticas. (BRASIL, 1988).

Ao editar as súmulas vinculantes, o STF passa a obrigar os demais tribunais a observarem o entendimento sumulado. Para que o entendimento seja sumulado com efeito vinculante, é necessário observar os quesitos elencados no artigo 103-A. Para melhor compreensão, se faz necessário trazer à baila o texto constitucional:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Verifica-se que o primeiro imbróglio encontrado é a questão do quórum para a edição de tais súmulas, ou seja, dois terços do colegiado, e nessa conta sobram cinco ministros que podem divergir completamente da súmula vinculante editada pelos dois terços. Nesse sentido, a súmula não tem o condão de diminuir as divergências, sendo este o seu primeiro fracasso e a primeira

brecha para romper o laço. Sim, a súmula vinculante é um laço nas portas de acesso ao judiciário, que rompe a democraticidade do devido processo (BRASIL, 2019).

Em seguida, percebe-se que a súmula deve versar sobre o entendimento atual, e o termo *atual* é de difícil definição. Seria atual aquilo que acontece apenas neste ano de 2019 ou ainda seria atual o conteúdo da súmula vinculante número um? Para tentar driblar essa confusão linguística, o legislador colocou no parágrafo seguinte, § 2º, que as súmulas podem ser revistas e até canceladas. Entretanto, desde a edição da primeira súmula, que se deu no ano de 2007, nenhuma súmula foi cancelada (BRASIL, 2019).

Nesse contexto, a atualidade da discussão dos temas das súmulas tem o vocábulo *atual* como algo que não se define em um lapso temporal, pois 12 anos se passaram desde a edição da primeira súmula e ela continua atual. Ao menos é o que se entende, uma vez que nenhuma súmula foi cancelada ou revisada.

Desde a emenda constitucional nº 45, que permitiu a edição de súmulas vinculantes, foram editadas 56 súmulas. Sabe-se que um dos propósitos das súmulas é reduzir o número de processos que chegam aos tribunais, no entanto, esse não foi o resultado, conforme se comprova pela tabela que representa a estatística de processos autuados no STF ao longo dos anos (vide TABELA 1).

Percebe-se no gráfico que houve uma diminuição das demandas logo no início das edições das súmulas vinculantes, mas em seguida houve um aumento, que já registra, nos poucos dias de 2009, nove processos autuados no STF.

Além de não ter alcançado o objetivo de reduzir o número de processos, a edição das súmulas tem o efeito colateral de fechar ou lacrar o entendimento de uma determinada questão. Nesse entendimento assim se pronunciou Lenio Luiz Streck:

Com o poder de editar súmulas, os Tribunais passam a ter um poder maior do que o Legislativo. Se se impedir que – das decisões exaradas em conformidade com as súmulas – sejam interpostos recursos, o Poder Judiciário estará acumulando as duas funções (legislativa e judiciária), petrificando o sentido do texto (e da norma exurgente desse texto.) Daí que, examinando o sistema jurídico brasileiro como um paradoxo, é possível dizer que, do ponto de vista autopoietico, a vinculação sumular reforça o poder da auto reprodução do sistema. Com a vinculação, o STF “fecha” o sistema. (STRECK, 2005, p.113).

**TABELA 1 – Estatística de processos autuados no Supremo Tribunal Federal (STF) entre 2000 e 2019**

	ADC	ADI	ADO	ADPF	Processos autuados a partir de 2000
2.000		253		10	2.000 263
2.001	1	210		16	2.001 227
2.002		206		10	2.002 216
2.003		308		10	2.003 318
2.004	1	277		16	2.004 294
2.005	1	265		24	2.005 290
2.006	3	195		20	2.006 218
2.007	5	159		21	2.007 185
2.008	2	178	5	32	2.008 217
2.009	4	177	3	44	2.009 228
2.010	3	152	3	18	2.010 176
2.011	4	163	6	20	2.011 193
2.012		180	3	25	2.012 208
2.013		189	4	34	2.013 227
2.014	2	112	3	15	2.014 132
2.015	6	230	7	48	2.015 291
2.016	6	194	1	59	2.016 260
2.017	6	237	9	68	2.017 320
2.018	8	178	5	54	2.018 245
2.019	7	241	4	82	2.019 334
<b>Soma:</b>	<b>59</b>	<b>4.104</b>	<b>53</b>	<b>626</b>	

Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica> / Controle Concentrado.  
Acesso em: 27/05/2020

Além de lacrar o sistema, o que já foi visto como não positivo para a ciência do direito, posto que transforma seus preceitos em dogmas, uma vez que se fecham para reinterpretações e questionamentos, e dogmas não pertencem às ciências, as súmulas dão um poder de legislar ao judiciário que não tem essa função como típica de suas atribuições.

É importante trazer à baila que os entendimentos lacrados podem ser muito prejudiciais para o ordenamento jurídico. Verifica-se isso no caso *Brown vs board of education*, em que foi necessário aguardar o falecimento de um dos membros da suprema corte americana, para que o caso fosse julgado em conformidade com o que a maior parte da sociedade já almejava, ou seja, a igualdade entre negros e brancos (HISTORY, 2019). Quando se lacra, nas mãos de poucos juízes, o poder de legislar, e pior ainda, de maneira vinculante, pode-se criar um sistema que deseje a morte de um ministro para que finalmente o pensamento jurídico volte a evoluir ao mesmo passo em que a sociedade. Relembra-se que nenhuma das súmulas já editadas sofreu alteração ou foi revogada desde a sua primeira edição em 2007.

Segundo o professor Rosemiro Leal, a maneira mais salutar de se fazer o controle de constitucionalidade é pelo meio difuso, e não por meio do controle concentrado, pois “é este que vai propiciar a retificação teorizada do sistema jurídico, conferindo-lhe legitimidade pela oportunidade sempre aberta a todos de eliminação de erros que possam causar entraves à fruição dos direitos fundamentais” (LEAL, 2013, p. 82).

Quanto mais aberto for o judiciário, mais próximo ele estará da democracia, posto que por meio do devido processo é que esta se implementa.

Verificou-se, ainda, que a última súmula editada foi a de nº. 56, publicada em junho de 2016 (STF, 2016). De lá para cá, o STF não editou mais nenhuma súmula vinculante.

Tal comportamento pode significar que o STF esteja dividido, como se mostrou no julgamento da ADI 4439, que versa sobre o ensino religioso confessional, não conseguindo o quórum necessário para a aprovação de novas súmulas (2/3)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Em 11 de fevereiro de 2010 foi promulgado o acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé – Estado do Vaticano -, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano em 13 de novembro de 2008. O acordo teve entre outros objetivos o de estabelecer que o ensino religioso seja católico e de outras confissões religiosas. A Procuradoria Geral da República moveu Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.439 – para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não-confessional; ou (iii) caso se tenha por incabível o pedido formulado no item imediatamente acima, seja declarada a inconstitucionalidade do trecho ‘católico e de outras confissões religiosas, constante no art.11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé acima referido. Em apertada decisão, 6 (seis) votos contrários e 5 (cinco) a favor, a ação foi julgada improcedente, ou seja, a partir

Por outro lado, talvez os ministros tenham percebido que a súmula vinculante não produz o efeito desejado de reduzir o número de processos entrando no STF ou, ainda, que a liquidez da modernidade não comporta o lacre das súmulas vinculantes. A referida liquidez da modernidade será explanada no próximo tópico.

### 3. A modernidade líquida

Segundo Zygmunt Bouman, a modernidade pode ser comparada aos líquidos por conta da sua fluidez, que provoca uma contínua e irrecuperável mudança de posição, com extrema dificuldade de manter a mesma forma constantemente, como acontece com os sólidos. Para ele, os líquidos “não fixam o espaço nem prendem o tempo” (BOUMAN, 2017, p. 8).

Por não se fixarem ao espaço e também não se prenderem ao tempo, os líquidos não se detêm em forma e estão sempre dispostos a mudar. Para os sólidos o tempo não importa, pois não importa o quanto o tempo passe, eles permanecerão do mesmo jeito. Ao avesso disso, para os líquidos o tempo é extremamente importante, sendo que Bauman os descreve como “fotos instantâneas que precisam ser datadas” (BOUMAN, 2017, p. 8).

Por essa velocidade de transformação é que a melhor metáfora para se traduzir a modernidade é a liquidez (BOUMAN, 2017, p. 9). Para ele, a modernidade encontrou a pré-modernidade em estado de desintegração e entendeu que para criar uma nova ordem, sólida de verdade, era necessário primeiro liquefazer a primeira estrutura: “Derreter os sólidos significava, antes e acima de tudo, eliminar as obrigações irrelevantes que impediam a via do cálculo racional dos efeitos” (BOUMAN, 2017, p. 10).

Para o direito, os sólidos são os dogmas e toda a ciência dogmática do direito. A modernidade também enfrentou o direito e a dogmática jurídica precisou e ainda precisa ser revista. Um bom exemplo disso é o direito de família, que durante o século passado e neste início do século XXI tentou entrar em vários tipos de moldura, sem, contudo, conseguir se definir numa moldura única; a família se liquefez e só aceita o conceito de laços de afeto que se exprimem nos mais diversos contornos e formas.

---

da decisão, o ensino religioso no Brasil é católico e de outras confissões religiosas (PARDELA, 2018, p. 311-327). Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/ggs4l47h/WHt8DRch9mojxQ2l.pdf>>. Acesso em 2 de fevereiro de 2019.

Bauman escreve a sua teoria no final do século XX, quando já havia computadores e celulares e era perceptível a velocidade da mudança que se impunha. Mas, no século XXI, com o advento da internet de banda larga, disponível para grande parte da população e em escala global, quase nada mais se conforma, ou seja, as coisas são verdadeiramente fluidas, transformam-se com extrema velocidade, talvez a modernidade tenha chegado à velocidade da luz.

Nesse contexto de modernidade líquida é a zetética, que ao contrário da dogmática, despedaça, ou liquefaz, opiniões, pondo-as em dúvida. O aspecto zetético tem função especulativa explícita e infinita, ao passo que o aspecto dogmático tem uma função diretiva (induz o espectador a adotar certa conduta) e finita. Zetética é ser, dogmática dever-ser (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p.40).

Na modernidade líquida não há espaço para a formulação de súmulas vinculantes, que são lacres impeditivos da democracia e do devido processo.

#### 4. Considerações finais

O presente artigo teve por problema o questionamento se a “lacrção”, ou seja, o fechamento dos posicionamentos jurídicos em um só lugar, seria um sucesso ou um desastre acadêmico.

Percorreu-se o caminho da teoria neoinstitucionalista, que tem como fundamento a democracia que se implementa no devido processo. Por meio do falseamento de Popper, foram feitos alguns questionamentos sobre a súmula vinculante, objeto trazido ao artigo como exemplo de lacre para o direito.

Primeiramente, verificou-se que a súmula vinculante aparece no cenário com o objetivo de unificar a jurisprudência e como tentativa de barrar a entrada de muitos processos. Como ficou provado, pela estatística produzida pelo próprio STF, a súmula vinculante não conseguiu barrar a entrada de novos processos no STF. Assim, o seu primeiro objetivo não foi atingido.

Também foi verificado que não são editadas súmulas desde 2016, o que demonstra que ou o STF está dividido e não consegue quórum para novas súmulas, divisão essa que ficou demonstrada pelos últimos julgados do pleno, ou de fato o efeito das súmulas não satisfaz aos anseios dos ministros.

Ainda verificou-se que o lacre das súmulas não é bem-vindo no direito, porque fecha o entendimento, desvaloriza o processo e a democracia. Ademais, na modernidade líquida em que se vive, não é possível lacrar um entendimento e um recipiente estanque, na tentativa de interromper a comunicação do conteúdo com o mundo exterior; na fluidez da modernidade não há lacração.

## 5. Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, Senado Federal, [2016]. Disponível em: < [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf) >. Acesso em: 12/06/2018.

CHOMSKY, Noam. *Chomsky on miseducation*. Rowman & Littlefield publishers, Boston, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica... e aplicação do direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOR, Joël. *Introdução à leitura de Lacan: o inconsciente estruturado como linguagem*. Tradução de Carlos Eduardo Reis. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

DOR, Joël. *Estruturas e clínica psicanalítica*. Tradução Jorge Bastos e André Telles. Rio de Janeiro: Ed. Livrarias Taurus-Timbre, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8.ed. Curitiba: Positivo, 2010. 895 p. ISBN 978-85-385-4240-7.

FERRO, Maria do Amparo Borges. *Educação e sociedade no Piauí republicano*. Teresina: UFPI, 1996.

FREIRE, Paulo. *A pedagogia do oprimido*. 17.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Disponível em: <<http://forumeja.org.br/files/PedagogiadoOprimido.pdf>>. Acesso em: 21/06/2018.

GALEANO, Eduardo. *As palavras andantes*. Porto Alegre: L&PM, 1994.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) *Pensando a pesquisa jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HISTORY. *Brown vs board of education*. Disponível em: <<https://www.history.com/topics/black-history/brown-v-board-of-education-of-topeka>> Acesso em 25/01/2019.

KHOURI, Alice de Siqueira e TAVERES, Fernando Horta. *Súmulas vinculantes e a força normativa: aspectos críticos*. Cadernos de pós-graduação, v. 9, n. 2, 2014. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/50488/32715>> Acesso em: 25/01/2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 317 p.

POPPER, Karl Raymund. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1975. p.148.

SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.



## ARTIGO IX

# O divórcio impositivo como instrumento de pacificação social e desburocratização da dissolução da conjugalidade

*The one-sided divorce as an instrument of social pacification and deburocratization of the dissolution of conjugal bond*

---

GABRIELA REGINA SILVA AGUIAR

*Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica. Estagiária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, área da Família e Sucessões, na Regional de Santo Amaro.*

**Resumo:** Trata-se de artigo no qual se estuda o advento do divórcio impositivo no ordenamento jurídico como meio viável de desburocratizar o procedimento e viabilizar a efetivação do direito potestativo na dissolução do vínculo conjugal por via díspar da separação. Objetivou-se analisar a base axiológica do Código de Processo Civil de 2015, que fornece subsídios para a busca por soluções alternativas na via judicial, primando pela autonomia da vontade privada, bem como a viabilidade de coexistência dos provimentos que versaram sobre o divórcio unilateral com o arcabouço normativo brasileiro. Ademais, como ponto comparativo, foram analisados o procedimento das citações fictas e o conseqüente retardamento no feito por elas gerado. Por meio da análise documental dos provimentos oriundos dos Tribunais de Justiça do Estado de Pernambuco e do Maranhão, procurou-se inferir as razões pelas quais foram alvos de críticas doutrinárias e do Conselho Nacional de Justiça, como também os motivos para afastá-las, a fim de possibilitar a existência do instituto no Direito Brasileiro. Em suma, apontaram os resultados que em total harmonia com o texto constitucional, e conseqüentemente o diploma processual civilista, o divórcio impositivo é medida de eficácia do direito potestativo ao divórcio assegurado desde o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010. Ademais, por apenas dissolver o vínculo matrimonial, o instituto ainda rechaça a cultura do litígio ao transportar a solução para a via

extrajudicial, culminando na desburocratização do procedimento, contribuindo para a celeridade do direito e para a diminuição de demandas que assolam o Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Divórcio impositivo; Desburocratização; Direito potestativo; Celeridade.

**Abstract:** *It is an article in which the advent of the one-sided divorce in the legal system is studied as a viable means of debureaucratizing the procedure and make feasible the effectiveness of the autonomous right to dissolve the conjugal bond by means of disparate means of separation. The purpose of this study was to analyze the axiological basis of the Código de Processo Civil of 2015, which provides subsidies for the search for alternative solutions to the judicial process, focusing on the autonomy of the private will as well as the feasibility of coexistence of the provisions that dealt with unilateral divorce with the Brazilian normative framework. In addition, as a comparative point, the procedure of fictitious citations and the consequent delay in the done by them were analyzed. Through the documentary analysis of the cases coming from the Courts of Justice of the State of Pernambuco and Maranhão, it was tried to infer the reasons why they were targets of doctrinal critiques as well as of the National Council of Justice as well as the reasons to remove them in order to make possible the existence of the institute in Brazilian Law. In summary, the results indicated that in full harmony with the constitutional text, and consequently the civil procedural law, the tax divorce is a measure of effectiveness of the right to a divorce secured since the advent of Constitutional Amendment No. 66/2010. In addition, by simply dissolving the marriage bond, the institute still rejects the culture of litigation by transporting the solution to the extrajudicial route, culminating in the debureaucratization of the procedure and contributing to the speed of law and to the reduction of demands that devastate the Judiciary.*

**Keywords:** *One-sided divorce; De-bureaucracy; Autonomous right; Celerity.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O código de Processo Civil de 2015 e o prestígio pela desburocratização; 3. O calvário da formação da relação jurídico-processual: o aperfeiçoamento da citação; 4. O direito potestativo ao divórcio e a possibilidade da dissolução impositiva do vínculo conjugal; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1. Introdução

A seara familiarista, por disciplinar âmbito do Direito notadamente marcado pela dinâmica da sociedade, diuturnamente sofre alterações em seu núcleo principiológico, o que se justifica principalmente pela evolução dos relacionamentos interpessoais.

Apesar de os relacionamentos serem galgados na manifestação volitiva dos indivíduos, eventual formalização do vínculo é de patente interesse do Estado,

razão outra não seria para que a família seja considerada a base da sociedade, nos termos dos ditames constitucionais.

O antes infindável vínculo matrimonial em virtude de anseios sociais tornou-se finito com a possibilidade de ruptura da sociedade conjugal por meio da separação, mas apenas com o divórcio, introduzido a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, é que o vínculo que unia os então consortes pode ser definitivamente rompido sem que houvesse a comprovação de qualquer requisito.

As ações de família sempre foram – e arriscamos dizer que sempre serão – objeto de discussão perante o Poder Judiciário, representando elevado percentual das demandas hodiernas dos magistrados, número esse que sensivelmente aumentou com a possibilidade do divórcio judicial.

Muito embora o diploma civilista possibilitasse o divórcio judicial, a prática forense e a própria realidade do caso concreto demonstraram que a via antes vista como meio de solução para o conflito instaurado frente à inexistência de laços afetivos se afigurava ineficiente, pois na grande maioria dos casos é muito morosa.

Acolhendo os anseios sociais e, visando não apenas desjudicializar o pleito, mas também a reduzir o número de demandas perante o Poder Judiciário, é que foi possibilitado o divórcio extrajudicial, cumpridos requisitos específicos previstos na Lei nº 11.441/2007.

A sociedade então se encontrava em curiosa situação, na qual era assegurado ao cônjuge o direito de divorciar-se independentemente da concordância do outro, bastando a mera declaração de vontade, mas para que tal intento fosse aperfeiçoado necessário seria ajuizar demanda judicial ou resolver as pendências do findo relacionamento, desde que de forma amigável e cumpridos os requisitos legais no Cartório de Registro Civil.

A partir da superação do Código de Processo Civil de 1973 pelo atual de 2015, não apenas normas procedimentais foram alteradas, mas principalmente uma nova base principiológica foi introduzida a fim de nortear toda a disciplina processual civilista.

Mesmo diante de tais mudanças, a realidade forense ainda é de inúmeras ações de divórcio, as quais, frisa-se, protraem-se por longo período de tempo, seja pela dificuldade de citação do réu, seja para a resolução de outras questões atinentes ao divórcio, a exemplo da partilha de bens. Mas o desembaraçado direito ao divórcio, apesar de ser simples requerimento, passou a ser sinônimo de um novo casamento, porém agora com o Poder Judiciário.

Até o momento inexistia no ordenamento jurídico a possibilidade de atribuir efetividade ao direito potestativo ao divórcio, sem a chancela judicial nos casos que não comportavam a via administrativa. Até o presente momento, precisamente, até 15 de maio de 2019.

A pioneira iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco atribuiu por meio de um único provimento valor à autonomia da vontade privada manifestada pelo anseio em não mais permanecer casado, ao dispor sobre a possibilidade de dissolver o vínculo matrimonial na seara extrajudicial sem o preenchimento qualquer requisito, não condicionando, portanto, a chancela judicial.

A inovação introduziu na comunidade jurídica diversos questionamentos, quando na realidade, apenas desburocratizou procedimento que essencialmente não necessita da intervenção estatal, como houve por bem valorar a liberdade individual e as históricas conquistas jurídicas, tendo como consequência a diminuição do volume de processos pendentes de julgamento.

## **2. O código de Processo Civil de 2015 e o prestígio pela desburocratização**

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), a seara processualista foi sensivelmente redesenhada a partir da valorização dos princípios fundamentais inerentes ao próprio processo, tendo o diploma em comento destinado capítulo específico para tal abordagem.

Humberto Ávila (2006, p. 78-79) define princípio como sendo norma que estabelece um fim a ser atingido, ou seja, a espécie normativa em questão não apenas norteia o operador do Direito, como também atua sobre outras normas de forma direta, assumindo função integrativa quando garante o respeito à determinada garantia a despeito da ausência de previsão normativa expressa ou função indireta ao intermediar outras normas (DIDIER JR., 2016, p. 50).

Diante disso é que o diploma processual civilista vigente, diferentemente do editado no ano de 1973, explicita a preocupação em dispor sobre normas fundamentais do processo civil, as quais ora são regras, ora princípios, mas que sob uma ótica finalista do processo visam garantir a sua máxima eficácia.

A despeito de algumas normas do Capítulo I do Código de Processo Civil de 2015 reproduzirem o texto constitucional, a vanguarda normativa pode ser exemplificada pela combinação entre os princípios da eficiência, primazia da decisão de mérito e respeito ao autorregramento da vontade no processo.

O princípio da eficiência, disposto no artigo 8º do CPC, enquanto corolário do devido processo legal, tendo como destinatário o Poder Judiciário, impõe que a gestão do processo seja feita de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, quer dizer, o órgão jurisdicional deve fazer uso dos meios adequados a fim de realizar o direito afirmado e reconhecido judicialmente (DIDIER JR., 2016, p. 103-104).

A eficiência, portanto, culminará na adequada prestação jurisdicional, a qual o CPC expressamente disciplinou por meio da previsão do princípio da primazia da decisão de mérito esposada no artigo 6º. Não obstante a assertividade do artigo 4º do mesmo diploma ter garantido o direito à solução integral do mérito em prazo razoável, é certo que o magistrado deve priorizar a decisão de mérito, objetivando-a e fazendo o possível para que ocorra.

A relevância do princípio supracitado reside na preocupação do atual ordenamento jurídico em não fomentar a existência de demandas infundáveis que se protraem no tempo de forma desarrazoada, sendo incumbência do magistrado, bem como dos demais sujeitos do processo em regime de cooperação, a busca por tal fim.

Urge ainda analisar o princípio do autorregramento da vontade no processo, que em que pese tenha roupagem díspar do Direito Civil, por envolver o exercício de função pública – qual seja a jurisdição –, visa à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas (DIDIER JR., 2016, p. 135).

O processo jurisdicional, apesar de instrumentalizado por diploma próprio, está sob incontestante égide da Constituição Federal, a qual prima pela liberdade expressamente. Logo, incongruente seria se as partes litigantes não pudessem não apenas disciplinar juridicamente suas condutas processuais, mas, quiçá principalmente eleger os meios legítimos e legais que melhor agasalham a solução da demanda em tempo hábil, a exemplo da possibilidade de se autocomporem.

A respeito da última, vale frisar o claro estímulo à autocomposição não apenas conferido pelo CPC no artigo 3º, §3º, mas também pela Resolução n. 125/2015 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que enquanto gestor da atual política de tratamento adequado dos conflitos jurídicos trata a solução negocial como meio eficaz e econômico na resolução desses (DIDIER JR., 2016, p. 271).

Sumariamente enunciadas as normas fundamentais do processo civil na lógica que se pretende construir no presente ensaio, salienta-se como exemplo

da desburocratização do processo e técnica de alcance dos princípios citados o julgamento antecipado do mérito previsto nos artigos 355 e 356 do CPC.

Encerrada a fase postulatória, inicia-se o período em que o magistrado saneará o processo, delimitando os pontos controvertidos e determinando as providências que devem ser tomadas a fim de que seja prolatada a decisão de mérito.

Contudo, o diploma processual civilista versa sobre situações nas quais poderá o juiz julgar o mérito antecipadamente, seja de forma total ou parcial, a depender do caso concreto. Fredie Didier Jr. ressalta que “o julgamento antecipado é uma decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, proferida após a fase de saneamento do processo, em que o magistrado reconhece a desnecessidade de produção de mais provas em audiência de instrução e julgamento” (DIDIER JR., 2016, p. 698).

Com isso, em verdadeiro cumprimento aos princípios supracitados, soluciona-se o objeto litigioso que já estiver em condição de ser julgado prestando a tutela jurisdicional devida em tempo hábil e com fulcro em prova pré-constituída que prescinde de validação em sede de audiência de instrução e julgamento.

Cumprido ressaltar que a base axiológica em comento é de tamanha influência que, em certos casos, o julgamento antecipado não se afigura como faculdade do magistrado, mas sim como seu dever em virtude dos princípios da duração razoável do processo e da eficiência (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 478).

Nesse diapasão, verificada a desnecessidade na produção de outra prova, a ocorrência do efeito da revelia e inexistência de requerimento de prova, ou sendo o pedido incontroverso, deverá o juiz comunicar o abreviamento do processo às partes, em homenagem a vedação da decisão surpresa e para que não haja cerceamento de direito de defesa.

A atualização das normas processuais civilistas conferida pelo CPC de 2015 não apenas se prestou a introduzir no sistema jurídico vigente novas regras hodiernas, mas principalmente a efetivar os princípios constitucionais basilares de todo e qualquer processo, atribuindo ao julgador, para tanto, mecanismos ditos a tal fim, a exemplo do julgamento antecipado do mérito.

Em suma, a força principiológica não reside na exata determinação de uma situação ou conduta processual, a exemplo das regras, mas sim na possibilidade de nortear a atuação jurisdicional de forma harmônica com um específico propósito, de modo que a partir da convivência entre regras e princípios não

há no ordenamento insegurança jurídica, tampouco um engessamento do sistema, atribuindo, assim, ao Direito, o dever que lhe é inerente: acompanhar as demandas da sociedade e prestar a devida tutela estatal.

### **3. O calvário da formação da relação jurídico-processual: o aperfeiçoamento da citação**

A relação jurídica-processual apenas aperfeiçoa-se por meio do ato citatório, e mais, o ato citatório válido. Isso porque sem a citação a sentença torna-se inoperante e inócua, afora o fato de que sem ela todo o procedimento é maculado por irreparável nulidade, já que constitui elemento instaurador do indispensável contraditório (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 516).

Justifica-se, portanto, a razão pela qual o artigo 239 do CPC confere à citação o atributo de imprescindibilidade para a validade do processo, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido.

Para tanto, a regra geral do processo civil atual é a de que a citação seja pessoal e por correio, recaindo sobre os outros meios quando preenchidas os requisitos expressamente preconizados no CPC.

Decerto que a regra de predileção se excepciona no caso concreto, a exemplo da citação de incapaz, a qual deverá ser feita por oficial de justiça, nos termos do artigo 247, II CPC, mas a despeito das particularidades do caso *sub judice* determinarem o meio citatório, é a citação real a prioridade do sistema processual vigente, sendo as hipóteses fictas ressalvadas para o esgotamento da primeira.

Fictos, portanto, são os meios de citação em que, por ficção, a lei considera que o réu foi cientificado da demanda, os quais se dicotomizam em citação por hora certa e citação por edital.

A diferença central entre um meio de citação e o outro é que, enquanto na citação por hora certa há uma suspeita de ocultação do réu, que, nos termos do artigo 252 do CPC, é procurado pelo oficial de justiça 2 (duas) vezes em dias distintos sem êxito, na citação por edital o réu se encontra em lugar incerto e não sabido ou até mesmo inacessível, consoante artigo 256 do mesmo Código.

Em ambas as situações, como dito, o réu não é efetivamente citado, uma vez que no caso da citação por hora certa terceira pessoa é cientificada pelo oficial de justiça, enquanto que pela via editalícia sequer se sabe se o réu tomou

ciência da divulgação do edital de citação, apesar de publicado em meios de grande circulação.

Diante desse cenário é que há a figura do curador especial, finalidade institucional da Defensoria Pública consoante artigo 4º, XVI da Lei Complementar nº 80/1994, em conjunto com o artigo 72 do CPC. Esse, com o propósito eminentemente de garantir o contraditório e a ampla defesa aos hipossuficientes jurídicos, oferta peça defensiva em negativa geral, ou seja, insurgindo-se, apenas, quanto a eventuais nulidades processuais, mas tornando toda a narrativa fática controversa, excepcionado do ônus da impugnação especificada.

Ofertada a contestação, poderá o magistrado, uma vez instaurado o contraditório, julgar o feito no estado em que se encontra, se esse estiver em condições de imediato julgamento, prescindindo, portanto, de dilação probatória.

Entretanto, como bem frisado, o meio ficto é ressaltado para quando houver o esgotamento da citação pessoal. Ou seja, se o autor não lograr em êxito em localizar o réu no endereço indicado na exordial, poderá solicitar ao juiz, com fundamento no artigo 319, 1º do CPC, que proceda às diligências necessárias à obtenção de outros endereços possíveis de serem diligenciados.

Nesse momento é que o magistrado poderá expedir os denominados “ofícios de praxe”, os quais se afiguram como instrumentos de comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e instituições colaboradoras, a exemplo da Receita Federal, Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Junta Comercial do Estado, Instituições Bancárias, Tribunal Regional Eleitoral, Secretarias de Segurança Pública dos Estados, Departamentos de Trânsito, Sistema Penitenciário Nacional, Serviços de Proteção ao Crédito, Secretarias da Fazenda, entre outros.

Nessa toada, encontrados endereços nas pesquisas supracitadas, deverão os oficiais de justiça designados comparecer em cada logradouro para a tentativa do ato citatório. Ocorre que, não raras vezes, os endereços apontam outros Estados da Federação, sendo necessária a expedição de carta precatória para que no Estado indicado o juízo deprecado designe oficial para a diligência.

Em que pese a expedição da carta precatória, seja por meio eletrônico, devido à necessidade de intermediação entre os juízos, o procedimento poderá ser deveras moroso, apesar de o artigo 268 do CPC estipular o prazo de 10 (dez) dias para o seu cumprimento, prazo esse verdadeiramente impróprio.

Enquanto não há o esgotamento das diligências pessoais, o processo permanece sem movimentação, isto é, a prestação jurisdicional não se aperfeiçoa e principalmente não há controle do lapso temporal necessário para que todos os endereços encontrados sejam diligenciados até que, se todos negativos, seja realizada a citação por edital se houver suspeita da ocultação do réu ou seja pugnada a citação por edital.

Consoante dados do anuário do CNJ, Justiça em Números, feito no ano de 2018 tendo como ano-base 2017, as ações de conhecimento nas varas estaduais duram, em média, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses até a prolação da sentença, estatística apurada sem considerar as especificidades de cada Tribunal de Justiça brasileiro, uma vez que enquanto no Tribunal de Justiça do Distrito Federal uma sentença na fase de conhecimento é prolatada em até 10 (dez) meses, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte essa poderá se perdurar por até 12 (doze) anos e 1 (um) mês.

Há que se considerar que a pesquisa realizada apresenta a média do tempo, em outras palavras, alguns processos certamente podem demorar mais do que outros, mas o tempo médio no processo de conhecimento é de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, o qual já é muito penoso para quem recorre ao Poder Judiciário para resguardar direito próprio ou de terceiros.

Em demandas em que o aperfeiçoamento do ato citatório não ocorre de inopino e há a necessidade da colaboração de outros Tribunais de Justiça, não há que se olvidar que o prazo em comento é muito superior, novamente, retardando a prestação jurisdicional.

A eficiência de cada Tribunal de Justiça deve ser analisada de forma pormenorizada, o que nesse ensaio não se pretende, mas sim enunciar que apesar de o CPC possuir uma base axiológica que visa efetivar a prolação de decisão de mérito em tempo razoável, certos impasses processuais, a inequívoco exemplo do ato citatório, embaraçam a tutela estatal, representando patente calvário ao Autor, ainda mais em demandas urgentes.

Não obstante haja a possibilidade do deferimento de tutela de urgência concedida *inaudita altera pars*, nos termos do artigo 300, §2º do CPC, o instrumento se torna inócuo quando a demanda não pugna por uma obrigação de fazer, a exemplo de ações de divórcio litigioso, no qual o que verdadeiramente será discutido em sede judicial é a partilha dos bens adquiridos na constância do casamento e eventual prestação alimentar.

Embora haja a coexistência de instrumentos legais que se prestem à solução da lide, a morosidade do processo muitas vezes se encontra na fase inicial,

quando esse ainda está se formando, equivalendo a um desserviço submeter o autor da demanda à longa espera para a formação do contraditório em ações relativamente simples, nas quais basta a chancela judicial, repisa-se, a exemplo das ações de divórcio. Portanto, é incumbência do Estado assegurar que litígios díspares sejam tratados de forma díspar, de modo que, de fato, nenhuma lesão ou ameaça a direito seja excluída da apreciação do Poder Judiciário.

#### **4. O direito potestativo ao divórcio e a possibilidade da dissolução impositiva do vínculo conjugal**

Leonardo Vizeu Figueiredo (2013, p. 205) define direito potestativo como sendo uma “situação de sujeição que dependa da manifestação unilateral da vontade do respectivo titular, (...) não se encontrando atrelado ao cumprimento de uma prestação por parte de outrem”. Assim, os efeitos inerentes aos direitos ditos potestativos operam-se na medida em que há a exteriorização da vontade ao seu destinatário.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao ordenamento jurídico brasileiro foi alterada a redação do §6º do artigo 226 da Constituição Federal, para que constasse que o casamento civil pudesse ser dissolvido pelo divórcio, desvinculando o instituto de qualquer prazo ou condição.

Diferentemente da pretérita redação do texto constitucional, a dissolução do vínculo matrimonial opera-se mediante a declaração do consorte que não deseja mais permanecer casado com o outro, de modo que prescinde a demonstração de culpa no término do relacionamento, tampouco o transcurso de lapso temporal.

O divórcio, portanto, constitui-se direito potestativo do consorte em determinar se permanecerá casado ou não, não sendo mais atribuído ao Estado o direito de imiscuir-se na vida dos particulares, a fim de impor a manutenção dos vínculos jurídicos quando não mais existem vínculos afetivos (DIAS, 2016, p. 209).

No mesmo sentir afirma Cristiano Chaves de Farias (2004, p.115): “Trata-se de direito que se submete apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da indisponibilidade como corolário da afirmação de sua dignidade”.

Não obstante a possibilidade de provocação do Poder Judiciário, o artigo 733 do CPC, oriundo das alterações inseridas pela Lei nº 11.441/2007,

possibilitou o divórcio consensual por escritura pública, realizado perante o tabelião de Notas quando inexistirem nascituro e filhos incapazes, bastando a simples assistência por advogado ou defensor público no ato, sendo garantidos todos os efeitos equivalentes à chancela judicial. Todavia, caso os consortes desejem homologar o pedido em sede judicial, mesmo reunindo as condições para dissolverem o vínculo extrajudicialmente, poderão fazê-lo em homenagem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, devendo o interesse de agir ser apurado no caso concreto.

Caso não haja consenso entre as partes para divorciarem-se ou perante o tabelião, como explicado acima, ou perante o juízo se essas forem ausentes, possível o manejo de ação judicial, a qual apesar de denominada “divórcio litigioso” é objeto de discordância de parte da doutrina, a exemplo de Maria Berenice Dias (2016, p. 229), à qual nos filiamos neste presente ensaio.

Frisa-se a importância das considerações tecidas pela autora acerca da ação de divórcio:

A ação de divórcio não dispõe de causa de pedir. Não é necessário o autor declinar o fundamento do pedido. Não há defesa cabível. Culpas, responsabilidades, eventuais descumprimentos dos deveres do casamento não integram a demanda, não cabem ser alegados, discutidos e muito menos reconhecidos na sentença. Daí a salutar prática que vem sendo adotada: a decretação do divórcio a título de tutela antecipada, ainda que não tenha o autor pedido sua concessão liminar. (DIAS, 2016, p. 227).

Galgado no propósito facilitador da Emenda Constitucional nº 66/2010, em 15 de maio de 2019 foi publicado o Provimento nº 6/2019 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, editado pela Corregedoria Geral da Justiça e assinado pelo corregedor-geral desembargador Jones Figueirêdo Alves, regulamentando o procedimento de averbação do denominado *divórcio impositivo* ou *unilateral*.

No provimento em questão, restou considerado que qualquer um dos cônjuges poderia requerer, junto ao Registro Civil, a averbação do divórcio a partir de simples manifestação da vontade, desde que ausentes filhos incapazes ou nascituros.

Mediante a assistência de um advogado ou de um defensor público, a intenção em não permanecer casado seria devidamente validada independentemente da presença ou ausência do outro consorte, o qual apenas seria cientificado pessoalmente da averbação do divórcio impositivo.

Expressamente mencionado, o Provimento do Tribunal pernambucano ainda dispôs que qualquer questão atinente a tutelas específicas, a exemplo de alimentos, arrolamento e partilha de bens, bem como medidas protetivas, deveria ser tratada no juízo competente a partir da situação jurídica (de ex-consortes) já estabilizada e reconhecida.

Em manifestação assídua a respeito do novo tema no Direito de Família, asseverou Maria Berenice Dias ao veículo de informações jurídica *online* “Migalhas”:

O que permite este provimento de Pernambuco, mais um de tantos provimentos pioneiros daquele Estado, é que não havendo possibilidade de um divórcio consensual, extrajudicial, abre-se esta possibilidade [do divórcio unilateral]. Cada vez mais se caminha para desjudicializar as questões que não têm controvérsia; a Justiça deve ser “poupada” para o que dependa de uma tomada de decisão. Um pedido de divórcio, que não pode ser contestado, não tem mesmo que precisar de um carimbo judicial.

Subsequentemente, 5 (cinco) dias após a introdução no ordenamento jurídico brasileiro do divórcio impositivo pelo Estado de Pernambuco, foi a vez do Estado do Maranhão utilizar-se das mesmas premissas para editar o Provimento nº 25/2019 assinado pelo corregedor-geral da Justiça desembargador Marcelo Carvalho Silva, reproduzindo os mesmos dizeres acerca da possibilidade do divórcio impositivo.

A fundamentação utilizada para a edição dos provimentos supracitados é justamente a autonomia da vontade privada, sendo, como explicado alhures, o único requisito para a decretação do divórcio.

A dimensão do princípio ao qual é feita alusão é de verdadeiro pesar, uma vez que assume feição civil-constitucional na medida em que, enquanto a família é a base da sociedade, descabida a própria Constituição assegurar que a sua dissolução será por meio do divórcio, condicionando à simples declaração de vontade, mas a tolhe desmotivadamente ao impor a necessidade de chancela estatal para o aperfeiçoamento de pleitos que não são solucionáveis pela via administrativa.

Afora essa questão, de rigor mencionar que a participação da autoridade pública no casamento não constitui elemento essencial, quer dizer, a formalidade imposta legalmente se preza a apenas declarar o consentimento dos nubentes manifestado, portanto, a completar o ato de vontade, não lhe retirando a natureza de direito privado (GOMES, 1998, p. 47).

O autor do pioneiro provimento, desembargador Jones Figueirêdo Alves, rebate as críticas tecidas no que tange à necessidade de edição de lei para formalizar o divórcio impositivo, as quais fundamentam-se na competência privativa da União para legislar sobre direito civil e sobre registros públicos, nos termos do artigo 22, incisos I e XXV da Constituição Federal, respectivamente.

No entender do desembargador do Tribunal Pernambucano, considerando que o casamento é negócio jurídico bilateral, para sua desconstituição nos termos do artigo 472 do Código Civil é exigida a forma de sua constituição. Portanto, sendo o núcleo constitutivo do casamento a manifestação de vontade, para a sua dissolução bastaria novamente o exercício do mesmo direito potestativo, sem que fosse necessária qualquer formalidade. Nesse diapasão, estaria então afastada a crítica feita pela comunidade jurídica no que tange à necessidade de lei federal.

Cabe-nos ressaltar que a natureza jurídica do casamento por muitos é discutida, em virtude da possibilidade de assumir ser esse contrato, como influência do Direito Canônico, como instituição, ou até mesmo fruto de uma corrente híbrida a partir das duas perspectivas. A exposição crítica a que se pretende o presente ensaio não se destina a filiar-se a alguma das posições acima, mas sim expor os argumentos que levaram à introdução do *divórcio impositivo* no ordenamento jurídico.

E ainda, não prospera a alegação de eventual prejuízo do consorte comunicado da averbação do divórcio impositivo, porque mesmo que o ato venha a ser questionado em juízo quanto a vício de consentimento que venha a tê-lo maculado, o divórcio impositivo não se preza a versar sobre outras questões senão a mera dissolução do vínculo, o que, repisa-se, é direito potestativo dos consortes.

Ademais, o próprio artigo 1.581 do Código Civil vigente assevera que o divórcio poderá ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, o que igualmente se pretende com o divórcio unilateral, porém, com o diferencial de desburocratizar um procedimento que, por si só, prescinde de atuação judicial.

O afogamento do Poder Judiciário por demandas de divórcio que poderiam ser facilmente solucionadas pela via administrativa foi alvo de considerações de Maria Berenice Dias:

Quando não existe nascituro ou filhos incapazes, sendo o divórcio consensual, totalmente dispensável que a sua dissolução possa ocorrer

pela via judicial. Deveria ser obrigatória a via administrativa. Afinal, falta interesse processual. Proposta ação judicial, caberia sua extinção sem resolução do mérito (CPC 485 VI). Mas, como não pode ser negado acesso à justiça e a lei utiliza a expressão “pode”, o Judiciário continua sendo entupido de ações desnecessárias (DIAS, 2016, p. 232).

Obstar o divórcio unilateral, na visão de Mário Luiz Delgado e José Fernando Simão, equivaleria a negar a natureza das coisas, uma vez que com a emergência de novos paradigmas sociais, o Direito deve, decerto, adequar-se às novas demandas em prol da desburocratização e da facilidade, o que não pode ser ignorado na seara familiarista.

É fato que o Congresso Nacional há tempos não legisla sobre Direito de Família, o que leva a concluir que estamos diante de verdadeiro ostracismo, já que a lei não se adequa à realidade brasileira, descumprindo o brocardo jurídico *ubi jus, ibi societas. Ubi societas ibi jus*<sup>1</sup>.

O dinamismo nas relações familiares não pode ser ignorado, o que demanda a atuação judicial em prol dos direitos das novas famílias, valendo citar que muitos Tribunais de Justiça permitiam o casamento entre pessoas do mesmo sexo muito antes do Conselho Nacional de Justiça o admitir por meio da Resolução nº 175/2013, a exemplo do Provimento Conjunto nº 12/2012 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado da Bahia.

A desjudicialização do divórcio é medida de extrema necessidade em tempos em que se carece de fundamentação à irrisignação ao pedido de divórcio, principalmente considerando o fato de que apenas o vínculo será dissolvido, e não as eventuais questões dele decorrentes.

Entre as críticas tecidas aos provimentos, reconhecemos acertada a referente à isonomia, uma vez que apenas nos Estados em que os provimentos foram editados é que poderia ocorrer o divórcio unilateral. Diante disso, apesar da justificada desnecessidade de lei federal para a regulamentação da modalidade impositiva, como defende o desembargador Jones Figueirêdo Alves, com sua participação em colaboração com os diretores nacionais do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Flávio Tartuce e Mário Delgado, foi apresentado o Projeto de Lei nº 3457/2019 pelo senador Rodrigo Pacheco (DEM/MG), em prol da regulamentação do divórcio impositivo.

A reação organizada pelo IBDFAM se deu na medida em que o próprio CNJ vetou o divórcio impositivo no Brasil em 31 de maio de 2019 a partir da

---

<sup>1</sup> Tradução livre: Aonde está o Direito está a sociedade, aonde está a sociedade está o Direito.

edição da Recomendação nº 36/2019, tendo como um de seus fundamentos a necessidade de lei federal.

Como brevemente demonstrado e notório da prática forense, o processo brasileiro é extremamente moroso, o que se justifica a partir de diversos fatores, a exemplo do excesso de demandas, da desenfreada litigiosidade e do incessante manejo de recursos. Partindo da premissa de que o Estado monopoliza o exercício da jurisdição, porém muitas vezes ao invés de pacificar o conflito, retarda-o, procedimentos alternativos são essenciais para que a justiça em si não se torne inócua, o que não se inicia apenas por meio da introdução de meios alternativos de solução de conflito, mas a partir da ruptura da cultura da conflituosidade.

A esfera extrajudicial se preza essencialmente a ser expressão da cidadania, de modo que o notário, por si só, goza da tutela *ex ante*, portanto, preventiva. Assim é que os serviços notariais alimentam a pacificação social, na medida em que desburocratizam os procedimentos e lhes atribuem eficácia jurídica.

Nessa esteira, o divórcio impositivo encontra espaço em um ordenamento jurídico como o brasileiro, no qual o Poder Judiciário, aqui se fazendo alusão à área cível, é saturado de demandas que apesar de estruturalmente alteradas com o advento do Código de Processo Civil de 2015, ainda se protraem no tempo de forma desarrazoada.

A proposta encabeçada pelo desembargador Jones Figueirêdo Alves é deveras pertinente, já que não apenas rechaça a cultura litigante, mas valoriza a autonomia da vontade privada em total consonância com o texto constitucional, o qual a partir da introdução do divórcio vige desde 2010.

Portanto, frente ao direito potestativo ao divórcio de que os cônjuges são titulares, não há óbice para que a dissolução do vínculo seja sem tardar, mediante a mesma forma que o originou: a manifestação de sua vontade.

Em síntese, o princípio da inafastabilidade da jurisdição em momento algum foi maculado, mas o próprio arcabouço axiológico constitucional foi alçado a nível efetivo a partir da propositura de tal alteração no ordenamento jurídico. Caso a desburocratização e o desafogamento do Poder Judiciário não sejam fomentados, chegar-se-á em um momento em que não apenas a morosidade processual será posta em voga, mas todo o ordenamento jurídico será considerado como ineficiente e obsoleto.

## 5. Conclusão

A relevância do divórcio para a sociedade não é alvo de dúvidas, mas de modo enfático uma das melhores formas de se assegurar o exercício do direito fundamental à liberdade. Assim, feita a exposição do futuro desse instituto que nos é muito caro, cabe-nos tecer as conclusões.

Em caráter introdutório, verificamos que a partir da ruptura com o diploma processual civilista de 1973, o então vigente de 2015 destinou específico capítulo para abordar as normas fundamentais do processo, as quais, por sua vez, são marcadas por uma consistente base axiológica.

O princípio, compreendido como norma que estabelece fim a ser atingido, emerge no Código de Processo Civil não como meio único de nortear a atuação jurisdicional, mas para que, em harmonia com as regras, possibilite um sistema normativo sequer marcado por uma insegurança jurídica tampouco por um engessamento.

Entre a gama positivada, optou-se por analisar com maior pesar os princípios da eficiência, enquanto meio de gestão satisfatória do processo; da primazia da decisão de mérito, o qual deve ser visado em regime de cooperação por todos os sujeitos do processo; e do autorregramento da vontade, que assegura a liberdade das partes para alcançarem a solução do litígio a partir da garantia da inexistência de restrições irrazoáveis ou injustificadas.

O resultado almejado pelo legislador infraconstitucional foi a desburocratização do procedimento cível para que as demandas fossem solucionadas com maior celeridade sem pecar na prestação jurisdicional, fornecendo ao magistrado, para tanto, instrumentos para esse fim, a exemplo do julgamento antecipado do mérito.

Subsequentemente, inferiu-se a imprescindibilidade do aperfeiçoamento do ato citatório para a formação da relação jurídico-processual, o qual culmina em uma das principais razões de retardamento dos feitos.

Tendo o Código de Processo Civil elencado a citação pessoal como regra, os meios fictos não operam automaticamente quando o autor não logra em êxito em localizar o réu a partir do endereço indicado na prefacial, mas pode ocorrer um auxílio pelo juízo na obtenção de outros logradouros a serem diligenciados, o que se faz em cooperação com outras instituições.

Afora a imprecisão no tempo de resposta dos ofícios enviados, cada logradouro encontrado deve ser diligenciado pelo oficial de justiça, podendo, não raras vezes, ser necessária a expedição de carta precatória, a qual possui

prazo impróprio para cumprimento, novamente deixando o autor a qualquer sorte de quando seu pleito será solucionado.

A questão abarcada ocorre justamente com tal impasse processual em demandas em que a simples chancela estatal efetiva o direito autoral, a exemplo de ações de divórcio que não mais admitem irresignação ao pedido. Nesse caso, se o réu for citado por meio ficto e o pedido restringir-se à simples decretação da dissolução do vínculo matrimonial, a Defensoria Pública na qualidade de curador especial ofertará contestação por negativa geral, que fatalmente culminará no julgamento do feito no estado em que se encontrar.

Portanto, se os feitos em média, conforme apurado pelo Anuário Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça de 2018, tendo como ano base 2017, duram 2 (dois) anos e 6 (seis) meses até a prolação da sentença, demandas que dependam da colaboração de outros Tribunais de Justiça e a citação não ocorre de modo célere, certamente são ainda mais morosas, para que ao final o feito seja julgado procedente.

O que foi posto em voga foi a desarrazoada burocracia para o solucionamento de demandas simples, a exemplo de ações de divórcio ditas litigiosas que visam ao simples rompimento do vínculo matrimonial, sendo verdadeiro desserviço submeter o autor a tal morosidade para a formação do contraditório se o pleito não admite irresignação.

Por último, abordou-se a pioneira iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, partindo da premissa que desde a Emenda Constitucional nº 66/2010 o divórcio passou a ser direito potestativo, portanto, não atrelado ao cumprimento de prestação por outrem sem o cumprimento de qualquer exigência temporal ou fática, viabilizou-se a dissolução do vínculo conjugal unilateralmente perante o Registro Civil de Pessoas Naturais a partir da edição do Provimento nº 06/2019, que instituiu o denominado divórcio impositivo.

O propósito facilitador da Emenda Constitucional nº 66/2010 serviu como força motriz ao novo instituto, na medida em que se afigura como evolução do divórcio no cenário jurídico brasileiro, uma vez que já é possível romper o vínculo matrimonial na esfera extrajudicial, mas para tanto, conforme a Lei nº 11.441/2007, é necessário haver consenso, o qual não será suficiente se existirem filhos incapazes ou nascituros.

O Provimento em questão, replicado sequencialmente pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, valoriza a autonomia da vontade privada e apenas se preza

a decretar o divórcio, sem resolver as questões atinentes a tutelas específicas, as quais são reservadas ao juízo competente.

No caso, igualmente a possibilidade só é franqueada aos consortes sem filhos incapazes ou nascituros, mas que, na realidade, não introduz tamanha inovação no ordenamento jurídico, pois a partilha ulterior é viabilizada pelo Código Civil desde 2002, e o outro cônjuge será cientificado da dissolução, inexistindo prejuízo, já que o divórcio não dispõe de causa de pedir, tampouco é necessário declinar o seu fundamento quando não há defesa cabível.

Não obstante as críticas da comunidade jurídica acerca da necessidade de disciplinar a matéria por meio de lei federal, o senador Rodrigo Pacheco recentemente apresentou proposta de lei para alterar o Código de Processo Civil a fim de incluir o divórcio impositivo, a qual se encontra sob trâmite perante a casa legislativa da qual faz parte.

É certo que, sendo a manifestação da vontade o núcleo constituinte do casamento, afigura-se desnecessária a chancela estatal em sua dissolução e a desjudicialização de demandas que não comportam controvérsia é medida em total consonância não apenas com os princípios processuais, mas com o ordenamento jurídico como um todo.

Urge frisar que há tempos o Congresso Nacional não legisla na seara familiarista, e não por isso a normativa nacional deve ignorar o dinamismo das relações interpessoais, sendo incumbência do Poder Judiciário salvaguardar todos os direitos, em homenagem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, como feito com as uniões homoafetivas, sobre as quais houve pronunciamento antes mesmo de o Conselho Nacional de Justiça regulamentá-las.

A morosidade do processo civil, especialmente no âmbito do Direito de Família, bem como a sua burocratização são características notórias, ratificadas, inclusive, pelo Conselho Nacional de Justiça. Contudo, de nada valem as estatísticas se medidas não são tomadas a partir delas.

A introdução do divórcio impositivo no ordenamento jurídico não é apenas acertada, como principalmente urgente. Especialmente no que diz respeito a ações em que o aperfeiçoamento do ato citatório retarda sensivelmente a prestação da tutela jurisdicional e que vão totalmente de encontro com os princípios norteadores do processo civil.

A cultura do litígio não mais faz parte da realidade brasileira, já que o incentivo aos meios alternativos de solução de conflito se encontra positivado, o que é igualmente garantido por meio da alimentação da pacificação social pela

desburocratização do procedimento do divórcio proposto pela dissolução do vínculo unilateralmente.

Não se pode admitir uma letargia normativa no que diz respeito às demandas sociais, tampouco um descrédito não apenas na justiça, como no Direito como um todo. Os princípios basilares assegurados constitucionalmente permanecerão intactos e conseqüentemente o Poder Judiciário operará de forma mais célere em razão do menor número de demandas.

Em suma, não merece prosperar o antagonismo em um sistema que valora a autonomia da vontade privada, mas que no mesmo sentir a tolhe, atribuindo ao Estado o papel de dissolver o que não foi por ele criado. Decerto que quando a justiça estiver ao lado do Direito, deverá ser defendida a todo custo, mas quando o Direito se distancia da justiça, deverá a última ser visada, razão pela qual piamente defendemos o divórcio impositivo no presente ensaio.

## 6. Referências

ALVES, Jones Figueirêdo. É desnecessária a exigência de lei para formalizar o divórcio impositivo. *Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/jones-figueiredo-nao-preciso-lei-formalizar-divorcio-impositivo>>. Acesso em: 17/jun.06/2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 36/2019 – Dispõe sobre a vedação aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal de regulamentarem a averbação de divórcio por declaração unilateral emanada de um dos cônjuges*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/recomendacao/recomendacao\\_36\\_30052019\\_04062019134250.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_36_30052019_04062019134250.pdf)>. Acesso em: 18/06/2019.

DELGADO, Mário Luiz; SIMÃO, José Fernando. Impedir a declaração unilateral de divórcio é negar a natureza das coisas. *Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/processo-familiar-barrar-declaracao-unilateral-divorcio-negar-natureza-coisas>>. Acesso em: 18/06/2019.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. 1, 18. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Divórcio Impositivo é apresentado como projeto de lei no Senado; texto foi elaborado por membros do IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6965/Div%C3%B3rcio+Impositivo+%C3%A9+apresentado+como+projeto+de+lei+no+Senado%3B+texto+foi+elaborado+por+membros+do+IBDFAM>>. Acesso em: 18/06.jun./2019.

MIGALHAS. Pernambuco regulamente divórcio unilateral em cartório. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI302661,81042-Pernambuco+regulamenta+divorcio+unilateral+em+cartorio>>. Acesso em: 17.jun.2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Roteiro de atuação: diligências para localização de pessoas – 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: Ministério Público Federal, 2012. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/diligencias\\_para\\_localizacao\\_de\\_pessoas.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/diligencias_para_localizacao_de_pessoas.pdf)>.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 3457, de 2019 – Senador Rodrigo Pacheco (DEM/MG). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242>>. Acesso em: 18/06/2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 22. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Processual Civil – Teoria do Direito Processual Civil, Processo do Conhecimento e Procedimento Comum. v. 1, 56. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Provimento Conjunto nº CGJ/CCI 12/2012 – Introdz capítulo de regras para a lavratura de escritura pública de declaração de convivência de união homoafetiva. Disponível em: <[http://www7.tjba.jus.br/secao/arquivo/28/20452/PROVIMENTO\\_CGJ\\_CCL\\_%20N%2012-2012.pdf](http://www7.tjba.jus.br/secao/arquivo/28/20452/PROVIMENTO_CGJ_CCL_%20N%2012-2012.pdf)>. Acesso em: 18/06.jun./2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. Provimento- CGJ nº 25/2019 – Define o procedimento para a formalização do denominado “divórcio impositivo” ou “divórcio unilateral”. Disponível em: <[http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/425391/provimento\\_25\\_2019\\_cgjma\\_21052019\\_1823.pdf](http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/425391/provimento_25_2019_cgjma_21052019_1823.pdf)>. Acesso em: 17/06.jun./ 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Provimento nº 06/2019 – Regulamenta o procedimento de averbação, nos serviços de registro civil de casamentos, do que se denomina de “divórcio impositivo”. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/2103503/PROVIMENTO+N%C2%BA+06-2019-CGJ+ORIGINAL.pdf/80b8a35e-9a57-90c0-c536-9b72037741b2>>. Acesso em: 17/06.jun./2019.

## ARTIGO X

# O martelo Moro: a “Operação Lava Jato” e o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil <sup>1</sup>

*The Moro hammer: the “Car Wash” Operation and the arising of partisan judges in Brazil*

---

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

*Doutor em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito do Departamento de Direito da mesma instituição. Professor Titular e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina-UNOESC. Advogado em Florianópolis. matheusfelipedecastro@gmail.com*

**Resumo:** O presente artigo toma de empréstimo polêmicas que vêm sendo fomentadas pela atuação da “Operação Lava Jato”, para, a partir delas, retomar a literatura da Criminologia Crítica, que desde os anos 1960 havia, no Brasil e no mundo, fixado a natureza intrinsecamente bélica do Direito e do Processo Penal, constatando o seu poder de violação de direitos humanos e recomendando, enfim, a sua abolição ou a sua minimização aos limites do estritamente indispensável para o convívio social. A partir dessas polêmicas, o artigo retoma três frentes de trabalho: a natureza inquisitorial do processo penal brasileiro; o Estado de Exceção como *alter ego* do Estado de Direito e não como sua negação; a atuação prática e cotidiana do sistema penal na forma de um Direito Penal do inimigo, estruturalmente seletivo e rotulador; e o esgotamento dos conceitos estreitos de judicialização da política e de ativismo judicial e o surgimento, no seu lugar, de um conceito mais adaptado ao momento presente: o de Juízes *Partisans* ou militantes. O referencial teórico do trabalho foi a Criminologia Crítica e o seu método, o dialético, consistente em sintetizar conceitos após análise prévia dos fatos empíricos envolvidos. O trabalho está estruturado da seguinte forma: 1) Introdução: a natureza bélica do direito penal; 2) A natureza intrinsecamente inquisitória do processo penal;

---

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 136/2017, p. 293-319, Out/2017, DTR/2017/6313.

3) Estado de exceção e juízes *partisans*; 4) Juízes *partisans* e direito penal do inimigo; 5) Considerações finais; 6) Referências bibliográficas.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; Criminologia crítica; Processo inquisitório; Direito penal do inimigo; Estado de exceção; Juízes.

**Abstract:** *The article discusses the “Lava Jato Operation”, retaking the literature of Critical Criminology, which since the 1960s had, in Brazil and in the world, set the bellicose nature of the law and criminal procedure, noting its ability to violate human rights and recommending its abolition or minimization of the limits indispensable to social life. From these polemics, the Article follows: the inquisitorial nature of the Brazilian criminal proceedings; the State of Exception as “alter ego” of the rule of law and not as a denial; the practical application of the penal system and enemy criminal law, structurally selective and labeler; and the depletion of legalization of concepts of political and judicial activism and the emergence of a more adapted to the time concept: Partisans Judges or militants. The theoretical reference was the Critical Criminology and its method, the dialectic. The work is structured as follows: 1) Introduction: the warlike nature of criminal law; 2) Nature Intrinsically inquisitorial of Criminal Procedure; 3) State of Exception and Partisans Judges; 4) Partisans Judges and Enemy criminal law; 5) Final considerations; 6) References.*

**Keywords:** *Fundamental rights; Critical criminology; Inquisitorial procedure; Enemy criminal law; State of exception.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: a natureza bélica do Direito Penal; 2. A natureza intrinsecamente inquisitória do Processo Penal; 3. Estado de exceção e juízes *partisans*; 4. Juízes *partisans* e Direito Penal do inimigo; 5. Considerações finais; 6. Referências.

*“Há homens que têm o dom especial de tornar incompreensíveis as coisas mais simples deste mundo e que, ao conceito mais claro que se possa formar sobre esta ou aquela ordem de fatos, sabem dar sempre uma feição pelo qual o axioma se converte de repente num enigma da esfinge.”*

(BARRETO, Tobias, *Fundamento do direito de punir*).

*“Eu quase que nada não sei. Mas desconfio de muita coisa.”*

(GUIMARÃES ROSA, João, *Grande Sertão Veredas*).

## 1. Introdução: a natureza bélica do Direito Penal

Em toda a minha trajetória acadêmica, sustentei a natureza *funcional* do direito penal em contraposição à visão liberal iluminista que o concebe como

um simples limitador do poder de Estado.<sup>2</sup> Com Foucault, logo cedo aprendi que as formas que a Modernidade impôs ao exercício do direito de punir por meio do direito penal liberal, antes que limitações constituíam-se em aperfeiçoamentos de antigas técnicas “não para punir menos, mas punir melhor”.<sup>3</sup>

Com Luhmann, percebi que um direito penal exercido por meio de um rigoroso processo jurídico se legitimava pelos procedimentos que se tornaram, na Modernidade – a secularização histórica da religião e do mito na ciência –, um padrão secular de autolegitimação do próprio Estado e das suas técnicas de dominação,<sup>4</sup> ritualizando a violência que lhe é inerente e tornando-a legítima perante o conjunto dos dominados, que passam a aceitá-lo como indispensável.

Essa visão de mundo foi condicionada pela minha aproximação ao interacionismo simbólico, às teorias da rotulação, ao *Labelling Approach* e, deles, à Criminologia Crítica,<sup>5</sup> que desde os anos 1970 condenou o direito penal a um antiquado instrumento decisório do Estado, que, ao invés de solucionar problemas sociais, cria-os. Um instrumento do poder altamente violador dos direitos humanos e instrumentalizador de uma sociedade persecutória e altamente punitivista.

Um ramo jurídico de profundas raízes religiosas, fundado em maniqueísmos ou binarismos que opõem o lícito ao ilícito, o permitido ao proibido, remontando ao velho esquema medieval do bem e do mal, de Deus e do Demônio, da moral e do pecado, da dignidade e da criminalidade, da culpa e da expiação. Elementos que foram desenhados com acuidade no mais importante tratado de demonologia, direito e processo penal da inquisição católica: o *Malleus Maleficarum* ou Martelo das Feiticeiras. Em suma, um padrão

---

<sup>2</sup> Essa visão já estava expressa em CASTRO, Matheus Felipe de. *A criminologia da luta de classes. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, ano 11, n. 15-16, 2007. p. 121-148.

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 70.

<sup>4</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: EDUNB, 1980. p. 29.

<sup>5</sup> Principalmente pelas leituras de BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981; SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1979; CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983; HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: LUAM, 1993; TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980; KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1991; CAMPOS, Arruda. *A justiça a serviço do crime*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001; BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990; e ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

comportamental das sociedades cristãs ocidentais reprodutor de uma cultura de medo e repressão que não deveria ser aperfeiçoada, mas, como intuía Radbruch, superada.<sup>6</sup>

Assim, foi com profunda infelicidade que nos últimos anos assisti a uma tentativa de reavivamento do direito penal e dos seus instrumentos repressivos por alguns adeptos da Teoria dos Direitos Fundamentais, que sem qualquer critério sociológico passaram a afirmar a importância desse ramo do ordenamento jurídico para a defesa dos “direitos fundamentais das vítimas”, ressuscitando a ideologia da defesa social, que há muito tempo não era defendida com tanta ênfase na teoria jurídico-penal brasileira.

O maior instrumental de violação de direitos humanos inventado pela humanidade jamais poderia ser instrumentalizado para “defender direitos humanos” e o que se viu, na sequência, foi uma sucessão de construções discursivas com a finalidade de relegitimar o direito penal por essa via da defesa dos direitos fundamentais da sociedade (discurso que me fez perceber, desde cedo, a diferença ontológica entre *direitos humanos*, trincheira de luta dos povos, de *direitos fundamentais*, a um; novo discurso de legitimação do poder de Estado, a dois; institutos considerados importantes pelo poder de Estado e assim declarados, podendo ou não coincidir materialmente com as pautas dos direitos humanos).

Em suma, essa visão de mundo, condicionada pela criminologia crítica, fez-me perceber, como ao conjunto da comunidade científica dos criminólogos, que o direito penal possui, na estrutura de poder do Estado, uma específica característica “militarizada”. O direito penal é o ramo mais militarizado do Ordenamento Jurídico estatal e continua o projeto político do Estado como a política continua o projeto bélico que caracteriza todo poder concentrado em estruturas estatais. Nos dizeres de Clausewitz, “a guerra não é somente um ato político, mas um verdadeiro instrumento político, uma continuação das relações políticas, uma realização destas por outros meios”.<sup>7</sup>

A guerra não se manifesta no direito penal somente como instrumento, como queria o general prussiano. Ela se apresenta no próprio seio do Estado, numa luta constante entre o poder em sua forma desenfreada (que aqui chamaremos de Estado de Polícia) e o Estado de Direito que pretensamente tenta conter a arbitrariedade em seus limites normativos. Trata-se da dialética

---

<sup>6</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1979, p. 324.

<sup>7</sup> CLAUSEWITZ, Carl von. *Da guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 27.

entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia a que aludia Zaffaroni<sup>8</sup> e que, em última instância, revela a natureza bifronte de todo poder/direito que não podem ser separados como coisas diferentes ou distintas.<sup>9</sup>

Isso significa dizer que Estado de Direito e Estado de Exceção não se encontram numa relação de exclusão, mas de complementação dialética. E mais, poderíamos afirmar que, na modernidade, é por meio do direito que o poder se revela como violência formalmente organizada e ritualizada e é por meio do poder que o direito se diferencia de outras formas normativas que, a despeito de estabelecerem normas de conduta social aos homens e às mulheres, são esvaziadas no tempo-espaço de poder coercitivo, por meio do monopólio da violência legalizada pelo Estado.

Mas, como a ironia da história universal coloca tudo de cabeça para baixo<sup>10</sup>, com o avanço das democracias do pós-guerra e a tentativa de reconstrução de padrões minimamente civilizados de convivência social, os Estados de Polícia, em maior ou menor medida, foram combatidos pelos movimentos sociais de resistência, que transformaram o direito num instrumento de luta pela contenção do poder de Estado, encapsulando o poder e a decisão numa espécie de “gaiola normativa”, que a despeito de servir como forma de exercício do poder, criou barreiras fortes para o seu desempenho de maneira totalmente arbitrária.

Foi esse clima de relativos avanços que levou as classes médias e a social democracia mundial a relativizarem a natureza intrinsecamente bélica do direito penal, principalmente nos países centrais. Na periferia do sistema capitalista e, no caso do nosso país, o direito penal continuou fortemente contestado pelos criminólogos críticos e pelos movimentos sociais de defesa dos direitos humanos, que desde muito cedo perceberam que o direito penal de bases humanitárias permanecia como *discurso* do sistema penal, enquanto verdadeira operação de extermínio de jovens pobres, negros e favelados que operava todos os dias nos subterrâneos de nosso cotidiano. Isso tudo colocou a promessa de *segurança jurídica* que o direito penal realizaria por meio da “defesa de bens jurídicos” em suspeição, deixando no ar a estranha sensação de que ela, a segurança, não passaria de uma ilusão<sup>11</sup>, ou uma fantasia, como mencionava Warat:

---

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 09.

<sup>9</sup> Há, aqui, uma concordância com os pressupostos monistas de Kelsen, no sentido de que Direito e Poder são uma e a mesma coisa. Sobre isso, ver KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 316.

<sup>10</sup> ENGELS, Friedrich. Prefácio [ao *As lutas de classe na França de 1848 a 1850*, de Karl Marx (1895)]. In: MARX, Karl. *As lutas de classe na França*. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 24.

<sup>11</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*. Cit., p. 311-319.

A dogmática jurídica permite a legitimação do poder no direito, garante o seu funcionamento, sempre irrestrito, com a ficção de um limite racional. Garante uma fantasia de segurança jurídica para um poder ambivalentemente limitado e irrestrito.<sup>12</sup>

Os efeitos dessa *doce ilusão* com o direito penal se fizeram sentir inclusive em setores da esquerda política, que passaram a reivindicar sistematicamente a criminalização primária e secundária de atores violadores das suas pautas. Assim, representantes dos movimentos de defesa das pautas dos trabalhadores, da defesa das diferenças de gênero, raça, etnia, liberdade sexual, entre outros, não poucas vezes lançaram mão de reivindicações criminalizantes identificadas como avanços nas pautas dos direitos humanos, como se o direito penal pudesse se prestar a isso, o que levou Maria Lúcia Karam a cunhar o termo “esquerda punitiva”<sup>13</sup> para designar setores progressistas que não compreenderam o papel deletério que o direito penal exerce em nossa realidade.

Pois bem. Depois de todo esse debate que se prolongou por décadas, nos últimos anos, a criminologia crítica andou um pouco esquecida. Não porque criminólogos e criminólogas combativos a tivessem abandonado, mas porque íamos perdendo a batalha ideológica contra os velhos e os novos defensores do direito penal como instrumental válido para resolver problemas sociais que, a nosso ver, só poderiam ser combatidos mediante políticas sociais e institucionais que passam longe da criminalização primária e secundária. Até que surgisse em nosso horizonte um único juiz, um único magistrado que, instrumentalizado por interesses ainda não confessados, pudesse (re) pautar em nosso horizonte velhos conceitos há muito não debatidos. Aliás, com Foucault, podemos afirmar que esse é e sempre foi o grande papel da crítica:

Parece-me que a verdadeira tarefa política, em uma sociedade como a nossa, é criticar o funcionamento das instituições, que dão a impressão de ser neutras e independentes; criticá-las e atacá-las de tal maneira que a violência política, que sempre foi exercida de maneira obscura, por meio delas, seja desmascarada, para que se possa combatê-las.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p. 81-95.

<sup>13</sup> KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, ano 1, 1º semestre 1996. p. 79-92.

<sup>14</sup> FOUCAULT, Michel; CHOMSKY, Noam. *Natureza humana, justiça versus poder: o debate entre Chomsky e Foucault*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 51.

Dessa forma, devidamente situado o estado da arte, eu gostaria de polemizar um pouco sobre a “Operação Lava Jato” e o que ela nos re(ensina) sobre a natureza bélica do direito penal acima delineada e que não é invenção minha, mas apanhado histórico de forte produção intelectual de toda uma geração de criminólogos e sociólogos do desvio que compreenderam as entranhas do direito penal, a sua natureza *de classe*, e que por isso o criticaram como um instrumento violento do Estado, ora reivindicando a sua superação (caso das correntes abolicionistas), ora reivindicando a sua minimalização (caso das correntes minimalistas) aos estreitos limites da normatividade do Estado de Direito. De qualquer forma, revisitar a natureza intrínseca, ontológica do direito e do processo penal nos fará situar melhor os teóricos diante dos últimos acontecimentos que tomaram de assalto o mundo jurídico e os políticos brasileiros.

Por ora, tenhamos em mente que o termo “Operação”, em linguagem comum, tem o sentido de “intervenção cirúrgica”. Quando transposto para o terreno policial, adquire a conotação de identificação do inimigo a perseguir (o crime e o criminoso) e realização de todos os atos que o aparelho de Estado disponibiliza para a sua repressão. Quando transposta para o terreno do Ministério Público e do Poder Judiciário, com todos eles compondo uma mesma “Operação”, fica evidente o sentido de continuidade inquisitorial que perpassa desde o primeiro ato investigatório até o último ato de julgamento.

E, assim, o termo “Operação” passa a nos fornecer o sentido daquilo que foi predisposto à realização de um fim preconcebido, jogando por terra qualquer ilusão nos princípios processuais da inércia e da imparcialidade da jurisdição. Ora, esses fatos estranhos geram *tensões* que podem estar indiciando não uma simples “ponta solta do sistema” ou “efeito colateral”, mas, como no *sonho*, no *ato falho* no *chiste*, enfim, no *sintoma*, o próprio Real reprimido do sistema, aquele Real que a sociedade e a comunidade científica não querem, deliberadamente, enxergar, como ressalta Žižek:

Nem tudo é apenas a inter-relação das aparências, existe um Real; contudo, esse Real não é a Coisa inacessível, mas a *lacuna* que impede nosso acesso a ela, a “pedra” do antagonismo que distorce nossa perspectiva do objeto percebido através de um ponto de vista parcial. E, mais uma vez, a “verdade” não é o estado “real” das coisas, isto é, a perspectiva “direta” do objeto sem distorção perspectiva, mas o próprio Real do antagonismo que causa a distorção perspectiva. O lugar da verdade não é a maneira como “as coisas

são realmente em si”, para além das distorções perspectivas, mas a própria lacuna, a passagem que separa um ponto de vista do outro, a lacuna que torna os dois pontos de vista radicalmente *incomensuráveis*.<sup>15</sup>

O funcionamento *estruturalmente seletivo, político e rotulador* de um caso significativo como o que aqui estamos abordando pode colocar à luz do dia lacunas discursivas que indiciam tensões deliberadamente ocultadas. É na tensão provocada por essas lacunas que poderemos, talvez, encontrar a própria verdade do sistema penal. O Real é aquilo que resiste à racionalização, permanecendo reprimido como trauma. Até que em circunstâncias especiais ele emerge, expondo não apenas, como acima mencionei, simples desvios do sistema, mas o seu próprio Real oculto. Será por meio do destaque dessas lacunas e tensões que percorreremos o caminho metódico do presente trabalho.

## 2. A natureza intrinsecamente inquisitória do Processo Penal

Nas escolas e faculdades de Direito, os professores de direito processual penal sempre ensinaram que o processo penal brasileiro possuía natureza acusatória e que o processo inquisitório era uma lembrança de um passado distante, há muito relegado aos livros de história. Faziam-no com base numa velha afirmação de que a diferença fundamental entre esses sistemas processuais penais (acusatório e inquisitório) se concentrava na diferenciação física entre a figura do acusador e do julgador.<sup>16</sup> Estando essas figuras separadas, estaria garantida a aproximação do processo penal ao sistema acusatório.

Nos últimos tempos, nasceu uma profunda contestação desse dogma. Não basta à constituição de um sistema acusatório que acusador e julgador estejam separados. Há que se garantir, também e principalmente, que a *gestão da prova* não esteja outorgada ao órgão julgador, mas às partes processuais (defesa e acusação). E visto por esse ponto de vista, o processo penal brasileiro se torna absolutamente inquisitório, eis que outorga amplos poderes probatórios ao juiz, em detrimento das partes envolvidas no processo, levando a crer que a separação física inicial entre juiz e acusador não é suficiente para garantir a

<sup>15</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 372.

<sup>16</sup> Assim: MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. p. 71; TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 09; TOURINHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 90; e BUENO, Pimenta. *Processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1922. p. 105.

imparcialidade necessária no processo, se a acusação se torna um ato meramente formal, concedendo ao magistrado poderes quase absolutos na posterior gestão dos atos processuais.

Essa visão foi ressaltada, na Itália, por Franco Cordero,<sup>17</sup> que percebeu que o processo inquisitório não era apenas uma invenção da Igreja Católica medieval, mas um verdadeiro instrumento político de guerra contra os contestadores de qualquer regime autoritário que teima em permanecer intrínseco aos nossos processos penais contemporâneos. Que o processo inquisitório permanece entre nós ocultado sob as formas aparentemente acusatórias de um processo penal em que, embora as pessoas que acusam e que julgam estejam separadas, funcionalmente se entrega durante o seu curso verdadeiras funções persecutórias a quem deverá ao fim julgar, anulando os efeitos da diferença física inicial.

Essa situação inclusive gera juízes que passam a acreditar em sua missão de realizadores de uma justiça ideal, que estaria inscrita no ordenamento jurídico do Estado, que lhes teria outorgado a sacra missão de eliminar o mal da sociedade, expresso em criminalidade e violência. Essa postura estrutural de nosso sistema processual penal leva à criação de verdadeiros “juízes justiceiros” que não raras vezes passam a crer firmemente nessa missão de combate ao crime e ao mal social. Isso torna todo juiz, nos dizeres de Jacinto Néelson de Miranda Coutinho, um Torquemada em potencial,<sup>18</sup> pronto a atuar no combate ao que ele entender como o mal social.

Aliás, no Brasil, foi ele, Jacinto Néelson de Miranda Coutinho, que inseriu os estudos de Franco Cordero nos círculos acadêmicos, possibilitando o nascimento de toda uma geração de processualistas penais críticos aos antigos parâmetros acima apontados.<sup>19</sup> Esses autores se concentraram, principalmente, nessa diferença entre os sistemas inquisitórios e acusatórios apontado por Cordero e Coutinho e, a partir deles, realizaram um estudo acurado do Código

---

<sup>17</sup> CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1995. p. 21-38.

<sup>18</sup> COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009*, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 09.

<sup>19</sup> Nessa nova geração, ressaltam-se os trabalhos de Alexandre Morais da Rosa, Aury Lopes Júnior, Eugênio Pacelli, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Clara Maria Roman Borges, Paulo César Busato, Alessandra Villça Gorgulho, Ariane Trevisan Fiori, Christian Bernal Duarte, Flaviane de Magalhães Barros, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior, Gustavo Britta Scandelari, Helen Hartman, Helena Schiessi Cardoso, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Jefferson Augusto de Paula, Leonardo Costa de Paula, Marco Aurélio Marrafon, Marco Aurélio Nunes da Silveira, Maurício Stegemann Dieter, Priscilla Placha Sá, Rogério José Bento Soares do Nascimento, Ronaldo Leite Pedrosa, Rosgerg de Souza Crozara, Rubens Casara, Sylvio Lourenço da Silveira Filho, dentre outros e outras.

de Processo Penal brasileiro vigente, apontando largamente os instrumentos inquisitórios nele presentes. Apontaram, outrossim, que a natureza intrinsecamente inquisitória do processo penal brasileiro levava, estruturalmente, os juízes, a um estado mental paranoico (nos dizeres de Cordero, um *pensiero paranoide*)<sup>20</sup> que faz prevalecer a hipótese mental (não raras vezes fantasiosa) sobre o fato analisado (como aconteceu no mundo fenomênico e que admite múltiplas interpretações), produzindo uma inversão que se concretiza no fato corriqueiro de um magistrado primeiro tomar a decisão e depois correr atrás de produzir as provas que sustentarão a sua hipótese inicial.

A “Operação Lava Jato” produziu, recentemente, um fato pitoresco, quando procuradores da República concederam entrevista coletiva em que afirmaram “que não se deveria esperar provas cabais” contra o denunciado, eis que se trataria de um crime de lavagem de dinheiro que teria por característica exatamente a ocultação da prova! E, na sequência, inquiridos sobre essa fala, afirmaram que o Ministério Público Federal possuía convicção dos fatos que imputava ao réu. As duas frases, faladas em momentos diferentes, mas se referindo ao mesmo contexto, reunidas, deram origem a um *meme* que tomou conta das redes sociais brasileiras: “não temos provas, mas temos convicção”.<sup>21</sup>

A frase (ou a reunião das frases, como querem alguns) traduz *ipsis litteris* o postulado de Cordero, segundo o qual no processo inquisitório se geram quadros mentais paranoicos que provocam a prevalência da hipótese (a convicção) sobre os fatos (as provas realmente existentes). E acabou, por meio de um experimento empírico, revelando, como num *ato falho* somente explicado pela psicanálise, o funcionamento interno do processo penal brasileiro, intrinsecamente inquisitório e propenso a um funcionamento político, estruturalmente seletivo e intrinsecamente estigmatizador.

Não foi à toa que Eugênio Raul Zaffaroni ressaltou a origem da criminologia tradicional na velha *demonologia* (uma teoria geral do mal) da Idade Média, encarregada de investigar as origens do mal e de como Satanás incorporava em mulheres antes indefesas para espalhar seu terror na face da Terra, gerando violência e criminalidade, demonstrando que o discurso inquisitorial que se apropriou do conhecimento demonológico e que o tornou base para o direito penal moderno (ainda hoje fundado nos dogmas religiosos do *livre-arbítrio, do bem e do mal, da dignidade e da criminalidade, da culpa e da expiação, da penitência*

<sup>20</sup> CORDERO, Franco. Op. cit., p. 25.

<sup>21</sup> Entrevista coletiva concedida à imprensa nacional pelos Procuradores da República responsáveis pela Operação “Lava Jato”, em Curitiba, em 14 de setembro de 2016.

*e da regeneração moral*) ainda continua vigente até os dias atuais, exercendo os seus conhecidos efeitos:

Os discursos possuem uma estrutura e um conteúdo. Se trata de algo parecido a um programa de computação, suponhamos que alimentado com os livros de uma biblioteca. Podemos carregar o programa com livros esotéricos e teremos uma biblioteca dessa natureza, porém também podemos esvaziar seu conteúdo e recarregá-lo com outros livros e teremos bibliotecas de medicina, física, química, história ou o que seja. Pois bem: o que permanece do discurso inquisitorial ou demonológico não é o conteúdo, mas justamente o programa, a estrutura. Ao longo dos séculos se esvaziou e se voltou a alimentar o mesmo programa com outras informações, com dados e novas emergências, plausíveis conforme as pautas culturais de cada momento: se deixou de crer em Satanás e suas meninas, porém se criaram outras coisas que hoje são plausíveis, com as quais se continua alimentando o programa com dados que hoje são plausíveis e que amanhã serão tão absurdas como Satã, suas legiões de diabos e suas meninas. Desde a inquisição até hoje se sucederam os discursos com idêntica estrutura: se alega uma emergência, como uma ameaça extraordinária que põe em risco a humanidade, a nação, ao mundo ocidental etc., e o medo à emergência se usa para eliminar qualquer obstáculo ao poder punitivo que se apresenta como a única solução para neutralizá-lo. Tudo e todos que se opõem a esse poder serão também inimigos, cúmplices ou idiotas úteis. Por onde se vende como necessária não somente a eliminação do inimigo como também de todos que se objetam a obstaculizar o poder punitivo em sua pretensa tarefa salvadora. Evidentemente, o poder punitivo não se dedica a eliminar o perigo da emergência, mas somente a verticalizar mais ainda o poder social; a emergência é somente o discurso legitimante de seu desenfreamo (...). Se trata do instrumento discursivo que proporciona a base para criar um estado de paranoia coletiva que serve para que quem opera o poder punitivo o exerça sem nenhum limite ou contra quem o moleste.<sup>22</sup>

O maior instrumento de que se valeram os inquisidores medievais na sua tarefa de perseguir os dissidentes católicos (então denominados *hereges*, do latim *haeresis*, aquele que contesta, aquele que discorda) foi o *Malleus Maleficarum* (do latim *martelo das maléficas*), escrito pelos inquisidores Heinrich Kramer e James

---

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *La cuestión criminal*. 4. ed. Buenos Aires: Planeta, 2012. p. 42-43. Trecho traduzido livremente pelo autor do artigo.

Sprenger e traduzido em português para “O Martelo das Feiticeiras”.<sup>23</sup> Tratava-se de um instrumento que reunia, a um só tempo, o conhecimento criminológico da época (a demonologia, o estudo do mal e de suas manifestações), a definição dos crimes e das penas aplicáveis (uma espécie de direito penal material), os procedimentos aplicáveis na investigação e durante o curso do processo (o direito processual) e as formas de execução da pena daquelas que sobrevivessem ao processo (execução da pena).

A conclusão mais fantástica de Zaffaroni é exatamente que a estrutura do *Malleus Maleficarum* permanece, ainda hoje, no direito e no processo penal contemporâneos. Mudaram seus conteúdos, suas aparências, mas em essência, suas estruturas discursivas ainda são as mesmas, razão pela qual o autor afirmou que “la edad media no terminó”.<sup>24</sup> Mudam os inimigos do momento que precisam ser combatidos: hereges, bruxas (mulheres), comunistas, terroristas, traficantes, mulçumanos, negros, homossexuais, pedófilos, petistas etc. O poder punitivo sempre está em busca de um novo mal que se alastra na face da Terra (heresia, bruxaria, comunismo, terrorismo, drogas, violência, homossexualidade, abuso de crianças, corrupção) para atacar aqueles que o próprio poder punitivo rotula como seus autores (fontes do mal) de forma absolutamente seletiva.

O processo penal tem sido utilizado largamente na “Operação Lava Jato” como um instrumento político de extermínio de uma força política nacional que se encontrava no comando do governo central do Brasil. Haviam indícios de que essa força política pudesse vencer mais uma eleição em 2018, o que movimentou as forças políticas a ela antagônicas a um ataque sem precedentes no país, que tem sido identificado por muitos teóricos como uma tática deliberada de *lawfare*, ou seja, como a utilização do direito e do processo penal como armas de guerra para exterminar um inimigo. Nossa hipótese, neste artigo, sustentada desde a primeira linha, é de que essa é uma característica intrínseca ao direito e ao processo penais, não sendo apenas uma utilização instrumental dele. O processo penal, nesse episódio, vem revelando a sua face mais oculta, a sua natureza mais inquisitorial, o seu uso mais funcional, a sua estrutura mais seletiva: o Martelo Moro!

---

<sup>23</sup> KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. 12. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1997.

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *La cuestión criminal*. Cit., p. 51.

### 3. Estado de exceção e juízes *partisans*

Outra característica do sistema penal que a “Operação Lava Jato” vem ressaltando é a importância que o *inimigo* exerce na teoria e na prática penais. Mas antes de falar especificamente sobre isso, gostaria de voltar à temática da exceção, não como aquele fato ou momento que nega ou afasta o ordenamento jurídico, mas como a sua verdade oculta, o seu lado B, a sua essência nunca declarada, jamais admitida, mas sempre latente. É no momento da exceção que se revela a tensão máxima entre poder, violência e Estado de Direito, abrindo as portas de uma lacuna pela qual pode passar o real do sistema penal, enfim revelado como num sonho ou num ato falho.

O próprio Kelsen, num trecho esquecido ou pouco lido (e aqui já lembrado) da sua *Teoria Pura do Direito*, criticando a separação que os jusnaturalistas realizavam entre Estado e Direito, afirmava que “O direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e por isso mesmo, reta ou justa em qualquer sentido”. Na mesma oportunidade, o autor austríaco afirmava que “assim o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer Direito”.<sup>25</sup> Para ele, essa separação realizada pelos jusnaturalistas entre Direito = ordem do justo e Estado = ordem do poder cumpriria uma função ideológica indevida, ou seja, a de legitimar o Estado de Direito como uma ordem de poder submetida ao justo, o que no seu entender seria totalmente despropositado.<sup>26</sup>

A constatação de Kelsen, com a qual concordamos, de uma profunda identidade entre Estado e Direito do Estado com o poder, leva-nos a uma outra constatação, qual seja, de que o direito funciona como veículo de realização do poder, já que o poder não é um simples exercício de força ou violência, mas uma forma tão organizada de violência que pode mantê-la em latência na sua estrutura, não precisando lançar mão dela em todos os casos, porque a violência permanece ritualizada e encapsulada nos procedimentos. Žižek ressalta que:

Não há poder sem violência. O poder sempre tem de se basear numa mancha obscena de violência. Não só a violência é o complemento necessário do poder, como o próprio poder (político) está sempre-já na raiz de toda violência aparentemente “não política”.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Cit., p. 316.

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Cit., p. 78 e 352-353.

<sup>27</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Cit., p. 442.

O sistema penal atua de forma seletiva, porque não é imparcial. Nenhum subsistema de poder pode sê-lo. Ele se assume como um *duplo*, como uma forma *centaurea*, transitando em vários níveis do político, da política à guerra, da lei à violência mais aberta. O Aparelho de Estado funciona, internamente, na forma de Estado-duplo: Estado de Direito/Estado de Exceção. Legalidade e ilegalidade são faces do mesmo fenômeno, um binômio complementar do poder político moderno. Maquiavel já havia descrito o funcionamento desse *duplo* da seguinte forma:

Deveis saber, portanto, que existem duas formas de se combater: uma, pelas leis, outra pela força. A primeira é própria do homem; a segunda, dos animais. Como, porém, muitas vezes a primeira não seja suficiente, é preciso recorrer à segunda. Ao príncipe torna-se necessário, porém, saber empregar convenientemente o animal e o homem. (...) Sendo, portanto, um príncipe obrigado a bem servir-se da natureza da besta, deve dela tirar as qualidades da raposa e do leão, pois este não tem defesa alguma contra os laços, e a raposa, contra os lobos. Precisa, pois, ser raposa para conhecer os laços e leão para aterrorizar os lobos. Os que se fizerem unicamente de leões não serão bem-sucedidos.<sup>28</sup>

Maquiavel consegue descrever com precisão a *natureza centáurea* do Estado, ao dizer que o príncipe deve saber governar com a lei e com a violência, ambas faces de um mesmo fenômeno. O Estado moderno, denominado Estado de Direito, caracteriza-se por estabelecer uma legalidade que lhe permite recorrer à ilegalidade quando necessário. Poulantzas ressaltava essa característica, mostrando que a lei sempre esteve presente na constituição do poder, desde o Estado asiático ou despótico, ao escravagista e ao feudal, que foram fundados em suas respectivas ordens jurídicas, não havendo nada mais falso que presumir uma oposição entre violência e direito:

Todo sistema jurídico inclui a ilegalidade assim como comporta, como parte integrante de seu discurso, vazios e brancos, “lacunas da lei”: não se trata de simples descuidos ou cegueira causados pela operação ideológica de ocultação que sustenta o direito, porém de dispositivos expressamente previstos, brechas para permitir ir além da lei, sem falar das violações puras e simples que o Estado faz de sua lei, que embora pareçam transgressões selvagens, pois não foram previstas na lei, assim mesmo fazem parte do funcionamento

---

<sup>28</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 101.

estrutural do Estado. Todo Estado é organizado em sua ossatura institucional de modo a funcionar (e de modo a que as classes dominantes funcionem) segundo a lei e contra a lei. (...) A ilegalidade é frequentemente parte da lei, e mesmo quando ilegalidade e legalidade são distintas, não englobam duas organizações separadas, espécie de Estado paralelo (ilegalidade) e de Estado de direito (legalidade), e menos ainda uma distinção entre Estado caótico, um não-Estado (ilegalidade) e um Estado (legalidade). Ilegalidade e legalidade fazem parte de uma única e mesma estrutura institucional.<sup>29</sup>

Logo, o chamado Estado de Exceção se configura na face, sempre oculta e dissimulada, de *todo* Estado de Direito. A faceta “humana” do príncipe, aquela onde se domina por meio da lei e do convencimento opera em momentos de “normalidade”, entendidos esses momentos como aqueles nos quais “tudo corre bem” para as engrenagens do poder. O Estado de Exceção não representa a suspensão do Estado de Direito, senão a sua cara metade, e juntos formam a totalidade do Estado moderno, como também ressalta Žižek:

No nível da Lei, o Poder estatal apenas representa os interesses de seus sujeitos; serve a eles, responde a eles e está sujeito ao seu controle; entretanto, no nível do supereu a mensagem pública de responsabilidade é complementada pela mensagem obscena do exercício incondicional do Poder: “As leis na verdade não me restringem, posso fazer com vocês o que eu quiser, posso tratá-los como culpados se assim decidir, posso destruí-los se assim quiser...”. Esse excesso obsceno é o constituinte *necessário* da noção de soberania; aqui, a assimetria é estrutural, isto é, a lei só pode manter sua autoridade se os súditos ouvirem nela o eco da autoafirmação incondicional obscena.<sup>30</sup>

Carl Schmitt foi o teórico maior do Estado de Exceção. Seu pensamento se concentrava na constatação de que a decisão é o problema central de todo o Direito.<sup>31</sup> Por isso, este autor afirmava, em sua *Teologia Política*, que “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”.<sup>32</sup> Decidir sobre o Estado de Exceção é decidir, fundamentalmente, quando será aplicado o programa normativo do

<sup>29</sup> POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 83.

<sup>30</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Cit., p. 440.

<sup>31</sup> Como sempre ressalta FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>32</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 07.

Ordenamento Jurídico ou quando esse programa normativo será suspenso e aplicada a violência pura e simples.

Por isso é que, em outro escrito, igualmente célebre (*O conceito do político*), Schmitt afirmava que “o conceito de Estado pressupõe o conceito do Político”. Mas “o conceito do político só pode ser obtido pela identificação e verificação das categorias especificamente políticas”. E então, mais adiante, ele enfrenta essa questão da natureza do político afirmando que “a diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo* e *inimigo*”.<sup>33</sup>

Ora, se o Estado é um fenômeno político e o político se fundamenta na oposição binária amigo/inimigo, o teorema de Clausewitz da guerra como continuação da política e o seu complemento necessário, a política como continuação da guerra, ficam reforçados. O *combate* se torna essencial ao direito penal, não uma mera situação circunstancial ou passageira. Nesse sentido, o soberano, entendido como a pessoa que concentra, em certo momento histórico, o poder soberano, é aquele que pode *decidir*. Não qualquer decisão, mas a decisão por excelência, que é: 1) a definição de quem ostentará a qualidade de amigo e quem ostentará o rótulo de inimigo; 2) com base nessa escolha anterior, a definição de que as garantias do Estado de Direito sejam aplicadas *sobre* os amigos e que os instrumentais repressivos sejam aplicados *sobre* os inimigos.

A recente manifestação da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos 000302132.2016.4.04.8000/RS, oriundos da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região, ao decidir que “as investigações e processos criminais da chamada ‘Operação Lava-Jato’ constituem caso inédito, trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas. Em tal contexto, não se pode censurar o magistrado, ao adotar medidas preventivas da obstrução das investigações da Operação”,<sup>34</sup> escancara a janela de interpretação que aqui estamos desenvolvendo, da Exceção como inerente a todo e qualquer Estado de Direito. Nesse sentido, do voto do relator Rômulo Pizzolatti, pode-se extrair ainda este trecho significativo:

De início, impõe-se advertir que essas regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo

<sup>33</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do partisan*. Belo Horizonte Del Rey, 2008. p. 19 e 27.

<sup>34</sup> BRASIL, TRF-4ª Região. *Relatório e voto*. Autos 000302132.2016.4.04.8000, rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti. Porto Alegre: TRF4, 2016.

verificado que incidiram dentro do âmbito de normalidade por elas abrangido. É que a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais, como bem explica o jurista Eros Roberto Grau (...) Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava-Jato”, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional.<sup>35</sup>

Por outro lado, e talvez mais grave, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região acabou por outorgar ao magistrado representado o poder de decidir quando as normas jurídicas deverão ser aplicadas ou não aos casos concretos da situação considerada excepcional que está submetida à sua jurisdição, o que, nos dizeres de Carl Schmitt, seria tarefa do próprio soberano. E como a “Operação Lava Jato” ficou conhecida nos meios jurídicos, políticos e jornalísticos nacionais por ser *altamente e escancaradamente seletiva* (uma opção preferencial por investigar, prender, denunciar e condenar políticos e empresários ligados a um partido e a um governo específicos, deixando sistematicamente fora da investigação pessoas sobre as quais pesavam graves suspeitas, embora ligados a forças políticas antagônicas, revelando uma outra lei da política: *o inimigo do meu inimigo é meu amigo*), torna-se necessário debater, inclusive, o conceito de juiz *partisan* que lançamos no título do presente trabalho, já que os conceitos de *judicialização da política* e de *juiz ativista* já não dão mais conta do fenômeno estudado.

Foi o próprio Carl Schmitt quem fixou os limites do *partisan* em seu trabalho *Teoria do Partisan*, que naturalmente dava continuidade ao argumento dos escritos anteriores aqui mencionados. Para ele, o *partisan* é o combatente.

---

<sup>35</sup> BRASIL, TRF-4ª Região. *Relatório e voto*. Cit., loc. cit.

Mas não qualquer combatente, porque “o *partisan* combate de forma irregular”<sup>36</sup>, ou seja, fora das regras estabelecidas para a própria guerra, porque ele não é um simples soldado, mas um *partidário*, um *militante*, um *guerrilheiro* tomado por uma ideologia ou meta política que o diferencia de um soldado regular. Destaca Schmitt:

A guerra é travada de Estado para Estado como uma guerra de exércitos estatais e regulares, entre titulares soberanos de um *jus belli* que, mesmo na guerra, se respeitam enquanto inimigos e não se discriminam mutuamente como criminosos, de modo que é possível um acordo de paz, permanecendo este inclusive com o término normal e natural da guerra. Perante tal regularidade clássica – na medida em que tenha força normativa – o *partisan* só podia ser um epifenômeno, como o foi de fato durante toda a primeira guerra mundial.<sup>37</sup>

A lógica do combate regular é a lógica que os partidos políticos adversários travam entre si em momentos de normalidade democrática, dentro das regras do jogo. Já a lógica *partisan* é diferente. O *partisan* não espera do inimigo:

Nem direito nem misericórdia. Ele abandonou a inimizade convencional da guerra domesticada e cerceada, entrando numa outra, a da inimizade real, que se intensifica através do terror e da luta contra ao terror até chegar ao extermínio.<sup>38</sup>

O *partisan*, por isso, é o partidário. Ele possui interesse direto no combate e “o soldado inimigo portador de um uniforme é o verdadeiro alvo do *partisan* moderno”.<sup>39</sup> O seu intenso engajamento político o distingue de outros tipos de combatentes regulares: “deve-se perseverar nesse caráter intensamente político do *partisan*”.<sup>40</sup> E, ainda: “o *partisan* combate em uma frente política e é precisamente o caráter político de sua ação que novamente confere validade ao sentido original do termo *partisan*. A palavra deriva de *partido* e remete ao vínculo com um partido ou grupo beligerante, politicamente ativo ou de alguma forma em combate”.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do partisan*. Cit., p. 151.

<sup>37</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do partisan*. Cit., p. 157.

<sup>38</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do partisan*. Cit., p. 158.

<sup>39</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do partisan*. Cit., p. 162.

<sup>40</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do partisan*. Loc. cit.

<sup>41</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do partisan*. Loc. cit.

Como se observa, o conceito de *partisans*, guardadas as devidas proporções, adequa-se de maneira muito mais concreta aos agentes públicos que dirigem a “Operação Lava Jato” do que ao conceito simples e ultrapassado de ativismo judicial. A “Operação Lava Jato” sai do terreno de combate regular e avança como uma tropa irregular, guerrilheira, sobre um terreno que não deveria ser o seu de origem, utilizando o discurso do direito penal e da criminalização secundária (que não passa de seletividade arbitrária) como armas de legitimação, por meio da técnica e do procedimento, como acima ressaltado com Lhumann.

#### 4. Juízes *partisans* e Direito Penal do inimigo

Depois de um longo período de prevalência das teorias finalistas em Direito Penal, o avanço de correntes adeptas ao funcionalismo na Alemanha<sup>42</sup> se fez sentir na literatura brasileira, sempre adepta a um adesismo incondicional às teorias norte-americanas e europeias, renovando o famoso “complexo do vira-lata”, que é característica de toda cultura marcada por um longo período de Colonialismo. Embora de forma inconfessada, as similitudes do Direito Penal do Inimigo com a teoria do Estado de Exceção e o conceito do político como definição da relação amigo/inimigo não podem ser negadas.

Para o autor dessa teoria, Günter Jakobs, professor de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, o Estado deveria contar com o gatilho da definição da relação amigo/inimigo para tratar de situações delituosas que entre si se distanciam qualitativamente. Dessa forma, Jakobs propõe a distinção entre um direito penal aplicável aos cidadãos (*Bürgerstrafrecht*), caracterizando-se pela manutenção das normas de garantia constitucional, e um direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*) instrumentalizado para reprimir delinquentes cujas atuações fujam do “padrão normal” de criminalidade aceita pela sociedade, como no caso exemplar do terrorismo. Jakobs afirma: “o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo é só coação física, até chegar à guerra”.<sup>43</sup>

O Direito Penal do Inimigo, realizando a escolha fundamental que caracteriza o soberano, entre amigos e inimigos, permitiria a suspensão das

---

<sup>42</sup> Nesse sentido, as duas obras de maior impacto no Brasil foram as de ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; e JAKOBS, Günter. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

<sup>43</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28.

leis de garantia com a justificativa da *emergência* ou *necessidade* para proteger a sociedade e o Estado contra perigos considerados graves por quem detém o poder de decisão. O único país até agora que implementou em sua legislação algo parecido foi os EUA com o *Patriot Act*, espécie de “AI-5” estadunidense que, após o ataque às Torres Gêmeas do World Trade Center, em 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, permitiu a suspensão de direitos constitucionais de cidadãos e estrangeiros capturados em situação de guerra, permitindo a suspensão de sigilos individuais, legitimando a tortura e a criação de verdadeiros campos de concentração, como no caso de Guantánamo, onde os presos, em geral afegãos capturados em situações de guerra, eram submetidos a uma espécie de tribunal militar formado por oficiais norte-americanos que decidiam se o acusado deveria ser submetido às leis da normalidade ou às leis excepcionais vigentes na parte mais oriental de Cuba, sob comando estadunidense.

Por mais assustadora que seja a proposta, precisamos ressaltar que, na realidade latino-americana e, particularmente, na realidade brasileira, sempre houve a atuação de um direito penal do inimigo, embora de maneira inconfessada e dissimulada. O genocídio que se pratica no Brasil cotidianamente contra jovens, negros, moradores de favelas há muito elegeu os inimigos a exterminar numa luta travada inclusive nos subterrâneos do sistema penal inoficioso. O Direito Penal subterrâneo sempre foi uma característica do sistema penal no qual:

Frequentemente o Estado age transgredindo a lei-regra que edita, desviando-se da lei ou agindo contra a própria lei. Todo sistema autoriza, em sua discursividade, delineado como variável da regra do jogo que organiza, o não-respeito pelo Estado-poder de sua própria lei. Chama-se a isso de *razão de Estado*.<sup>44</sup>

Como se percebe sem grandes esforços retóricos, a “Operação Lava Jato” *operacionaliza* uma realidade absolutamente comum no sistema penal subterrâneo, que ascende agora a um caso concreto regulado pelo Direito e pelo Processo Penal, constituindo-se num poderoso instrumento de definição do inimigo (seletividade e criminalização secundária) e de combate a ele, operacionalização esta conhecida pelo Direito Internacional como tática de *lawfare*, ou utilização do Direito como arma de guerra para exterminar um inimigo. Na nossa perspectiva, a “Operação Lava Jato”, ao utilizar esses instrumentais, evidencia aquela *tensão* pela qual o Real escapa em meio a uma lacuna.

---

<sup>44</sup> POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Cit., p. 82.

Não estamos aqui a defender que no nível normativo estivéssemos diante de um *Direito Penal do Inimigo*. Não é disso que se trata. Não é da proposta de dever-ser de Jakobs que falamos. Falamos, isso sim, de uma prática do sistema penal que se encontra em *tensão* com o seu discurso, este sim consubstanciado na programação normativa oficial. Essa tensão revela que o Direito Penal funciona no nível ideológico ou discursivo no modal do Direito Penal garantista e, no nível do real, no modal do Direito Penal do inimigo ou de exceção, o que em termos penais poderia ser expresso também pelo signo de um Direito Penal da conduta que atua no nível discursivo e um Direito Penal do autor que atua no nível prático. O mais importante é que essas instâncias da realidade (teoria do sistema e prática do sistema) não revelam uma contradição de seu funcionamento, mas uma funcionalidade *da* contradição, um funcionamento em que cada uma dessas instâncias cumpre o seu papel no todo.

É evidente que, do ponto de vista de Juízes *Partisans*, um Direito Penal do inimigo se apresenta como uma ferramenta privilegiada de atuação plenipotenciária, assim como um Direito Processual Penal de matrizes inquisitórias (entendido como aquele processo penal no qual a gestão da prova ainda está outorgada, em prevalência, aos magistrados e não às partes) se apresenta como um instrumento privilegiado de ativismo judicial. Não à toa, a grande resistência oferecida ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, Projeto de Lei 156/2009, atualmente em trâmite no Senado Federal e que institui nuances de um mais forte processo acusatório no Brasil sofreu a resistência dos juízes brasileiros, em contraposição a uma quase concordância por parte da Ordem dos Advogados do Brasil e dos diversos Ministérios Públicos brasileiros.

É evidente que o fenômeno dos Juízes *Partisans* assumiu contornos mais graves no caso específico da “Operação Lava Jato”, por causa da grande repercussão midiática que o caso envolve. Mas há que se questionar se esse não é um padrão já antigo em relação a processos criminais envolvendo pessoas comuns, principalmente aqueles que componham os estratos sociais rotulados como criminosos em nossa história penal e criminológica.

Por outro lado, em outras áreas do Direito, fenômenos semelhantes já se faziam sentir, com fundamento nas *teorias da textura aberta ou flexível das normas de Direito Constitucional*, que têm origem em correntes neoconstitucionalistas, como acontece em Robert Alexy,<sup>45</sup> e que permitem uma mais

---

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2008. p. 25-29.

ampla interpretação por parte dos juízes em relação aos casos que julgam, permitindo uma espécie de fuga à gaiola normativa que o Estado de Direito impôs historicamente às decisões judiciais, possibilitando que, pela necessária interpretação de princípios, magistrados possam preencher conceitos abertos com pré-compreensões de ordem subjetiva e até mesmo com indistigáveis interesses pessoais, políticos ou ideológicos, como ressalta Max Möller:

De certa forma, esse novo arranjo das fontes do direito, que não mais está restrito ao sistema fechado e rígido de regras, mitiga, senão termina, com a máxima de legalidade que imperava no Estado liberal qual seja, a de que o particular é permitido fazer tudo aquilo que não lhe seja vedado pela lei. Se uma das funções iniciais das estruturas normativas denominadas princípios era a de preencher lacunas presentes no ordenamento, um sistema jurídico que encontra constituições normativas onde abundam princípios ou que utiliza frequentemente o potencial normativo dessas normas poderá ter reduzidos quase que totalmente os campos ausentes de regulação jurídica. Tanto que autores como Barak chegam a afirmar que nada está fora do controle jurisdicional, ou Alexy, no sentido de que, com a interferência dos princípios, nenhum caso concreto pode ser considerado um caso fácil. Sob uma segunda perspectiva, os termos abertos presentes nos princípios, ao mesmo tempo em que ampliam sensivelmente a necessidade de uma construção de sentido jurídico por parte dos operadores jurídicos, permitem que, dentro de um mesmo enunciado, possa ser incluída uma gama amplíssima de considerações morais ou subjetivas, opiniões políticas, elucubrações cerebrinas, disparates, absurdos, brilhantes raciocínios, enfim, tudo aquilo que seja permitido pela ausência de limites linguísticos claros. Diferentemente das regras pode-se dizer, em relação aos princípios, que esta é uma de suas características principais: a de permitir uma ampla possibilidade de variação semântica.<sup>46</sup>

De todo modo, há uma crise instalada no Brasil, e essa crise não está adstrita aos setores econômicos, financeiros e políticos. Ela é uma tensão jurídica de grandes proporções e que indicia graves modificações na estrutura do Estado Liberal de Direito. Uma crise que indicia o esgotamento do modelo de repartição das funções de Estado entre poderes “independentes e harmônicos entre si” e

---

<sup>46</sup> MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 219.

que deve ser melhor compreendida pela comunidade jurídica nacional, o que só poderá ser realizado mediante pesquisa empírica e observação dos fatos nacionais em seu local de ocorrência. As teorias, principalmente as importadas da Europa e dos EUA, já não dão mais conta de explicar nossa realidade. Ela é por demais complexa para ser deduzida a partir de abstrações produzidas em território alheio.

## 5. Considerações finais

O presente artigo se propôs a realizar um resgate das teorias criminológicas críticas que desde os anos 1970 se propuseram a investigar o fenômeno penal em suas entranhas, deslegitimando-o como um instrumento de resolução de problemas sociais, diante de uma quadra histórica na qual avançaram teorias que, com ares progressistas, defenderam a revitalização do Direito e do Processo Penal como instrumentos, inclusive, para a “defesa de direitos fundamentais” das vítimas e da sociedade, ressuscitando antigas teorias da defesa social há muito sepultadas na teoria pátria.

Por debaixo desse discurso, no entanto, o Direito e o Processo Penal continuaram a atuar a partir da sua natureza intrínseca, ontológica, de instrumentos de controle social de natureza bélica, eis que o sistema penal é o braço mais militarizado do Ordenamento Jurídico de qualquer Estado. A “Operação Lava Jato”, ao criar tensões, fez (re)viver certos pressupostos da criminologia crítica que já haviam sido ressaltados à exaustão desde os anos 1970: a natureza *estruturalmente inquisitorial* do processo penal, a natureza *violenta* ou *excepcional* de todo Direito e *estruturalmente seletiva* (definidora dos inimigos do momento) de todo Direito Penal.

A constatação de que os conceitos da judicialização da política e do ativismo judicial já não dão mais conta dos últimos acontecimentos ocorridos no Brasil, principalmente aqueles que se manifestaram por meio da “Operação Lava Jato”, levaram à elaboração, neste artigo, de um conceito, ainda primário, de Juízes *Partisans*, que, a meu ver, possui a qualidade de inserir o elemento político na atuação de juízes que se tornam cada vez mais verdadeiros *militantes* de causas políticas, ideológicas, religiosas ou simplesmente movidos por convicções pessoais que não expressam e nem podem expressar qualquer vontade média de um abstrato povo que constituiria uma nação, num dado momento histórico.

Juízes são, originalmente, agentes políticos, mas agentes políticos sem voto. Mas as teorias neoconstitucionalistas, ao se proporem transitar para um

Direito pós-positivista, acabaram por romper a gaiola normativa que os Estados de Direito do pós-guerra elaboraram para esquadrihar, para delimitar, para racionalizar o poder da decisão judicial, sempre propenso ao excesso, abrindo a possibilidade de que magistrados, a pretexto de interpretar um Ordenamento Jurídico altamente principiológico e, por isso mesmo, de interpretação flexível ou aberta, acabassem por reinventá-lo, criando normatividade muito para além do sentido original e contextual das regras e normas de Direito Geral e Constitucional, definidas pelas instâncias da soberania popular.

A “Operação Lava Jato” é um experimento empírico que nos permite recuperar os velhos conceitos criminológicos sobre a natureza do Direito Penal e Processual Penal aqui já elencados. Revela tensões existentes na genética do sistema penal e que podem indiciar o seu funcionamento real. Permite-nos, ainda, compreender um pouco melhor a natureza de uma casta de Juízes *Partisans* que vem se formando no Brasil e que, com sua atuação, ultrapassam em muito o mero ativismo judicial. E nos permite compreender que se o velho positivismo jurídico não foi capaz, em sua proposta declarada, de conter os limites do poder e da decisão, gerando um complexo de segurança jurídica real e efetiva para toda a coletividade, a sociedade civil organizada precisa urgentemente reinventar novas formas de conter o poder punitivo que possam balancear a velha dialética entre Estado de Direito e Estado de Polícia, este último sempre propenso a avançar sobre o primeiro e a se agigantar, realizando as funções para as quais está genética e irremediavelmente constituído.

## 6. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BRASIL, TRF-4ª Região. *Relatório e voto*. Autos 000302132.2016.4.04.8000, rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti. Porto Alegre: TRF4, 2016.

- BUENO, Pimenta. *Processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1922.
- CAMPOS, Arruda. *A justiça a serviço do crime*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1960.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CASTRO, Matheus Felipe de. A criminologia da luta de classes. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, ano 11, n. 15/16, p. 121-148, 2007.
- CLAUSEWITZ, Carl von. *Da guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1995.
- COUTINHO, Jacinto Nélson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ENGELS, Friedrich. Prefácio [ao *As lutas de classe na França de 1848 a 1850*, de Karl Marx (1895)]. In: MARX, Karl. *As lutas de classe na França*. São Paulo: Boitempo, 2012.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FOUCAULT, Michel; CHOMSKY, Noam. *Natureza humana, justiça versus poder: o debate entre Chomsky e Foucault*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FOUCAULT, Michel; CHOMSKY, Noam. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.
- JAKOBS, Günter. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, ano 1, 1º semestre, 1996.
- KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. 12. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: EDUNB, 1980.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.
- MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*.

- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1979.
- ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do partisan*. Belo Horizonte Del Rey, 2008.
- SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- TOURINHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
- WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *La cuestión criminal*. 4. ed. Buenos Aires: Planeta, 2012.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008.

## ARTIGO XI

# Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama<sup>1</sup>

*Deepen theory of consumer productive deviation: a panorama*

---

MARCOS DESSAUNE

*Autor da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, do Código de Atendimento ao Consumidor (CAC) e das Histórias de um Superconsumidor. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá e diplomado em Business pela Indiana University. Aperfeiçoado em Qualidade de Atendimento ao Cliente pela Disney University e pela Fundação Getúlio Vargas. Treinado em Resolução de Conflitos Administrativos pelo Ombudsman Federal da Bélgica e pelo Provedor de Justiça de Portugal. Membro do Instituto Brasilcon e da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB. Advogado, mediador, consultor e palestrante.*

**Resumo:** É notório que inúmeros fornecedores, cotidianamente, empregam práticas abusivas e colocam produtos e serviços com vício ou defeito no mercado de consumo. Além disso, muitos desses fornecedores, diante da reclamação do consumidor, ainda resistem à rápida e efetiva resolução desses problemas de consumo que eles próprios criam. Tal comportamento induz o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade a despendar seu tempo vital, a adiar ou suprimir algumas de suas atividades existenciais e a desviar suas competências dessas atividades, seja para satisfazer certa carência, seja para evitar um prejuízo, seja para reparar algum dano. Tal série de condutas caracteriza o “desvio produtivo do consumidor”, evento danoso que acarreta lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora, que sofre necessariamente um dano extrapatrimonial de natureza existencial, indenizável *in re ipsa*. Consequentemente, este artigo conclui que está equivocada a jurisprudência tradicional que sustenta que a *via crucis* percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, representa “mero aborrecimento”.

---

<sup>1</sup> Texto extraído do capítulo 19 “Resumo sistematizado e conclusão da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor” da obra DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Vitória: Edição especial do autor, 2017. p. 270-280. Mais informações sobre a obra no site [www.marcosdessaune.com.br](http://www.marcosdessaune.com.br) e pelo e-mail [livros@marcosdessaune.com.br](mailto:livros@marcosdessaune.com.br).

**Palavras-chave:** Direito do consumidor; Responsabilidade civil por desvio produtivo do consumidor; Lesão ao tempo e à vida; Dano extrapatrimonial de natureza existencial; Jurisprudência do “mero aborrecimento”.

**Abstract:** *It is well recognized that countless suppliers, quite often, engage in unfair business practices and deliver defective products and services to the consumer market. In addition, many of those suppliers, in the face of consumer complaints, still resist resolving quickly and effectively the consumption problems they have created. Such behavior leads the needy and vulnerable consumer to expend his or her vital time, to postpone or suppress some of his or her existential activities, and to divert his or her competencies from these activities, either to satisfy a certain need, to prevent a loss, or to redress a damage. Such a series of acts characterize the “diversion of the consumer’s productive resources”, which is the harm-producing activity that causes injury to the consumer’s vital time and dignified existence, a consumer who necessarily suffers noneconomic damage of an existential nature, which is recoverable in re ipsa. Consequently this article concludes that the traditional case law is mistaken to affirm that the hardship the consumer undergoes, when facing consumption problems, represents “mere annoyance”.*

**Keywords:** *Consumer law; Civil liability for diversion of the consumer’s productive resources; Injury to time and to life; Noneconomic damage of an existential nature; “Mere annoyance” case law.*

**SUMÁRIO:** 1. Evolução socioeconômica, descrição fenomenológica e suporte jurídico do desvio produtivo do consumidor; 2. Configuração, fundamentos, inter-relações e consequências jurídicas do desvio produtivo do consumidor e arbitramento do dano extrapatrimonial decorrente; 3. Conclusão: a jurisprudência equivocada do “mero aborrecimento”; 4. Referências.

## 1. Evolução socioeconômica, descrição fenomenológica e suporte jurídico do desvio produtivo do consumidor

Na luta por sobrevivência e bem-estar, a humanidade levou 10 mil anos para evoluir do modo de produção primitivo para o capitalista. O progresso tecnológico, econômico e organizacional ocorrido nesse período transformou bandos de indivíduos nômades e autossuficientes, que viviam submissos às forças do impulso e do hábito, numa sociedade altamente especializada, interdependente e relativamente desenvolvida em termos materiais. Essa transformação do modo de produção da sociedade foi o resultado da divisão do trabalho<sup>2</sup> e do desenvolvimento do sistema de trocas, entre vários outros fatores

---

<sup>2</sup> Leia-se especialização profissional.

evolutivos que, combinados, levaram ao expressivo aumento da produtividade que gerou grandes excedentes e, assim, permitiu que as pessoas pudessem trocá-los pelos demais bens e serviços de que necessitavam.

Desde então as pessoas passaram a ter a possibilidade de viver com mais liberdade e qualidade de vida, uma vez que a sociedade pós-industrial, apesar dos aspectos negativos inerentes ao sistema capitalista, proporciona a seus membros um poder liberador: o consumo de um produto ou serviço de qualidade, produzido por um fornecedor especializado na atividade, tem a utilidade subjacente de tornar disponíveis o tempo e as competências de que o consumidor necessitaria para produzi-lo para seu próprio uso. Ou seja, o fornecimento de um produto ou serviço de qualidade ao consumidor tem o poder de liberar os recursos produtivos<sup>3</sup> que ele utilizaria para produzi-lo para uso próprio.<sup>4</sup>

Numa visão teleológica significa dizer que, nas relações de consumo em que a sociedade contemporânea se apoia, todo fornecedor tem a grande missão implícita<sup>5</sup> de liberar os recursos produtivos do consumidor – fornecendo produtos e serviços de qualidade que deem ao consumidor condições de empregar o seu tempo e as suas competências nas atividades de sua livre escolha e preferência, que geralmente são atividades existenciais.<sup>6</sup>

Juridicamente essa missão do fornecedor está fundada nos seus deveres legais de colocar, no mercado de consumo, produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade-adequação e qualidade-segurança; de dar informações claras e adequadas sobre seus produtos e serviços; de agir sempre com boa-fé; de não empregar práticas abusivas no mercado; de não gerar riscos ou causar danos ao consumidor; de sanar os vícios que seus produtos e serviços

---

<sup>3</sup> *Recursos produtivos* são o tempo e as competências (conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes) da pessoa necessário para o desempenho de qualquer atividade (DESSAUNE, 2017, p. 365).

<sup>4</sup> *Poder liberador* é uma utilidade subjacente do consumo que a sociedade contemporânea, por meio das relações de troca, proporciona a seus membros. Esse poder liberador consiste no fato de que o consumo de um produto ou serviço de qualidade, produzido por um fornecedor especializado na atividade, tem a capacidade de tornar disponíveis o tempo e as competências de que o consumidor necessitaria para produzi-lo para seu próprio uso. Ou seja, o fornecimento de um produto ou serviço de qualidade ao consumidor tem o poder de liberar os recursos produtivos que ele utilizaria para produzi-lo para uso próprio, assim permitindo que ele empregue o seu tempo e as suas competências liberados em outras atividades de sua livre escolha e preferência (DESSAUNE, 2017, p. 363).

<sup>5</sup> Sua verdadeira razão de existir.

<sup>6</sup> *Atividades existenciais* são aquelas que geralmente integram o projeto de vida das pessoas na sociedade contemporânea e que se mostram fundamentais ao desenvolvimento da sua personalidade e à promoção da sua dignidade, destacando-se estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, conviver socialmente, cuidar de si e consumir o essencial. Note-se que *trabalhar* tem tanto o sentido de auferir renda para se viver dignamente quanto o de servir o outro, seja para contribuir no desenvolvimento dele, seja para se realizar como ser humano (DESSAUNE, 2017, p. 354).

apresentem e de reparar os danos que eles e eventuais práticas abusivas causem ao consumidor, de modo espontâneo, rápido e efetivo.

Acrescente-se que a realização dessa missão basilar do fornecedor – que materializa o poder liberador da sociedade pós-industrial – está condicionada ao fato de que a interdependência que caracteriza e orienta a sociedade, resultante da especialização das pessoas que a compõem, seja vivida por cada uma com consciência, efetividade, equidade e responsabilidade.

Ocorre que inúmeros profissionais autônomos e liberais, empresas de diversos portes e o próprio Estado, em vez de atender o consumidor com qualidade – assim satisfazendo as suas necessidades, desejos e expectativas, promovendo o seu bem-estar, contribuindo para a sua existência digna e liberando os seus recursos produtivos –, corriqueiramente não realizam sua missão,<sup>7</sup> por despreparo, desatenção, descaso e/ou má-fé. Dito de outra maneira, incontáveis fornecedores, no lugar de cumprir os seus principais deveres jurídicos originários – de qualidade-adequação, de qualidade-segurança, de informação, de boa-fé, de não empregar práticas abusivas no mercado, de indenidade –, cotidianamente violam a lei, por ato culposo ou doloso.

Assim procedendo, tais fornecedores permitem ou contribuem para que se criem problemas de consumo representados pelo fornecimento de produtos ou serviços com vício ou defeito, ou pelo emprego de práticas abusivas no mercado. Trata-se de atos antijurídicos potencial ou efetivamente danosos ao consumidor, que frustram as legítimas expectativas e a confiança dele e ensejam o dever jurídico sucessivo do fornecedor de sanar o problema ou indenizar o consumidor espontânea, rápida e efetivamente.

Sucedem que muitos profissionais autônomos, empresas de menor porte e órgãos públicos, por ato culposo e sem a intenção de obter vantagem indevida, acabam não apresentando uma solução espontânea, rápida e efetiva para esses problemas de consumo, enquanto várias empresas nacionais e transnacionais de grande porte,<sup>8</sup> por ato doloso e com a intenção de auferir lucro extra mediante o sacrifício do consumidor, acabam se aproveitando do seu domínio

---

<sup>7</sup> A *missão geral* de qualquer fornecedor é promover o bem-estar, contribuir para a existência digna e possibilitar a realização humana do consumidor, bem como de eventuais empregados e sócios e da comunidade que o cerca, em função dos quais ele (fornecedor) existe. Já a *missão implícita* de todo fornecedor é liberar os recursos produtivos de que o consumidor necessitaria para produzir, para seu próprio uso, o produto ou serviço que o fornecedor oferece no mercado. Ou seja, é dar ao consumidor, por meio de um produto ou serviço de qualidade, condições de empregar o seu tempo e as suas competências nas atividades de sua livre escolha e preferência, que geralmente são atividades existenciais (DESSAUNE, 2017, p. 362).

<sup>8</sup> Refiro-me a tais empresas abstratamente.

do conhecimento e poder econômico para impor ao consumidor, veladamente, o próprio *modus solvendi*<sup>9</sup> desses problemas: utilizar-se das mais variadas justificativas ou artifícios para omitir, dificultar ou recusar sua responsabilidade por eles.<sup>10</sup>

Tal conduta desleal, não cooperativa e danosa desses grandes fornecedores comumente ainda é marcada pela habitualidade no mercado de consumo, lesando direito individual homogêneo<sup>11</sup> de uma coletividade determinada ou determinável de consumidores ligados por um fato comum, provocando um desequilíbrio na relação jurídica de consumo que coloca esse grupo de consumidores em situação de desvantagem exagerada<sup>12</sup> e gerando prejuízos coletivos que, entretanto, serão percebidos individualmente pelos consumidores.

Independentemente do porte do fornecedor, do seu grau de culpabilidade e do resultado que seu ato alcançar, a conduta de tentar atenuar, impossibilitar ou exonerar sua responsabilidade por problemas de consumo configura a prática abusiva (gênero) vedada pelos arts. 25, 39, V e 51, I e IV, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> *Modus solvendi* do problema é uma expressão que criei para designar o “modo” veladamente imposto pelo fornecedor de “solucionar” problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos, que se traduz na conduta desleal, não cooperativa e danosa, comumente ainda marcada pela habitualidade, pela qual o fornecedor se vale das mais variadas justificativas ou artifícios para atenuar, impossibilitar ou exonerar sua responsabilidade pelo problema que ele próprio permitiu ou contribuiu para que fosse criado no mercado. Esse *modus solvendi*, pelo qual o fornecedor subverte a ordem jurídica e veladamente tenta transferir para o consumidor os seus deveres e custos profissionais que decorrem do problema primitivo, de modo diverso do que o CDC estabelece, configura a prática abusiva (gênero) vedada pelos arts. 25, 39, V e 51, I e IV, do CDC (DESSAUNE, 2017, p. 362-363).

<sup>10</sup> Reporto-me aos problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos ao consumidor.

<sup>11</sup> Refiro-me, especialmente, aos direitos do consumidor de adquirir ou utilizar produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade-adequação e qualidade-segurança; de receber informações claras e adequadas sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado; de ser tratado sempre com boa-fé; de não ser alvo ou vítima de práticas abusivas; de não sofrer riscos ou danos; e de ter sanados, rápida, efetiva e integralmente, os vícios que produtos e serviços apresentem, bem como de ter reparados, de igual modo, os danos que produtos e serviços ou que eventuais práticas abusivas causem.

<sup>12</sup> Ao transferir veladamente para esses consumidores, de modo incompatível com a boa-fé e a equidade, os deveres e os custos que o CDC atribui exclusivamente aos fornecedores.

<sup>13</sup> Entre as práticas abusivas (gênero) expressamente proibidas pelo CDC, ressaem as cláusulas abusivas (espécie) que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos [...]” (art. 51, I) e as que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 51, IV). O art. 39, V, acrescenta que “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”, enquanto o art. 25 fixa que “é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuem a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores” – que versam sobre a qualidade de produtos e serviços, bem como sobre a prevenção e reparação de danos.

Ao se esquivar de resolver o problema primitivo em prazo compatível com a real necessidade do consumidor, com a utilidade do produto ou com a característica do serviço, o fornecedor consome tal prática abusiva e gera para o consumidor duas novas alternativas de ação, que são indesejadas: assumir o prejuízo ou tentar, ele mesmo, solucionar a situação lesiva. Ademais, ao confrontar o consumidor com essas novas alternativas de ação que, apesar de indesejadas, mostram-se prioritárias, necessárias ou inevitáveis naquele momento, o fornecedor restringe a possibilidade de escolha do consumidor. Além disso, ao impor ao consumidor um prejuízo em potencial, iminente ou consumado, o fornecedor influencia a vontade do consumidor.

Consequentemente, o fornecedor faltoso induz o consumidor prejudicado a tomar uma decisão sob a influência inevitável de fatores incontroláveis, a renunciar a alguns de seus direitos especiais tutelados pelo CDC e a se submeter ao *modus solvendi* do problema que o próprio fornecedor veladamente impõe, que traduz a vontade interna dele.

Esse comportamento antecedente do consumidor – tomar a decisão, forçado pelas circunstâncias, de renunciar a alguns de seus direitos de consumidor e assim se submeter ao *modus solvendi* do problema – contraria a sua vontade e evidencia uma renúncia antijurídica à sua plena liberdade de escolha e de ação no mercado de consumo, visto que o consumidor só poderia abdicar da sua liberdade negativa na presença de uma lei legítima<sup>14</sup> ou de outro motivo jurídico suficiente<sup>15</sup> que assim autorizasse ou determinasse, jamais por força das circunstâncias. Acontece que o CDC e a vulnerabilidade do consumidor por ele tutelada são, respectivamente, a lei legítima e o motivo jurídico suficiente aplicáveis à situação, os quais por um lado autorizam que os fornecedores sofram restrições ou limitações legítimas à sua liberdade de ação empresarial e, por outro, não permitem que o consumidor sofra restrições ou limitações arbitrárias à sua liberdade de escolha e à sua igualdade de contratação

---

<sup>14</sup> José Afonso da Silva explica que qualquer restrição à liberdade de ação em geral ou liberdade-matriz das pessoas só pode ser imposta por “lei legítima”, que é aquela emanada do Poder Legislativo formado pelo consentimento popular e elaborada em conformidade com o processo legislativo constitucional (SILVA, 2007, p. 236).

<sup>15</sup> Robert Alexy sustenta que a “liberdade negativa” (ou possibilidade de escolha) de uma pessoa só é restringível na presença de “razões suficientes”, pois a liberdade negativa, enquanto princípio, “não outorga uma permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer; ele tão-somente sustenta que todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição na liberdade negativa”. Alexy enfatiza que o princípio da liberdade negativa exige um “motivo suficiente” para que haja qualquer restrição à liberdade, por mais insignificante ou menor que seja esse motivo. Senão ocorreriam restrições arbitrárias à liberdade, ou seja, até “nas pequenas coisas o indivíduo poderia ser submetido a toda forma de chicanas sem fundamento” (ALEXY, 2008, p. 357-358).

no mercado de consumo. Dito de outro modo, o apontado comportamento do consumidor implica violação ao direito fundamental à liberdade de ação em geral, que é sustentado pelo princípio da dignidade humana.

## 2. Configuração, fundamentos, inter-relações e consequências jurídicas do desvio produtivo do consumidor e arbitramento do dano extrapatrimonial decorrente

Não lhe restando uma alternativa de ação melhor no momento,<sup>16</sup> e tendo noção ou consciência de que ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes,<sup>17</sup> o consumidor, impelido por seu estado de carência<sup>18</sup> e por sua condição de vulnerabilidade, despende então uma parcela do seu tempo, adia ou suprime algumas de suas atividades planejadas ou desejadas, desvia as suas competências dessas atividades e, muitas vezes, assume deveres operacionais e custos materiais que não são seus. O consumidor comporta-se assim, ora porque não há solução imediatamente ao alcance para o problema, ora para buscar a solução que no momento se apresenta possível, ora para evitar o prejuízo que poderá advir, ora para conseguir a reparação dos danos que o problema causou, conforme o caso.

Essa série de condutas caracteriza o “desvio dos recursos produtivos do consumidor” ou, resumidamente, o “desvio produtivo do consumidor”,<sup>19</sup> fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor, sentindo-se

---

<sup>16</sup> A não ser submeter-se ao *modus solvendi* do problema que o próprio fornecedor veladamente impõe.

<sup>17</sup> Como reclamar e descansar, preocupar-se com um problema de consumo e divertir-se, aguardar atendimento em casa e trabalhar fora, em razão da aplicação, de modo direto ou por analogia, do princípio da impenetrabilidade da matéria às situações de desvio produtivo do consumidor. Disso resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro, suprimindo-se outra atividade.

<sup>18</sup> O termo *carência* designa o conjunto das necessidades, desejos e expectativas da pessoa. Ou seja, carências são as *necessidades* biológicas e culturais da pessoa, os seus *desejos* criados principalmente por técnicas de marketing, pela emulação social, pela perspectiva de obter diferentes formas de prazer e de realização, por alguns estados emocionais e por alguns distúrbios mentais e as suas *expectativas* geradas especialmente por informações, por promessas, por experiências, por valores morais e por direitos (DESSAUNE, 2009, p. 255-256).

<sup>19</sup> Inicialmente, denominei o fenômeno socioeconômico em análise “desvio *dos recursos* produtivos do consumidor”, por ser um nome mais completo e autoexplicativo. Porém, a necessidade de dispor de um nome menor e mais simples, tanto para o título do livro, quanto para as inúmeras citações ao longo da obra, levou-me a simplificá-lo e a reduzi-lo para “desvio produtivo do consumidor”. Note-se, contudo, que nessa nova expressão cunhada não empreguei o adjetivo “produtivo” para qualificar o *desvio* do consumidor como sendo um ato “producente” ou “improducente”. Diversamente, utilizei tal adjetivo em sua acepção de “relativo à produção”, indicando tão somente que, em situações de mau atendimento e de omissão, dificuldade ou recusa de responsabilidade pelo fornecedor, o consumidor se vê forçado a desviar seus *recursos* “que produzem” (tempo e competências) de suas atividades geralmente existenciais, objetivando enfrentar os mais variados problemas de consumo (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, 2009, s.v. produtivo).

prejudicado, gasta o seu tempo vital – que é um recurso produtivo – e se desvia das suas atividades cotidianas – que geralmente são existenciais.<sup>20</sup> Por sua vez, a esquiva abusiva do fornecedor de se responsabilizar pelo referido problema, que causa diretamente o evento de desvio produtivo do consumidor, evidencia a relação de causalidade existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante.

Tal comportamento principal do consumidor – desperdiçar tempo vital e se desviar de atividades existenciais – viola os seus mais legítimos interesses e configura uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida,<sup>21</sup> que é indisponível, bem como uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à educação, ao trabalho, ao descanso, ao lazer, ao convívio social, aos cuidados pessoais ou ao consumo – enquanto expressão individual, social ou coletiva da liberdade de ação em geral –, dos quais ninguém poderia abdicar por força de circunstâncias que aviltem o princípio da dignidade humana, que apoia esses direitos.

Ademais, aquele comportamento suplementar do consumidor – assumir deveres operacionais e custos materiais do fornecedor – viola os princípios do CDC e caracteriza uma renúncia antijurídica a alguns de seus direitos especiais, uma vez que o consumidor jamais poderia abrir mão desses direitos imperativos de ordem pública instituídos pelo CDC, nem mesmo por força das circunstâncias. Afinal de contas, a vulnerabilidade do consumidor tutelada pelo CDC é o fundamento dessa proteção inderrogável de índole constitucional. Dito de outra maneira, o indicado comportamento do consumidor implica ofensa ao CDC e à vulnerabilidade do consumidor por ele tutelada, que são respaldados pelo direito fundamental à proteção do consumidor.

Ao sucumbir ao *modus solvendi* do problema veladamente imposto pelo fornecedor, o consumidor incorre então, independentemente do resultado do seu esforço, na perda definitiva de uma parcela do seu tempo total de vida, na alteração prejudicial do seu cotidiano ou do seu projeto de vida e na instalação em sua vida de um período de inatividade existencial, o que configura a lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora. Esse bem e esse interesse jurídicos, respectivamente, estão sintetizados na expressão existência

---

<sup>20</sup> Repita-se que as principais atividades existenciais, que na sociedade contemporânea se dirigem ao desenvolvimento da personalidade e à promoção da dignidade das pessoas, são estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, conviver socialmente, cuidar de si e consumir o essencial.

<sup>21</sup> Se o tempo é o suporte implícito da existência humana, isto é, da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, é possível concluir que o tempo vital, existencial ou produtivo é um dos objetos do direito fundamental à vida.

digna e tutelados no âmbito do direito fundamental à vida, que por sua vez é sustentado pelo valor supremo da dignidade humana. O tempo vital, existencial ou produtivo, enquanto suporte implícito da própria vida, também é um atributo integrante da personalidade resguardado no rol aberto dos direitos da personalidade.

Diante dessas constatações, a jurisprudência tradicional – segundo a qual a *via crucis* percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, representa “mero dissabor ou aborrecimento” e não um dano moral indenizável – revela um raciocínio erigido sobre premissas equivocadas que, naturalmente, conduzem a essa conclusão falsa. A primeira de tais premissas é que o conceito de dano moral enfatizaria as consequências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para se centrar no bem ou interesse jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era a dor, o sofrimento, a humilhação, o abalo psicofísico, e se tornou qualquer atributo da personalidade humana lesado. A segunda é que, nos eventos de desvio produtivo, o principal bem ou interesse jurídico atingido seria a integridade psicofísica da pessoa consumidora, enquanto, na realidade, são o seu tempo vital e as suas atividades existenciais. A terceira é que esse tempo existencial não seria juridicamente tutelado, enquanto, na verdade, ele se encontra resguardado tanto no elenco exemplificativo dos direitos da personalidade, quanto no âmbito do direito fundamental à vida.

Por conseguinte, ao precisar enfrentar tais problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos, o consumidor sofre necessariamente um dano extrapatrimonial que tem efeitos individuais e potencial repercussão coletiva, que, sendo um dano certo, imediato e injusto, é indenizável *in re ipsa*. Na perspectiva da melhor doutrina atual, a lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida, enquanto atributo da personalidade humana, caracteriza o dano moral, ao passo em que a lesão antijurídica às atividades existenciais da pessoa consumidora configura o dano existencial. Ocorre que a vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem. Consequentemente, um evento de desvio produtivo traz como resultado para o consumidor, acima de tudo, um dano existencial.<sup>22</sup>

Esse prejuízo extrapatrimonial ocorre como consequência de dois fenômenos imutáveis: o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode

---

<sup>22</sup> *Dano existencial* é a lesão a qualquer atividade existencial humana, que precisa ser modificada ou suprimida em decorrência de uma interferência externa injustificada na liberdade de ação da pessoa, resultando em uma alteração danosa do seu modo de ser, do seu cotidiano e/ou do seu projeto de vida (DESSAUNE, 2017, p. 356-357).

ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas;<sup>23</sup> e ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes, do que resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro suprimindo-se outra atividade.<sup>24</sup> Ou seja, o dano em questão resulta da lesão ao tempo vital do consumidor que, enquanto bem econômico escasso e inacumulável, nessa situação sofre um desperdício irrecuperável; do mesmo modo, tal dano decorre da lesão a qualquer atividade planejada ou desejada do consumidor que, enquanto interesse existencial suscetível de prejuízo quando deslocado no tempo, nessas circunstâncias sofre uma alteração danosa inevitável.

Por outro ângulo, considerando-se que “o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade” e que “a pena é tempo e o tempo é pena [, isto é, que] pune-se através da quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena”,<sup>25</sup> pode-se dizer que o fornecedor, ao se encontrar em posição de vantagem para impor ao consumidor vulnerável o próprio *modus solvendi* do problema de consumo que criou, tem o poder de transformar em pena (“castigo”) o tempo que o consumidor precisa gastar tentando solucionar tal situação nociva. Em geral é essa a percepção (ou o sentimento) do consumidor.<sup>26</sup>

Uma pesquisa empírica que realizei numa faculdade de Vitória/ES, no ano de 2008, revelou que, quando precisa resolver os problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, a maior parte dos respondentes (33,8%) o faz desviando-se do “trabalho”, 21,2%, afastando-se dos “estudos”, e 20,7%, apartando-se do “descanso”. Perguntados sobre como valorizam o seu “tempo”, nenhum entrevistado o desmereceu. Resultado: 52,2% o consideraram “muito importante” e outros 46,2% o classificaram como “um bem/recurso fundamental na vida”. Ao serem questionados sobre “o que essas situações de desvio de atividades e de desperdício de tempo representam”, apenas 7,5% disseram que tais situações representam um “mero dissabor ou um contratempo normal na vida de qualquer pessoa”, enquanto 92,5% dos respondentes consideraram que se trata de “algum tipo de dano efetivo, que deveria ser punido e/ou indenizado”<sup>27</sup> –,

<sup>23</sup> Veja DESSAUNE, 2017, itens 9.2 e 9.3.

<sup>24</sup> Veja DESSAUNE, 2017, item 12.1.

<sup>25</sup> LOPES JR., 2009, p. 142-143.

<sup>26</sup> Veja DESSAUNE, 2017, item 9.6.

<sup>27</sup> Veja DESSAUNE, 2017, capítulo 15.

reforçando a percepção de que a jurisprudência tradicional brasileira não se sustenta.

Ademais, tendo assumido os deveres operacionais e custos materiais do fornecedor para buscar uma solução ou reparação para o problema lesivo, o consumidor em princípio também incorre em alguma diminuição patrimonial efetiva. Tal prejuízo patrimonial evidencia a lesão antijurídica à propriedade privada, que abrange uma série de bens materiais constitucionalmente tutelados.

Logo, o consumidor também sofre algum dano emergente, que, sendo certo, imediato e injusto, é ressarcível mediante comprovação. O consumidor pode ainda sofrer algum lucro cessante, igualmente reparável à face de comprovação.

Paralelamente aos danos suportados pelo consumidor, o fornecedor, ao subverter a ordem jurídica objetivando transferir para o consumidor os deveres e os custos profissionais que decorrem do problema primitivo, em princípio auferir um lucro extra e injustificado, portanto, antijurídico.

Nos casos em que megaempresas capitalistas ainda se aproveitam, de má-fé, da sua supremacia no mercado para submeter uma coletividade de consumidores ao *modus solvendi* dos problemas de consumo que elas próprias criam, tanto os danos indenizáveis sofridos individualmente pelo consumidor, quanto o enriquecimento injustificado alcançado de modo antijurídico pelo fornecedor, resultam, em última análise, da exploração abusiva do tempo vital da pessoa vulnerável pelo sujeito em posição de vantagem na relação de consumo.<sup>28</sup>

A denominação do novo instituto jurídico como “responsabilidade civil pela perda do tempo livre ou útil” mostra-se inadequada e incompleta. Inadequada porque, na vida agitada e ocupada de hoje, “tempo livre” traduz a ideia mais restrita do “tempo que sobra” depois que se realizam as atividades necessárias ou preferidas, ao passo em que “tempo útil” pode carregar a ideia enganosa de que existe algum “tempo inútil” à vida humana. Incompleta porque, ao ocasionar um evento de desvio produtivo, o fornecedor torna-se responsável não só pelo prejuízo do tempo (bem jurídico) desperdiçado pelo consumidor, como também pela alteração danosa das suas atividades planejadas ou desejadas (interesses jurídicos) – ou seja, pela alteração danosa da sua vida. Portanto,

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, Marx sustenta que, na nascente sociedade industrial, o lucro originava-se da exploração do tempo de trabalho dos trabalhadores assalariados pelos empresários capitalistas, conforme sua Teoria da Mais-valia (MARX, 1996, livro I, tomo 2, p. 138). Hodiernamente constato que, na sociedade de massas pós-industrial, a exploração abusiva do tempo vital dos consumidores vulneráveis é uma das novas formas de lucro de mega-fornecedores capitalistas.

classifico esse tempo pessoal do consumidor de “tempo vital, existencial ou produtivo”, enquanto designo o novo instituto em apreço de “Responsabilidade Civil por Desvio Produtivo do Consumidor”.<sup>29</sup>

Mediante a ressalva de que os profissionais liberais respondem subjetivamente pelo fato do serviço, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC, os requisitos ou pressupostos necessários para que o fornecedor faltoso possa ser civilmente responsabilizado pelo Desvio Produtivo do Consumidor, independentemente da existência de culpa, são estes: (1) o problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor; (2) a prática abusiva do fornecedor de se esquivar da responsabilidade pelo problema de consumo; (3) o fato ou evento danoso de desvio produtivo do consumidor; (4) o nexo causal existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante; (5) o dano extrapatrimonial de índole existencial sofrido pelo consumidor; e, eventualmente, (6) o dano emergente e/ou o lucro cessante sofrido pelo consumidor (requisito facultativo); e (7) o dano coletivo (requisito facultativo).

No arbitramento da indenização do dano extrapatrimonial, a jurisprudência atual destaca dois critérios a serem utilizados: o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do evento danoso. O primeiro valoriza o bem ou interesse jurídico atingido pelo evento danoso, enquanto o segundo considera as circunstâncias especiais do caso concreto, sendo de especial interesse aqui a culpabilidade do agente e a condição econômica do ofensor.

Assim, ao arbitrar a indenização do dano extrapatrimonial de cunho existencial decorrente de desvio produtivo do consumidor, o juiz, verificando que o caso envolve um grande fornecedor que notoriamente lesa consumidores de modo intencional e reiterado, deve considerar o grau de culpa e a condição econômica desse agente ofensor, elevando o valor da indenização casuisticamente para que sejam alcançados não só o efeito satisfatório e o punitivo da condenação, como, também, o seu efeito preventivo.

Ademais, constatando que o caso versa sobre danos de massa discutidos em ação coletiva, que inicialmente é despessoalizada, o juiz pode calcular o *quantum* indenizatório tomando como base o valor médio da riqueza nacional produzida por cada pessoa economicamente ativa,<sup>30</sup> em períodos incrementais de uma hora. Em 2015, esse valor oficial de referência era de R\$ 6,49.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Veja DESSAUNE, 2017, item 9.4 e capítulo 16.

<sup>30</sup> Trata-se do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro dividido pela População Economicamente Ativa (PEA) do país.

<sup>31</sup> Veja DESSAUNE, 2017, capítulo 17.

Diversamente, nas ações individuais em que o caráter pessoal da demanda desaconselha a padronização, o juiz, ao arbitrar a indenização, deve levar em conta e valorar casuisticamente o bem ou interesse jurídico atingido por um evento danoso de desvio produtivo do consumidor, notadamente o tempo vital e as atividades existenciais da pessoa consumidora.

Saliente-se que, em geral, a não responsabilização civil do fornecedor por desvio produtivo do consumidor acarreta consequências perniciosas de ordem prática, destacando-se o estímulo transmitido no mercado de que tais eventos danosos podem ser livremente gerados e proliferados pelos fornecedores; a banalização que a sociedade acaba conferindo a essas situações nocivas, o que deixa os fornecedores ainda mais à vontade para multiplicá-las no mercado; o aumento gradual do nível de frustração, de irritação e de estresse do consumidor, que continua submetido cotidianamente a esses fatos lesivos, mesmo não sendo legal nem materialmente responsável pela solução dos problemas que deram origem a eles; e o afastamento do consumidor da sua realização pessoal, o que impacta na felicidade que cada pessoa procura conquistar ao longo da vida.

### **3. Conclusão: a jurisprudência equivocada do mero aborrecimento**

Em suma, na sociedade contemporânea todo fornecedor tem a grande missão implícita de liberar o tempo e as competências do consumidor, dando-lhe, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições de se dedicar àquelas atividades que, a seu juízo, conduzam à realização pessoal e à conquista da felicidade. Caso o fornecedor, inversamente, descumpra sua missão e a lei, forneça ao consumidor um produto ou serviço defeituoso (ou empregue uma prática abusiva no mercado), esquite-se de resolver tal problema de consumo que criou e assim gere um evento de desvio produtivo do consumidor, deve ser civilmente responsabilizado a indenizar o dano existencial que causou, independentemente da existência de culpa,<sup>32</sup> tanto para compensar o consumidor prejudicado, quanto para prevenir a reiteração dessa conduta lesiva.

Afinal, enfatize-se, o tempo é o suporte implícito da vida, que dura certo período e nele se desenvolve, e a vida constitui-se das próprias atividades

---

<sup>32</sup> Ressalvem-se os profissionais liberais, que estão fora da regra geral da responsabilidade objetiva do Direito do Consumidor. De acordo com o art. 14, § 4º, do CDC, esses profissionais só serão responsabilizados mediante a verificação de que agiram com culpa ou dolo.

existenciais que nela se sucedem. Esse tempo vital tem valor inestimável, visto que é um bem econômico escasso que não pode ser acumulado, nem recuperado ao longo da vida. Por sua vez, as atividades existenciais não admitem adiamentos nem supressões indesejados, uma vez que são interesses suscetíveis de prejuízo inevitável quando deslocados no tempo. No Brasil, a expectativa de vida ao se nascer no ano de 2015 era de 75,5 anos. Significa dizer que o maior, o mais valioso e o verdadeiro capital de toda pessoa, que por meio de escolhas livres e voluntárias pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, são esses 75,5 anos, 27.557 dias ou 661.380 horas de vida do brasileiro.

Por tudo isso, está equivocada a jurisprudência que afirma que a *via crucis* percorrida pelo consumidor, ao enfrentar problemas de consumo potencial ou efetivamente danosos criados pelos próprios fornecedores, representa “mero dissabor ou aborrecimento” e não um dano extrapatrimonial ressarcível.

#### 4. Referências

DESSAUNE, Marcos. Resumo sistematizado e conclusão da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. In: \_\_\_\_\_. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. cap. 19, p. 270-280.

## ARTIGO XII

# Da decisão-surpresa no Processo Civil

### *Of the surprise decision in the Civil Procedure*

---

FERNANDO GONZAGA JAYME

*Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Especialista em Relações Internacionais pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual pela UFMG. Diretor e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado. E-mail: fjaymeadv@uol.com.br*

RENATA CHRISTIANA VIEIRA MAIA

*Mestra em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos e Doutora em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG. Advogada. E-mail: renatacvmaia@hotmail.com*

CIRILO AUGUSTO VARGAS

*Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da UFMG. Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Defensor Público do Estado de Minas Gerais. E-mail: cirilo.vargas@gmail.com*

**Resumo:** O trabalho tem como objetivo a investigação sobre a decisão-surpresa no Processo Civil, prática vedada pelo CPC. O conceito tradicional de contraditório, associado à bilateralidade de audiência, é insuficiente para representar a garantia constitucional em toda a sua extensão. A dialética processual traduz o poder do qual as partes são investidas, na condição de protagonistas, a fim de influenciar o provimento jurisdicional. Logo, não coaduna com o Estado Democrático de Direito a inovação judiciária no ato de decidir, seja a respeito de questão fática, normativa ou jurisprudencial. A partir dessa premissa será analisada a juridicidade das hipóteses nas quais a proibição da decisão-surpresa é relativizada, assim como as situações em que a vedação gera dificuldades do ponto de vista prático.

**Palavras-chave:** Devido processo legal; Princípio do contraditório; Poder de influência sobre o provimento; Vedação da decisão surpresa; Inovação decisória ilegítima.

*Abstract: The purpose of the paper is to investigate the surprise decision in Civil Procedure, a practice forbidden by the CPC. The traditional concept of contradictory, associated with the bilaterality of audience, is insufficient to represent the constitutional guarantee in all its extension. The procedural dialectic translates the power of which the parties are invested, as protagonists, in order to influence the jurisdictional provision. Therefore, it is not compatible with the Democratic State of Right the judicial innovation in the decision-making, whether on a factual, normative or jurisprudential question. From this premise will be analyzed the legality of the hypotheses in which the prohibition of the surprise decision is relativized, as well as situations in which the fence generates difficulties from the practical standpoint.*

**Keywords:** *Due process of law; Principle of adversary; Power of influence over the provision; Fence of the surprise decision; Illegitimate innovation in decision-making.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Superação do contraditório “estático-formal e o liame entre a cooperação e a dialética processual; 3. A regra do art. 10 do CPC/2015 constitui inovação do sistema processual brasileiro?; 4. A cláusula geral proibitiva da decisão-surpresa e a sua relativização pelo próprio CPC; 5. Análise do art. 10 do CPC a partir de recente julgado do STJ: considerações sobre o princípio da autorresponsabilidade das partes; 6. Outras questões polêmicas sobre a proibição da terceira via; 7. Conclusão; 8. Referências.

## 1. Introdução

Há várias décadas as democracias consolidadas têm revelado preocupação em assegurar constitucionalmente garantias processuais fundamentais, viabilizando a concretização de um núcleo duro de proteção dos indivíduos contra o arbítrio. No século XX, especialmente no período pós-Segunda Guerra Mundial, diversos instrumentos normativos supranacionais de proteção de Direitos Humanos fizeram menção à cláusula do processo justo, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 (art. 10º), da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1953 (art. 6º) e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969 (art. 8º). Constituem alicerces do *fair trial* os princípios do contraditório e da ampla defesa, além da fundamentação (jurídica e racional) das decisões jurisdicionais.

O processo civil constitui procedimento dialeticamente organizado, cujos participantes atuam em posição simétrica. Ele tem “estrutura dialéctica ou polémica, pois que assume a natureza de um debate ou discussão entre as partes”. Logo, são “traves mestras do processo o princípio do contraditório e o da igualdade das partes (igualdade de armas).” (PORTUGAL, 2000). Como bem pontua Felipe Martins Pinto (2016, p. 84), “a justiça da decisão pressupõe

a justiça do procedimento”, eis que, se o provimento for resultante de violação a direito fundamental, “o ato de poder jurisdicional, ao invés de meio de tutela, se torna instrumento de risco para a coletividade”.

A chamada “decisão-surpresa” ou “decisão da terceira via” (terminologia utilizada pela doutrina italiana) é aquela baseada em fundamento fático ou de direito que não tenha sido previamente considerado pelas partes. O provimento é fruto de inovação jurisdicional, destoante da tese e da antítese processual. Há, nesse caso, nulidade decorrente da violação do contraditório, “ainda que a solução obtida possa ser a que mais se adequa a uma correcta e atinada decisão do litígio” (PORTUGAL, 2016).

O legislador brasileiro, atento à ideia de que o exercício do contraditório é vinculado ao dever de fundamentação jurídica das decisões judiciais (este liame fica evidente a partir do disposto no art. 489, §1º, IV, do CPC/2015), optou por tornar defeso o ato de decidir, em qualquer grau de jurisdição, “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (CPC/2015, art. 10)<sup>1</sup>.

Tudo indica que a vedação à sentença de terceira via é uma tendência mundial incontornável e o Brasil promoveu tardia regulamentação infraconstitucional da matéria. Ao elaborar este trabalho constatou-se que ao menos Itália (CPC, art. 101, 2), França (CPC, art. 16), Alemanha (ZPO, §139), Portugal (CPC, art. 3º, 3), Cabo Verde (CPC, art. 3º, 3), Angola (CPC, art. 3º, 3), Macau (CPC, art. 8º, 2) e Áustria (ZPO, §182<sup>a</sup>) já solidificaram, no âmbito normativo, a referida cláusula proibitiva.

A Alemanha, por exemplo, cuja lei processual civil (ZPO ou *Zivilprozessordnung*) é de 1879, inseriu em sua reforma processual de 1977 (§278, III) que o “o juiz só pode apoiar sua decisão em um aspecto jurídico considerado insignificante pela parte, ou que lhe tenha passado despercebido, se lhe tiver dado oportunidade de manifestar-se a respeito, salvo quando se tratar de uma questão meramente acessória” (OLIVEIRA, 1993, p. 37). Na versão atual da norma (2005) a proibição da decisão-surpresa impede a inovação jurisdicional

---

<sup>1</sup> O contraditório é, assim, integrado pelos seguintes elementos: a) direito das partes à ciência, informação e participação no processo em simétrica paridade (dimensão estática ou formal); b) prerrogativa de influência e de controle das partes na construção do conteúdo da decisão judicial (dimensão dinâmica ou material); c) direito de as partes terem analisados e considerados os seus argumentos e provas, em correlação com o dever do órgão jurisdicional de efetivamente apreciar todas as questões deduzidas pelas partes, resolvendo o caso concreto unicamente com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento (dimensão participativa, na qual a motivação decisória é elemento do contraditório). (JAYME; FRANCO, 2014, p. 346-347).

em matéria *fática e de direito* (THEODORO JÚNIOR; NUNES, p. 2009, p. 131). Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 104) alude às lições dos alemães Rolf Bender e Christoph Strecker, juristas que há várias décadas já ponderavam que “(o) assim chamado julgamento-surpresa é um câncer na administração do Direito, desde que ele mina a confiança daqueles que procuram por justiça no Direito”.

Revela-se de suma importância pesquisar sobre a decisão-surpresa, porque no Brasil os estudos do tema levados a cabo são relativamente novos e estão longe de exaurir as inúmeras nuances práticas derivadas da aplicação do art. 10. Logo, as dúvidas superam em muito as certezas. Ademais, deve-se ter sempre em mente que o poder político estatal, institucionalizado sob a forma de três diferentes atividades ou funções (legislativa, administrativa e judiciária), submete-se a uma questão essencial: o problema da organização. Esta é alcançada mediante o controle do seu exercício coercitivo por aqueles submetidos às decisões estatais, “o que se faz impossível sem crescente representatividade, informação e participação” (PASSOS, 2000, p. 55).

## **2. Superação do contraditório “estático-formal” e o liame entre a cooperação e a dialética processual**

É premissa fundamental para o estudo da decisão de terceira via a constatação da insuficiência da noção de contraditório como “princípio da audiência bilateral” (resumido ao binômio ciência/reação), comumente abordado sob a perspectiva “estática” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 69) de que “ao réu terá que ser garantida a oportunidade de defender-se” (SANTOS, 1967, p. 387). Segundo o professor José Lebre de Freitas, tal garantia se concretiza

mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo (FREITAS, 1996, p. 96-97).

Longe de constituir exercício de retórica, compreender o contraditório como poder de influência revela que, no caso concreto, se a parte tiver condições de apresentar defesa, porém for impedida de provar sua argumentação, ao cabo ela terá bilateralidade de audiência, sem, contudo, possuir capacidade de influir no resultado da demanda. O “quase contraditório” ou “contraditório parcial” corresponde, na realidade, à negação completa da prerrogativa.

Dada sua condição de componente essencial do devido processo legal, o contraditório traduz-se em direito humano indissociável da atividade judiciária. A Constituição da República de 1988, visando ao gozo real da tutela jurisdicional, prescreve o princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo enfática ao assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). Há reprodução, no campo interno, da garantia prescrita pelo art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>2</sup>.

Na Europa, a partir do julgamento pela Corte Europeia de Direitos Humanos do caso Ruiz-Mateos v. Espanha (CEDH, 1993), em 23 de junho de 1993, firmou-se jurisprudência, baseando-se no art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>3</sup>, segundo a qual o direito a um processo equitativo inclui o direito a um processo contraditório. Posteriormente, o Tribunal de Estrasburgo aplicou o mesmo entendimento em McMichael v. Reino Unido (1995), Vermeulen v. Bélgica (1996), Lobo Machado v. Portugal (1996), Kress v. França (2001), Milatová e outros v. República Checa (2005) e Gaspari v. Eslovênia (2009). (CEDH, 2017, p. 54).

Na jurisprudência norte-americana é pacífica a vinculação do contraditório com a garantia do *due process of law*, a partir da interpretação da 5ª e da 14ª Emendas à Constituição. Colhe-se na Suprema Corte precedente formado no início do século XX (Roller v. Holly 176 U.S. 398, de 1900), no qual se decidiu: “Que um homem tenha direito a algum aviso antes que ele possa ser privado de sua liberdade ou propriedade é um axioma da lei para o qual nenhuma citação

---

<sup>2</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, 1: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

<sup>3</sup> Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 6º, 1: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

de autoridade daria peso adicional” (MALLET, 2014, p. 391). De fato, no que concerne à dinâmica da litigância civil nos Estados Unidos,

Além da apresentação do pedido perante a Corte, o requerente deve formalmente apresentá-lo ao reclamado, embora este possa renunciar à formalidade. Uma citação também deve ser apresentada ao reclamado para que este receba notificação formal de um processo que exige a sua resposta formal com relação ao pedido formalizado. A regra 4 das regras de processo civil apresenta orientações para os procedimentos de citação e petição. A orientação geral é que o procedimento deve dar ciência razoável para possibilitar ao reclamado tomar conhecimento de um processo existente contra ele (FINE, 2011, p. 100-101).

Em 2004 o STF deu importante passo no reconhecimento da extensão da garantia, após julgamento do MS nº 24.268/MG. Naquela altura o ministro Gilmar Mendes ponderou, com amparo na doutrina alemã, sobre a feição ampliada do princípio do contraditório, a partir da leitura da Constituição Federal, que envolve “não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar” (BRASIL, 2004).

Estabelecido o caráter tridimensional do contraditório, ficou fora de dúvida sua estreita ligação com outro princípio incorporado ao CPC/2015, qual seja, a cooperação processual.<sup>4</sup> Assim prescreve o art. 6º que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. O dever de cooperação deve ser observado por parte de cada um dos “intervenientes processuais em relação aos outros e deve ser exigida pelo juiz em relação a todos, a começar por si próprio” (PORTUGAL, 2015).

O postulado atribui ao juiz o dever de, em qualquer altura do processo, ouvir as partes e convidá-las a fornecer os esclarecimentos que se afigurem pertinentes (dever de informação, faceta do contraditório<sup>5</sup>, vislumbrando-se, portanto, a natureza constitucional do princípio da cooperação). Por essa razão o CPC de Macau, ao regulamentar mecanismo voltado para coibir a decisão-surpresa, fez iss sob a rubrica do princípio da cooperação, no art. 8º, 2, *in verbis*:

<sup>4</sup> O TJMG, no ano de 2007, já havia reconhecido que o princípio da cooperação é “corolário lógico do princípio do contraditório” (MINAS GERAIS, 2007).

<sup>5</sup> Não há aqui uma novidade. Há mais de três décadas Barbosa Moreira (1984, p. 65) já ponderava sobre a necessidade de permitir às partes “influir no desfecho do processo, tornando-lhes possível (...) uma colaboração prestada no trabalho de esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório a cuja luz tratará o juiz de reconstruí-los”.

O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência (MACAU, 1999).

Os sujeitos processuais são, portanto, interdependentes. O processo não pode ser concebido, nos dizeres de Oliveira (1993, p. 32), como “coisa das partes” (modelo privatístico-liberal do século XIX) nem como expressão do puro arbítrio judicial, mas sim como *garantia da sociedade* (RIBEIRO; SCALABRIN, 2009, p. 64). Em outras palavras, não há espaço para atuação do juiz como espectador inerte do combate, atitude esperada em um modelo adversarial puro. Na hipótese de o magistrado vislumbrar a necessidade de fundamentar a decisão com base em fato (ou norma) não submetido ao contraditório, deve provocar o debate com as partes (NUNES, 2012, p. 226), incidência do dever de consulta, oriundo do princípio da cooperação.

Resumindo, o espírito da nova construção processual civil assenta em uma ideia de direção ativa do processo por parte do juiz, no sentido de “ser dele exigível o cuidado de não se deixar ‘funcionalizar’, ou seja, de não tramitar, sem juízo crítico, o processo de acordo com a estrutura e marcha regra definidas abstratamente na lei” (PORTUGAL, 2015). (*sic*)

Não paira dúvida de que a dinâmica desencadeada pelo contraditório material demandará aumento do encargo judicial na direção dos processos. Observa Claudio Consolo (2009, p. 58) que o fracasso em conceder um espaço argumentativo-defensivo adequado às partes (resultante da omissão judicial em promover o debate tempestivo acerca da matéria de conhecimento oficioso) implica a recuperação necessária da dialética processual somente *a posteriori* (mediante decretação de nulidade do provimento). Portanto, a violação do contraditório conduz a uma regressão do procedimento cuja consequência direta é a morosidade. Para ele a obrigatoriedade de o juiz promover o diálogo com os litigantes servirá como uma *certificação do grau de preparo do órgão jurisdicional*<sup>6</sup> e encorajará um exame imediato e exato dos termos do processo.

É de bom alvitre frisar que a consulta prévia provocada pelo juiz não pode se confundir com uma atitude de paternalismo frente às partes, como se fosse correto pressupor hipossuficiência jurídica dos litigantes e houvesse

---

<sup>6</sup> Consolo (2009, p. 58) utiliza a expressão “*specchietto tornasole*”, que pode ser traduzida, em linguagem coloquial, como “prova dos nove”, ou seja, a confirmação segura de um determinado fato.

espaço para o exercício de individualidade carismática do magistrado, dando azo ao que François Géný chamou de “O fenômeno Magnaud” (GONÇALVES, 1992, p. 45). Ensina Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 45-46) que o juiz francês Magnaud, responsável por presidir o Tribunal de primeira instância de *Château-Thierry* entre os anos de 1889 e 1904, tornou-se célebre pelas suas decisões. Ele queria ser “o bom juiz favorável aos miseráveis e severo com os privilegiados. Não se preocupava com a lei, nem com a jurisprudência, nem com a doutrina, e se comportava como se fosse a reencarnação do direito”.

### **3. A regra do art. 10 do CPC/2015 constitui inovação do sistema processual brasileiro?**

Do ponto de vista normativo, a lei que regula a execução fiscal (Lei Federal nº 6.830/80), em dispositivo inserido no ano de 2004 (art. 40, §4º), determina que o juiz só pode reconhecer e decretar a prescrição intercorrente depois de ouvida a Fazenda Pública. A despeito de representar uma benesse processual exclusiva do Estado, a regra despontou como indicador de que mesmo a decisão sobre matéria de conhecimento oficioso obriga que seja franqueada à parte interessada a possibilidade de se manifestar antes da elaboração do provimento.

Sob a perspectiva da jurisprudência, o citado voto do ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do MS nº 24.268/MG, abordou em 2004 o direito de informação como aspecto do contraditório tridimensional, em inequívoca menção ao debate prévio provocado pelo juiz, associado ao princípio da cooperação.

A partir de tais premissas conclui-se que a proibição da decisão-surpresa já poderia ter sido concretizada mediante interpretação do princípio constitucional do contraditório (absolutamente louvável, não obstante, a inclusão da regra do art. 10). Como bem salientou a Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do CPC/2015 (ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2010, p. 23), “é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais”. O art. 10 traduz-se, dessa feita, em *regulamentação de prerrogativa constitucional* e não em inovação do sistema.

#### 4. A cláusula geral proibitiva da decisão de terceira via e sua relativização pelo próprio CPC

O disposto no art. 10 do CPC revela-se uma cláusula geral protetiva do contraditório porque há reprodução, em diversos pontos do Código, da regra segundo a qual a decisão jurisdicional deve sempre ser resultado da dialética efetivamente estabelecida entre as partes litigantes. Na hipótese de ocorrer distribuição dinâmica do ônus da prova, por exemplo, deve-se franquear à parte afetada a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 373, §1º), sendo que o juiz, depois de ouvidas as partes, poderá reconhecer a prescrição intercorrente e extinguir o processo (art. 921, §5º) e, se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem (art. 933).<sup>7</sup>

O Código, ao estipular um rol de precedentes (aparentemente) vinculantes (art. 927), consignou expressamente que os juízes e os tribunais “observarão” o disposto no art. 10 quando decidirem com fundamento em alguma modalidade de precedente referida no citado dispositivo legal (§1º). Não há dúvida, portanto, que a jurisprudência (dada sua atual força normativa), constitui fundamento jurídico, ao lado das questões fáticas e das puramente de direito, o que pode ensejar a decisão-surpresa.

Atenta-se que a vedação de decisões-surpresa não é absoluta. O próprio CPC estabelece situações em que a cláusula sofre relativização. O primeiro dispositivo a ser lembrado é o art. 332, que trata da improcedência liminar do pedido. Nesse caso, a lei não viabiliza à parte autora o exercício de poder de influência anterior à prolação da decisão, mas somente a possibilidade de fiscalização *a posteriori*, via recurso de apelação. Afasta-se o contraditório do postulante e não do réu. Tal regra já havia sido objeto de crítica formulada por Daniel Mitidiero (2007, p. 37), em comentário ao antigo art. 285-A<sup>8</sup> do Código Buzaid.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Podem ser elencados, a título exemplificativo, diversos dispositivos constantes no CPC que se destinam à preservação do contraditório material: art. 372 (utilização de prova emprestada condicionada à observância do contraditório no processo de origem e no processo de destino); art. 503, §1º, II (a questão prejudicial tem aptidão para produzir coisa julgada se a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo); art. 1013, §1º (ao tratar do efeito devolutivo da apelação, o CPC determina que o tribunal somente poderá apreciar as questões suscitadas e discutidas no processo); art. 1023, §2º (ao julgar os embargos de declaração, caso o juiz vislumbre a possibilidade de conceder-lhes efeito infringente, deverá viabilizar o contraditório da parte embargada).

<sup>8</sup> O antigo art. 285-A foi objeto de ADI nº 3.695 ajuizada em 2006 pelo Conselho Federal da OAB. A ação foi extinta em 2017 pela revogação do CPC/73 e pela ausência posterior de pedido de aditamento.

<sup>9</sup> Atualmente Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016, p. 988), assim como Mitidiero, também sustentam a inconstitucionalidade do art. 332 do CPC. Ao seu turno, o TST exarou, por meio da Instrução Normativa

O art. 487, parágrafo único, também traz disposição contrária à cláusula de proibição da sentença de terceira via. Ele dispõe que “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”. Faz-se menção à hipótese de improcedência liminar do pedido quando o juiz verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. É difícil vislumbrar razão para a ressalva. Ao contrário do art. 3º, 3, do CPC português<sup>10</sup>, a regra do art. 10 do Código brasileiro não é autorrelativizada. A opção do legislador no art. 487 destoava da sistemática do CPC, sem justificativa para tanto.

Ainda sob o prisma legislativo, deve ser objeto de crítica a disposição contida no art. 1.013, §3º (“Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito”). O dispositivo permite ao Judiciário proferir decisão “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar”, em desrespeito à regra do art. 10. Eis a ponderação feita por Humberto Theodoro Júnior sobre o tema:

Ora, se a parte vencida recorre pedindo apenas a anulação ou cassação da sentença que extinguiu o processo sem apreciação do mérito, não nos parece lícito ao tribunal o enfrentamento de questão de mérito que não tenha integrado o pedido do recorrente e, por isso, não tenha passado pelo contraditório da apelação (2015, p. 1.013).

A despeito da advertência doutrinária e dos riscos advindos para o devido processo legal, a jurisprudência do STJ aplica a teoria da causa madura com fundamento na economia e na celeridade processuais, sem exigência do contraditório prévio acerca do mérito (BRASIL, 2018).

O processo não necessita apenas de rapidez e não se legitima a jurisdição-relâmpago sustentada apenas por índices de produtividade, ante a flagrante ofensa ao poder de influência assegurado pelo contraditório. O mecanismo de prestação jurisdicional é sustentado por elos que asseguram a racionalidade democrática. A tutela do processo “efetua-se pelo império das previsões

---

nº 39/2016, entendimento segundo o qual o julgamento de improcedência liminar do pedido *excepciona a regra do art. 10* (BRASIL, 2016). O tribunal, aparentemente, entende pela constitucionalidade do art. 332. A IN 39 é objeto da ADI nº 5.516 ajuizada em 2016 pela ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

<sup>10</sup> O CPC português de 2013 traz regra outrora inserida pela reforma de 1995/96, constante em seu art. 3º, 3: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, *salvo caso de manifesta desnecessidade*, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.” (PORTUGAL, 2013). (Destaque nosso).

constitucionais”, tendo como premissa que “a lei não pode conceber formas que tornem ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição” (BARACHO, 1999, p. 89).

Acrescenta-se que, se o que está em xeque é a garantia constitucional da duração razoável do processo, a obediência à regra do art. 10 contribui para melhorar a qualidade das decisões e, nesse sentido, tende a *reduzir a interposição de recursos*, promovendo, ao fim e ao cabo, a celeridade e a efetividade do processo (NUNES, 2012, p. 243).

## **5. Análise do art. 10 do CPC a partir de recente julgado do STJ: considerações sobre o princípio da autorresponsabilidade das partes**

A jurisprudência também tem dado sua parcela de contribuição para minar a força normativa do disposto no art. 10. Em 2017 o STJ, quando do julgamento do REsp nº 1.280.825/RJ, ao apreciar questões inerentes à ação indenizatória (em cujo trâmite pelas instâncias ordinárias não houve divergência ou debate entre as partes acerca do prazo prescricional de três anos referente à pretensão veiculada), decidiu inovar a respeito da norma jurídica incidente no caso concreto (contrariando, inclusive, o posicionamento do próprio Judiciário exarado até então). Entendendo a Corte pela inexistência de norma que definisse prazo prescricional específico, aplicou o prazo decenal, regra geral do art. 205 do Código Civil. A parte afetada pela decisão do recurso especial sustentou em embargos de declaração:

Ao adotar fundamento jamais cogitado por todos aqueles que, até então, haviam-se debruçado sobre a controvérsia (partes e juízes), sem que sobre ele previamente fossem ouvidas as partes, o Colegiado desconsiderou o princípio da não surpresa (corolário do primado constitucional do contraditório - CF, art. 5º, LV), positivado no artigo 10 do CPC de 2015.

Em seu voto consignou a ministra Maria Isabel Gallotti (BRASIL, 2017):

O inconformismo dos embargantes reside na aplicação, na fase de julgamento da causa, após o conhecimento do recurso especial, de dispositivo legal que, realmente, não fora invocado pelas partes, a saber, o art. 205 (prescrição decenal), ao invés do art. 206, § 3º, V (prescrição trienal), ambos do Código Civil. Não se pode pretender, todavia, que o órgão jurisdicional deixe de aplicar uma norma ao caso concreto porque as partes, embora tratem do

tema, não a invocaram em seu recurso. O tema da prescrição foi amplamente debatido nas instâncias de origem e foi, inclusive, objeto de impugnação por recurso especial. Não se trata, pois, de novidade para as partes, nem ofensa ao chamado princípio da não surpresa.

(...)

Assim, pouco importa que as partes não tenham aventado a incidência do prazo decenal ou mesmo que estivessem de acordo com a incidência do prazo trienal. Houve ampla discussão sobre a prescrição ao longo da demanda e o tema foi objeto de recurso, tendo essa Turma, no julgamento da causa, aplicado o prazo que entendeu correto, à luz da legislação em vigor, conforme interpretada pela jurisprudência predominante na época para ações de responsabilidade civil por descumprimento contratual.

(...)

Penso que o “fundamento” ao qual se refere o art. 10 é o fundamento jurídico - causa de pedir, circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação, conforme art. 493 do CPC/2015) - não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria).

(...)

Os fatos da causa devem ser submetidos ao contraditório, não o ordenamento jurídico, o qual é de conhecimento presumido não só do juiz (*iura novit curia*), mas de todos os sujeitos ao império da lei, conforme presunção *jure et de jure* (art. 3º da LINDB).

(...)

A aventada exigência de que o juiz submetesse a prévio contraditório das partes não apenas os fundamentos jurídicos, mas também os dispositivos legais (fundamento legal) que vislumbrasse de possível incidência, sucessivamente, em relação aos pressupostos processuais, condições da ação, prejudiciais de mérito e ao próprio mérito, inclusive pedidos sucessivos ou alternativos, entravaria o andamento dos processos, conduzindo ao oposto da eficiência e celeridade desejáveis. Seria necessário exame prévio da causa pelo juiz, para que imaginasse todos os possíveis dispositivos legais em tese aplicáveis, cogitados ou não pelas partes, e a prolação de despacho submetendo artigos de lei - cujo desconhecimento não pode ser alegado sequer pelos leigos - ao contraditório, sob pena de a lei vigente não poder ser aplicada aos fatos objeto de debate na causa.

O problema suscitado é dos mais interessantes envolvendo a proibição da decisão de terceira via. Isso porque a inovação jurisdicional, nesse caso, é exclusivamente normativa. E também não pode ser considerada secundária, já que a decisão baseada no prazo prescricional decenal alterou completamente o desfecho do caso.

Frisa-se, de início, que o art. 10 coíbe a decisão-surpresa baseada em fundamento jurídico não sujeito ao contraditório (o legislador não fez distinção acerca da natureza jurídica da inovação no *decisum*). Além disso, é importantíssimo estabelecer uma premissa acerca da amplitude do debate processual que se busca preservar. Não parece que a Constituição Federal, quando protege o contraditório, faz isso em relação ao debate hipotético travado no curso do procedimento. Em outras palavras, o direito apto a ser invocado pelo magistrado como razão de decidir só pode ser o direito *efetivamente debatido* (MALLET, 2014, p. 394). Se o debate não ocorreu, ele deve ser provocado.

Raciocínio contrário esvazia o conteúdo da garantia constitucional e exige um improvável exercício de *futureologia* das partes acerca do entendimento judicial do que vem a ser o “melhor” ou “mais verdadeiro” direito. Eis a razão pela qual se reputa absurda a Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, especialmente no ponto em que prescreve o seguinte:

Não se considera “decisão surpresa” a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário (BRASIL, 2016).

O Superior Tribunal de Justiça, ao invocar o art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro restringiu a eficácia do art. 10, valendo-se do que Dino Buoncristiani (2010, p. 401) chamou de *princípio da autorresponsabilidade das partes*. Para o professor da Universidade de Pisa,

Mesmo antes de examinar a amplitude do termo “matéria de conhecimento oficioso” e, portanto, em que podem consistir as observações exigidas das partes, cabe salientar imediatamente o fato de que, pelo menos em termos gerais, não pode mais ser invocado o princípio da autorresponsabilidade para justificar a não provocação do contraditório pelo juiz. Foi argumentado que a questão de conhecimento oficioso não era secreta, eis que poderia ser deduzida dos atos do julgamento ou pertenceria ao conhecimento comum

do órgão jurisdicional e das partes. Portanto, se a parte não aproveitar a oportunidade para discutir a questão, deve arcar com as consequências do seu ato. Todavia, mesmo o silêncio é o resultado de uma escolha defensiva legítima. O respeito pelo princípio do contraditório exige que cada parte tenha a oportunidade de se defender adequadamente. (Tradução nossa).

O princípio da autorresponsabilidade foi invocado pelo STJ em razão da interpretação equivocada do velhíssimo brocardo segundo a qual “o juiz conhece o direito”. A concepção tradicional (e ultrapassada) do *iura novit curia* induz à conclusão de que existe uma divisão estanque entre o papel das partes e do órgão jurisdicional: aos litigantes caberia dar ao magistrado conhecimento sobre os fatos relevantes para o deslinde da causa. Em contrapartida, ficaria reservada ao juiz a tarefa de “dizer o direito”.

Todavia, conforme ressaltado, a independência entre os sujeitos processuais não coaduna com o princípio da cooperação (aliás, ela inviabiliza a concretização da chamada “comunidade de trabalho” no âmbito jurisdicional). São elucidativas as ponderações formuladas por Fritz Baur acerca do mencionado adágio jurídico. Após indagar se “o juiz tem o monopólio da aplicação do direito”, concluiu o jurista alemão:

É necessário que nos liberemos de uma concepção que remonta, provavelmente, à época do absolutismo esclarecido, do século XVIII, nos seus últimos anos, segundo a qual incumbe ao Tribunal exercer uma espécie de tutela, a fim de contribuir para a salvação das partes. Em processo civil o Tribunal deve resolver o litígio que as partes lhe tenham submetido, nem mais, nem menos. Onde as partes não estejam em contenda, inexistente lugar para uma decisão do juiz, mesmo que o Tribunal creia melhor ou mais interessante conhecer de pontos litigiosos, não trazidos a juízo, pelas partes. É, com base em tal condição, exclusivamente, que é possível estabelecer limites, razoavelmente, à responsabilidade do Tribunal. Ela não se estende senão ao domínio daquilo que as partes tenham submetido à decisão do juiz. Mesmo limitado assim, a responsabilidade do juiz subsiste. (...) A dicção *iura novit curia* não significa que o Tribunal disponha do monopólio da aplicação do direito: desconhecendo ou desprezando as conclusões das partes tendo em vista as normas jurídicas invocadas pelos litigantes (BAUR, 1976, p. 177).

O contraditório “dinâmico” pôs fim à máxima do *iura novit curia*. O juiz não tem legitimidade para continuar a ser o detentor da única e derradeira palavra sobre os fundamentos normativos para acolhimento ou rejeição do pedido formulado. O CPC/2015 tornou superado o entendimento de que o direito não debatido é bastante para constituir-se razão de decidir. O que se almeja é uma evolução da jurisprudência, a fim de ampliar o espectro do contraditório para reconhecer a essencialidade da efetiva participação em qualquer situação processual.<sup>11</sup>

Encerrando este tópico, vale pontuar que o STJ tem flexibilizado o disposto no art. 40, § 4º, da lei de execução fiscal, para manter as decisões que decretam a prescrição intercorrente sem oitiva prévia da Fazenda Pública quando esta, no recurso interposto contra a sentença de extinção do feito, “não demonstra o prejuízo suportado”.

A utilização da máxima segundo a qual não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*) demonstra clara tendência pretoriana de relativizar a proibição da decisão-surpresa mediante emprego da instrumentalidade das formas, visando à análise *in concreto* da violação do contraditório e não à sua constatação em tese.

## 6. Outras questões polêmicas sobre a proibição da decisão-surpresa

### a) Aplicabilidade do art. 10 do CPC ao Processo Penal

Uma das hipóteses concretas de decisão-surpresa no Processo Civil, coibidas pelo CPC, é a da sentença que julga o pedido com base em questão não debatida nos autos, apenas levantada em sede de memoriais por uma das partes (RIO GRANDE DO SUL, 2017). Como estender tal efeito do contraditório “dinâmico” ao Processo Penal, uma vez que da sua essência é que a defesa se manifeste sempre em último lugar, sob pena de afronta à isonomia?<sup>12</sup> Não causa estranheza, por exemplo, que o acusado sustente nas alegações finais as teses defensivas que reputar oportunas, independentemente de o MP não ter

<sup>11</sup> São descabidos, ante o raciocínio exposto neste item, os enunciados de número 2 e 3 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM (2015), contendo as seguintes redações: “Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015 o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanação daquele princípio.” (nº 2); “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.” (nº 3).

<sup>12</sup> À exceção do pronunciamento da Procuradoria de Justiça em 2ª instância – art. 610 do CPP – de duvidosa constitucionalidade.

condições de refutá-las antes da sentença. Segundo jurisprudência consolidada do STJ, “o pleno exercício do contraditório assegura à defesa o uso da palavra por último, no caso de realização de sustentação oral” (BRASIL, 2008). Em outras palavras, a reação e a capacidade argumentativa do Estado são sempre mitigadas no Processo Penal.

Seria possível sustentar a partir desse raciocínio que, em regra, a garantia da não surpresa é um benefício exclusivo do acusado, salvo em hipóteses teratológicas, como no uso do chamado “saber privado” pelo juiz, com o qual ele forma seu convencimento por meio de elemento de prova obtido fora dos autos, sem franquear às partes a chance de manifestação a seu respeito. Nesse caso não é difícil vislumbrar prejuízo argumentativo para a acusação. Desde que se entenda que o direito constitucional ao contraditório se estende ao Ministério Público, assim como ao réu. Então, é oportuno indagar: em prol de quem está modelado o sistema de garantias processuais penais previsto na Constituição? Do Estado ou do acusado?

O direito à ampla defesa no Processo Penal está inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>13</sup>, e a Constituição Federal assegura ao *acusado* “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Aury Lopes Júnior (2012, p. 1.134) é enfático ao pontuar que “o sistema de garantias constitucionais está a serviço do imputado e da defesa, não da acusação”. E mais:

Somente a compreensão dessa estrutura permite atingir a consciência de que o sistema de invalidades processuais funda-se na tutela do interesse processual do imputado. Toda a teoria dos atos defeituosos tem, como objetivo nuclear, assegurar o devido processo penal para o imputado. O exercício da pretensão acusatória (*ius ut procedatur*), como direito potestativo, deve ser limitado e não garantido. O poder deve ser limitado e legitimado pela estrita observância das regras do processo. [...] Não se trata de discurso de impunidade ou de “coitadismo”, como algum reducionista de plantão poderá dizer, senão de uma complexa estrutura de poder onde, para punir, deve-se garantir (LOPES JÚNIOR, p. 1.134).

É questionável a viabilidade de assegurar um direito humano de primeira geração (garantia constitucional *limitadora do arbítrio*) a um ente estatal despido de personalidade (órgão) e incumbido de zelar pelos interesses da coletividade,

---

<sup>13</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 11, 1: “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.

que litiga em posição de franca superioridade em relação ao processado. Afinal de contas, a própria dinâmica processual penal – ancorada na legalidade estrita e na presunção de inocência – é pensada para equacionar duas posições processuais sabidamente em descompasso. Diferentemente do Processo Civil, que lida com partes que, pelo menos em tese, atuam em igualdade de condições de exercer poder de influência sobre o *decisum* (a igualdade processual civil, vale lembrar, é *formal*. Há nítida posição de proeminência dos litigantes habituais (*repeat players*) (GALANTER, 1976, p. 937) e diametral inferioridade das pessoas pobres (FISS, 1983-1984, p. 1076) e sem defesa técnica em juízo (COLUMBIA LAW SCHOOL HUMAN RIGHTS INSTITUTE, 2014, p. 2-3).

b) Dever de consulta às partes e morosidade processual crônica

Sustentou-se anteriormente que a cláusula proibitiva da terceira via contribui – ao ensejar o dever de consulta prévio – para melhorar a qualidade das decisões. Nesse sentido, ela funciona como fator de redução do número de recursos, diminuindo a morosidade do trâmite processual. Sob esse ângulo de análise, o art. 10 do CPC pode contribuir muitíssimo para assegurar a duração razoável do processo.

Veja-se a situação sob o prisma oposto. Não é possível desconsiderar o número colossal de processos atualmente represados, devido, principalmente, à má funcionalidade dos serviços judiciais e ao ineficiente gerenciamento da máquina estatal (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 97).

Imagine-se, então, um processo aguardando sentença há mais de ano e ao analisá-lo, o juiz se depara com a necessidade de intimar as partes para se pronunciarem sobre questão até aquele momento não debatida. A busca pela preservação do contraditório, nessa hipótese, poderá conduzir ao sacrifício de outra prerrogativa fundamental, que é justamente a duração razoável do processo. Tal constatação não deve causar repúdio à regra do art. 10 (ou sua flexibilização). Há aqui tão somente um conflito aparente de princípios constitucionais, eis que, na prática, é pela

indiferença dos agentes judiciários aos prazos (impróprios) e ditames das leis procedimentais que se criam as conhecidas “etapas mortas” (tempo em que o processo “dorme” nos escaninhos dos cartórios, secretarias e gabinetes), causa imediata da longa e triste duração inadmissível dos feitos judiciais (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 99).

Uma falha não pode justificar outra mais grave. A ineficiência da máquina judiciária não pode levar o Estado a violar o contraditório. Tornar-se-ia cíclica e insolúvel a má gestão do interesse público. Não é o princípio da cooperação capaz, por si só, de solucionar o problema da morosidade crônica e, muito menos, do responsável por ela. A proibição da decisão-surpresa é apenas um componente no incremento da qualidade da prestação jurisdicional. Reitera-se a lição de Consolo (2009, p. 58), no sentido de que a obrigatoriedade de o juiz promover o diálogo com os litigantes servirá como uma certificação do seu grau de preparo e encorajará exame exato dos termos do processo.

De mais a mais, o princípio da duração processual razoável não é absoluto (assim como não são os demais princípios). Segundo adverte Francisco Rosito (2008 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 102), “o processo deve demorar exatamente o tempo necessário para atender a sua finalidade de resolver o conflito com justiça, outorgando-se o direito material a quem efetivamente o tem, sem deixar de respeitar o contraditório (...)”.

#### c) Adequação do art. 10 ao rito do mandado de segurança

Não se poderia deixar de abordar aqui, em breves linhas, sobre a possibilidade de realização do debate prévio pelo juiz no rito do mandado de segurança. Sabe-se que tal ação civil caracteriza-se por somente admitir prova literal pré-constituída, não comportando “a dilação probatória incidental, pois a noção de direito líquido e certo se ajusta ao conceito de fato incontroverso e suscetível de comprovação imediata e inequívoca” (BRASIL, 2014).

A norma que rege o *mandamus* (Lei Federal nº 12.016/2009) determina a notificação da autoridade coatora do conteúdo da petição inicial, para, no prazo de dez dias, prestar as informações (art. 7º, I). Sejam ou não as informações consideradas, a rigor, peça de defesa, é evidente que sua apresentação consubstancia exercício do contraditório e da ampla defesa. Logo, existindo contraditório no rito mandado de segurança, poderia ser aventada a tese de que, dadas as limitações trazidas pelo procedimento, restaria afastado o espaço para a consulta preventiva às partes, de forma a coibir a decisão-surpresa. Não se pensa assim. Em primeiro lugar, conforme sustentado anteriormente, não há contraditório parcial. Ele existe por completo ou não. Em segundo lugar, o fator tempo não parece ser empecilho ao bom julgamento do *writ*. Já decidiu o TRF da 1ª Região que

É do rito mandamental que ao juízo é dado o poder de requisitar as informações necessárias ao julgamento do ‘mandamus’ tantas vezes quanto se fizerem necessárias à busca da verdade real dos fatos sob a guarda e responsabilidade da Administração, que tem o dever de ofício de prestá-las sob pena do cometimento de infração criminal inclusive (BRASIL, 1999).

O diálogo do juiz com os litigantes não desnatura o rito do mandado de segurança. Nesse entendimento se baseia o Enunciado nº 235 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Aplicam-se ao procedimento do mandado de segurança os artigos 7º, 9º e 10 do CPC”. Prevalece a advertência de Freitas Câmara (2017, p. 104), no sentido de que decisões-surpresa podem ser evitadas “apenas se o dever de esclarecimento do tribunal é decisivamente expandido e institucionalizado em todo estágio do procedimento”.

## 7. Conclusão

Há muito a ser discutido e maturado a respeito da decisão *della terza via*. O que foi exposto dentro dos estreitos limites deste trabalho, sem pretensão de exaurimento da matéria, pode ser resumido por meio das assertivas seguintes.

1. Para compreender o defeito processual representado pela terceira via é preciso superar a concepção restritiva de contraditório (informação/reação), reconhecendo-o como poder de participar ativamente na elaboração do provimento jurisdicional.
2. A adoção tardia (se comparada com outras nações) pelo CPC da teoria do contraditório “dinâmico” ou material traduz regulamentação de princípios fundamentais previstos na Constituição. Nesse sentido, ela não inova o sistema processual brasileiro.
3. O art. 10 do CPC/2015 (cláusula geral de proibição da decisão-surpresa) expandiu a responsabilidade do magistrado na tarefa de condução processual e de elaboração das decisões. A obrigatoriedade de o juiz promover o diálogo com as partes certifica o grau de preparo do órgão jurisdicional e encoraja exame detido dos termos do processo.

4. Há no próprio Código de Processo Civil dispositivos de duvidosa constitucionalidade – a exemplo da improcedência liminar do pedido (art. 332) – que excepcionam a cláusula protetiva do art. 10, diminuindo o alcance do princípio do contraditório.

5. Quanto maior for o respeito pelo contraditório ao longo das etapas do procedimento, maior será a qualidade das decisões. O aumento da qualidade decisória reduz a chance de decretação posterior de nulidade e retrocesso do procedimento. Há, conseqüentemente, impacto positivo na duração razoável do processo.

6. O princípio da cooperação deriva do contraditório (direito de informação sobre o objeto do processo), logo, possui fonte constitucional.

7. A despeito do silêncio normativo, o fundamento que enseja a inovação jurisdicional (“terceira via”) pode ser fático, estritamente normativo ou jurisprudencial, tomando-se como base o sistema de precedentes consolidado pelo CPC/2015 (art. 927).

8. A Constituição Federal, ao fazer referência ao contraditório, alude ao debate efetivamente ocorrido e não ao hipoteticamente travado entre as partes. Conseqüentemente, o juiz não tem como constatar a irrelevância da manifestação dos litigantes *a priori*, ou seja, antes do debate.

9. O contraditório “dinâmico” levou à superação do adágio *iura novit curia*. O juiz carece de legitimidade para ser o detentor da única e derradeira palavra sobre os fundamentos normativos para acolhimento ou rejeição da pretensão.

10. Invocar o princípio da autorresponsabilidade das partes com base na ficção jurídica de que todos devem conhecer a lei viola o contraditório porque impõe aos litigantes o ônus intransponível de prever o “melhor direito” a ser empregado, sob a ótica do órgão julgador.

11. Considerando-se as peculiaridades do sistema processual penal, a proibição da decisão-surpresa é, em regra, uma garantia inerente ao acusado e não ao Ministério Público, que deve se manifestar por último no feito.

12. Percebe-se na jurisprudência brasileira tendência de relativizar a proibição da decisão-surpresa mediante emprego da instrumentalidade das formas, visando à análise *in concreto* da violação do contraditório e não à sua constatação em tese.

13. A morosidade processual crônica, causada pela gestão ineficiente da máquina judiciária, não pode justificar a mitigação do contraditório, como se a dialética fosse responsável pela crise da justiça brasileira.

## 8. Referências

ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 268 p., 2010. Disponível em: [<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>]. Acesso em: 23.5.2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, 1º e 2º sem. 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção “*iura novit curia*”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 3, p. 169-177, Jul./Set. 1976.

BRASIL. STF, Mandado de segurança nº 24.268/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie (Rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes), j. 5.2.2004. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br>]. Acesso em: 20.5.2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 29193 AgR-ED/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.12.2014, DJe de 18.2.2015. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br>]. Acesso em: 20.5.2018.

BRASIL. STJ. Agravo interno no agravo em recurso especial nº 1042172/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 21.3.2018, DJe 27.3.2018. Disponível em: [<http://www.stj.jus.br>]. Acesso em: 20.5.2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Embargos declaratórios no recurso especial nº 1.280.825/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.06.2017, DJe 1.8.2017. Disponível em: [<http://www.stj.jus.br>]. Acesso em: 20.5.2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso especial nº 966.462/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 7.8.2008. Disponível em: [<http://www.stj.jus.br>]. Acesso em: 15.5.2018.

BRASIL. TRF 1ª Região. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 1998.01.00.090220-8, 1ª Turma, Rel. Juiz Federal Luciano Tolentino Amaral, j. 23.2.1999, DJ 8.3.1999. Disponível em: [<https://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>]. Acesso em: 15.5.2018.

\_\_\_\_\_. TST. Instrução Normativa nº 39/2016. 10.3.2016. Resolução nº 203, de 15.3.2016. Disponível em: [<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>]. Acesso em: 9.6.2018.

BUONCRISTIANI, Dino. Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice. *Rivista di Diritto Procesuale*, Padova, anno LXV (Seconda serie), n. 2, Marzo-Aprile, 2010.

CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas. *Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais*. 378 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 218, Abr. 2013.

COLUMBIA LAW SCHOOL HUMAN RIGHTS INSTITUTE. *Equal access to Justice: ensuring meaningful access to counsel in civil cases, including immigration proceedings*. 2014.

CONSOLO, Claudio. *Codice di procedura civile commentato*. La riforma del 2009. Milano: Ipsoa Editore. 2009.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). Guia sobre o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: Direito a um julgamento justo (atualizado em 31 de dezembro de 2017). Estrasburgo: Conselho da Europa/ Corte Europeia de Direitos Humanos, 2017, p. 54. Disponível em: [[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf)]. Acesso em: 27.3.2018.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). Ruiz-Mateos v. Spain, 12952/87 (1993). Para acesso à íntegra da decisão: [<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57838>]. Acesso em: 27.3.2018.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Enunciados aprovados durante o Seminário “O Poder Judiciário e o novo CPC”, realizado no período de 16 a 28 de agosto de 2015. Disponível em: [<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>]. Acesso em: 15.6.2018.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. (Trad. Eduardo Saldanha). São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FISS, Owen M. Against Settlement. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1073–1091, 1983-1984.

GALANTER, Marc. *The duty not to deliver legal services*. *University of Miami Law Review*, v. 30, n. 4, p. 929–945, 1976.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

JAYME, Fernando Gonzaga e FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 227, p. 335/359, jan. 2014.

LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACAU, Código de Processo Civil. 10.8.1999. Decreto-Lei nº 55/99/M. Disponível em: [<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/40/codprocipt/>]. Acesso em: 22.11.2017.

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 389-414, jan./dez. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1.0702.06.284225-8/001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 8.5.2007, DJ 22.5.2007. Disponível em: [<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>]. Acesso em: 15.5.2018.

- MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 16 ed. São Paulo: RT, 2016.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Lei n.º 41, de 26.6.2013 (retificada pela Declaração de Retificação n.º 36, de 12.8.2013). Disponível em: [<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>]. Acesso em: 8.6.2018.
- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista n.º 6473/03.2TVPRT.P1.S1, 7ª Secção, Rel. António da Silva Gonçalves, j. 19.5.2016. Disponível em: [<http://www.dgsi.pt/>]. Acesso em: 23.5.2018.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 177/2000, 2ª Secção, Rel. Bravo Serra, j. 22.03.2000. Disponível em: [<http://www.dgsi.pt/>]. Acesso em: 20.5.2018.
- PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Apelação n.º 410/12.0 TBACN.E1, Rel. Sílvio Souza, j. 26.3.2015. Disponível em: [<http://www.dgsi.pt/>]. Acesso em: 22.5.2018.
- RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70074358979, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Heleno Tregnago Saraiva, j. 14.09.2017. Disponível em: [<http://www.tjrs.jus.br>]. Acesso em: 28.5.2018.
- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1967. v. 1.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 29, p. 83, mar/abr. 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, n.1, v. 2, p. 64-71, jan./jun. 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 168, fev. 2009.



## ARTIGO XIII

# As novas modalidades de produção antecipada da prova do Código de Processo Civil de 2015: o *discovery* “à brasileira”

*The new modalities of anticipated production of the proof of the Civil Procedure Code of 2015: the discovery in the brazilian way*

---

GLÁUCIO MACIEL GONÇALVES

*Professor adjunto de Processo Civil da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Fez estudos de Pós-Doutorado na Albert-Ludwigs-Universität, em Freiburg, Alemanha (2015-2016). Juiz federal em Belo Horizonte.*

MARCELO VEIGA FRANCO

*Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Visiting Scholar na Universidade de Wisconsin/EUA. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Milton Campos. Diretor Científico do Instituto de Direito Processual (IDPro). Procurador do Município de Belo Horizonte/MG. Advogado*

**Resumo:** A institucionalização de mecanismos de prevenção, gestão e resolução autocompositiva de controvérsias cíveis é uma tendência consolidada em sistemas jurídico-processuais que já alcançaram um nível avançado de desenvolvimento. Nessa linha, o Código de Processo Civil de 2015, em vigor no Brasil a partir de março de 2016, apresenta evolução ao instituir ferramentas destinadas a prevenir a judicialização desnecessária de disputas e a promover a solução consensual dos conflitos. Entre elas, as novas modalidades de produção antecipada da prova, previstas no artigo 381, incisos II e III, da citada codificação, merecem destaque na medida em que visam, justamente, viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, assim como justificar ou evitar o ajuizamento da ação principal. Trata-se, *mutatis mutandis*, da consagração do *discovery* “à brasileira”.

**Palavras-chave:** Produção antecipada da prova; Prevenção e resolução consensual de conflitos; *Discovery*; Código de Processo Civil de 2015.

**Abstract:** *The institutionalization of mechanisms for prevention, management and self-composed resolution of civil disputes is a consolidated trend in legal-procedural systems that have already reached an advanced level of development. In this way, the Civil Procedure Code of 2015, effective in Brazil from March 2016, has evolved by instituting tools designed to prevent the unnecessary judicialization of disputes and to promote the consensual solution of conflicts. Among them, the new modalities of anticipated production of the proof, provided for in article 381, items II and III, of the aforementioned codification, deserve to be highlighted as they aim, precisely, to enable self-composition or other appropriate means of conflict resolution, as well as to justify or avoid filing the main action. It is, mutatis mutandis, the consecration of the discovery in the Brazilian way.*

**Keywords:** *Anticipated production of the proof; Prevention and consensual resolution of conflicts; Discovery; Civil Procedure Code of 2015.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O exemplo do sistema processual dos EUA: a importância da fase pré-processual para prevenir a judicialização desnecessária de conflitos e estimular o emprego de meios adequados de solução de disputas; 2.1 O *discovery* como a mais importante técnica pré-processual; 3. A produção antecipada da prova no Código de Processo Civil de 2015: as novas modalidades como uma técnica adequada de prevenção e solução de conflitos; 4. Considerações finais; 5. Referências.

## 1. Introdução

A institucionalização de mecanismos de prevenção, gestão e resolução autocompositiva de controvérsias cíveis é uma tendência consolidada em países que já alcançaram um nível avançado de desenvolvimento. O sistema jurídico-processual dos Estados Unidos da América (EUA) é representativo desse modelo.

Naquele país, o emprego difundido dos *alternative dispute resolution* é uma realidade desde a segunda metade do século passado. Ademais, o amplo desenvolvimento de uma fase pré-processual (*pretrial*) consiste em um fator decisivo que favorece a diminuição da quantidade de controvérsias encaminhadas aos órgãos judiciários.

Já no Brasil, o atual Código de Processo Civil (CPC/2015), em vigor a partir de março de 2016, consagra a promoção e o estímulo à solução consensual dos conflitos como uma das *normas fundamentais* do processo civil brasileiro (artigo 3º, §§ 2º e 3º). A codificação nacional progride ao instrumentalizar ferramentas

processuais destinadas a prevenir a judicialização desnecessária de disputas e a incentivar a utilização de meios adequados de resolução de controvérsias.

Entre elas, as novas modalidades de produção antecipada da prova previstas no artigo 381, incisos II e III, do CPC/2015 consistem em exemplos emblemáticos. Ao ampliar as hipóteses de cabimento da produção antecipada da prova e prever outras situações então inexistentes na codificação anterior, o CPC/2015 inova positivamente ao possibilitar a antecipação da atividade probatória com os objetivos de viabilizar a autocomposição ou o emprego de outro meio adequado de solução de conflito, bem como de justificar ou evitar o ajuizamento da ação principal.

Nesse sentido, o presente artigo, a partir de uma análise comparativa com o sistema jurídico-processual dos EUA, visa examinar de que maneira as novas modalidades de produção antecipada da prova contribuem para a concretização das finalidades de prevenção e resolução consensual de conflitos. Ao que parece, a roupagem jurídica conferida pelo CPC/2015 à produção antecipada da prova, mais ampla em comparação com aquela estabelecida pelo Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), foi inspirada no direito comparado e aproxima o processo civil brasileiro, em certa medida, do sistema processual americano.

Nesse sentido que, *mutatis mutandis*, não é exagero afirmar que as novas modalidades de produção antecipada da prova consagram o *discovery* “à brasileira”.

## **2. O exemplo do sistema processual dos EUA: a importância da fase pré-processual para prevenir a judicialização desnecessária de conflitos e estimular o emprego de meios adequados de solução de disputas**

A cultura jurídica hoje prevalente nos EUA é baseada no desestímulo à judicialização dos conflitos. Como decorrência do movimento histórico denominado de *vanishing trial* (GALANTER, 2004, p. 459-570; GALANTER, 2006, p. 7-33), eclodido a partir da segunda metade do século XX como uma resposta à “explosão de litigiosidade” então existente (FRIEDMAN, 2004, p. 690; SARAT, 1985, p. 319-327), verificou-se no sistema processual americano a ocorrência de um fenômeno tendente ao desaparecimento – ou ao menos à redução drástica – da quantidade e do percentual de julgamentos nos órgãos judiciários. Atualmente, é possível afirmar que a sentença jurisdicional

adjudicatória, proferida no bojo de um processo judicial, não é o método principal de solução de controvérsias adotado nos EUA.

Esse contexto resulta em uma série de características tipicamente atribuídas ao sistema processual americano. Uma delas é justamente o desenvolvimento aprofundado de uma fase pré-processual (*pretrial*) que visa prevenir a judicialização desnecessária de conflitos, bem como estimular o emprego dos meios “adequados” de solução de disputas (*alternative dispute resolution*).<sup>1</sup>

Uma gama de eventos ocorridos nos EUA entre as décadas de 1960 e 1970 concorreu para o surgimento e a expansão do emprego dos *alternative dispute resolution*. Primeiramente, a criação e a ampliação de novos direitos – como os das minorias, das mulheres, dos consumidores, do meio ambiente, entre outros – demandou a operacionalização de novas técnicas de tutela jurídica pelos tribunais.

Também o aumento significativo de casos criminais exigiu que as cortes se esforçassem com vistas à diminuição do estoque de causas cíveis. Ademais, o estudo nas universidades acerca de outras formas de solução de disputas, além da adjudicatória, colocou pressão para que os tribunais revisassem as suas técnicas de julgamento (SCHNEIDER, 2006, p. 125).

Todavia, um dos fatos mais importantes para a difusão dos *alternative dispute resolution* nos EUA foi o projeto intitulado de *Multi-Door Courthouse System*, idealizado pelo Professor Frank Ernest Arnold Sander, da Faculdade de Direito de Harvard (SANDER, 1976).

De acordo com o referido projeto – comumente traduzido para o português como Sistema de Tribunal Múltiplas Portas ou simplesmente Sistema Multiportas –, cabe aos tribunais judiciários fornecer aos seus usuários uma série de métodos adequados de solução de conflitos, além do método heterocompositivo clássico, em que o juiz impõe a decisão adjudicatória que coloca termo à controvérsia (SMITH, 1996, p. 42). O modelo do *Multi-Door Courthouse System* visa disponibilizar um centro de solução de disputas por meio do qual são oferecidas várias técnicas de resolução de disputas.

O método convencional jurisdicional representa apenas uma técnica de solução de disputa, dentre as várias opções que são postas à disposição

---

<sup>1</sup> Comunga-se das críticas à locução “meios alternativos de resolução de disputas” como tradução literal de *alternative dispute resolution*, tendo em vista que ela sugere um caráter secundário ou de menor importância aos meios autocompositivos e/ou extrajudiciais de solução de conflitos. Por essa razão, vários autores estrangeiros e brasileiros, com razão, preferem a utilização dos termos “adequados” ou “apropriados”. Assim para evitar qualquer juízo de valor quanto à importância desses métodos, também serão utilizadas, no presente artigo, as expressões “meios adequados” ou “meios apropriados” de solução de conflitos (Conferir: STIPANOWICH, 2004, p. 845; MENKEL-MEADOW, 2002, p. 43; MAZZEI; CHAGAS, 2017, p. 116-117).

dos disputantes, tais como a conciliação, mediação e arbitragem (KESSLER; FINKELSTEIN, 1988, p. 577). Para Frank Sander, existe uma variedade significativa de outros procedimentos que proporcionam uma composição mais efetiva e adequada da controvérsia – em termos de custo, rapidez, precisão, credibilidade (para o público e para as partes), funcionalidade e previsibilidade (SANDER, 1976, p. 112-113).

A incorporação de uma fase alternativa ao processo de solução de disputas amplia o acesso dos cidadãos ao leque de “portas” disponíveis e especificamente amoldáveis ao caso concreto em discussão (RESNIK, 1995, p. 217). A premissa é que cada caso deve receber tratamento particularizado.

No entanto, o projeto do *Multi-Door Courthouse System* apresentou sérias dificuldades para a sua implantação, em virtude, por exemplo, dos altos custos financeiros envolvidos para a reestruturação física e administrativa dos tribunais, da necessidade de mobilização de amplo corpo de recursos humanos e da inviabilidade de se fornecer um exame individualizado das causas, sobretudo em um contexto de ampliação da litigiosidade repetitiva (STEDMAN, 1996, p. 120). A sua relevância, todavia, resultou na edição de significativas mudanças legislativas direcionadas a estimular o emprego dos *alternative dispute resolution*.

Nesse campo, cumpre destacar a importância do *Civil Justice Reform Act*, de 1990, e do *Alternative Dispute Resolution Act*, de 1998. Esses dois diplomas legais instituíram oficialmente o incentivo ao desenvolvimento de programas de utilização de *alternative dispute resolution* nos tribunais, bem como institucionalizaram o fomento a soluções não adjudicatórias de conflitos como forma de redução da morosidade processual e combate aos altos custos judiciais (LUDWIG, 2004, p. 11).

Conforme previsto nas seções 2 e 3 do *Alternative Dispute Resolution Act*, na expressão *alternative dispute resolution* estão incluídos qualquer processo ou procedimento, diferente da adjudicação presidida por um juiz, por meio do qual uma terceira parte neutra participa para auxiliar na resolução de questões controversas. (UNITED STATES OF AMERICA IN CONGRESS, 1998). Ainda de acordo com o referido diploma legal, os meios adequados de solução de disputas, se empregados por terceiros neutros devidamente treinados, possuem o potencial de produzir uma variedade de benefícios, tais como maior satisfação para as partes, diminuição do estoque de casos pendentes de julgamento e possibilidade de que as cortes julguem os casos remanescentes de forma mais eficiente (UNITED STATES OF AMERICA IN CONGRESS 1998).

É nesse cenário que o reforço e o incentivo à utilização disseminada de técnicas pré-processuais e de pré-julgamento (*pretrial techniques*) contribuem para o declínio de soluções adjudicatórias nos EUA, associado ao encorajamento do emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos pelas partes. O desenvolvimento de técnicas de prevenção e resolução autocompositiva de disputas nos EUA, fato associado ao aperfeiçoamento, maior emprego e aumento da importância da atividade pré-processual (*pretrial activity*). (HADFIELD, 2004, p. 705).

A relação entre a expansão da fase pré-processual e a desjudicialização de conflitos é direta. As técnicas pré-processuais, cabíveis em momento anterior ao julgamento ou à própria judicialização da controvérsia, geram o efeito de incentivar a autocomposição entre as partes ou, até mesmo, estimulam a renúncia ou a desistência da pretensão em virtude dos riscos advindos de um julgamento – como quando, por exemplo, uma das partes, após a coleta preliminar e extrajudicial de provas, percebe que a sua pretensão possui menor robustez probatória do que ela anteriormente supunha.

No sistema processual americano, as técnicas de negociação e acertamento de interesses em conflito na fase pré-processual do litígio são fortemente valorizadas. Com base em dados estatísticos, Marc Galanter estima que, no início dos anos 2000, aproximadamente 70% (setenta por cento) dos casos foram resolvidos em estágio pré-julgamento e sem a necessidade de intervenção judicial, enquanto que, na década de 1960, esse percentual girava em torno de 20% (vinte por cento) (GALANTER, 2004, p. 3-4).

Na mesma linha, John Lande ressalta que os tribunais americanos estão fortemente empenhados no gerenciamento pré-processual dos casos, com vistas a alcançar, sempre que possível, uma solução mais rápida para o conflito, em momento anterior ao julgamento adjudicatório. Para tanto, as cortes vêm se dedicando a realizar audiências pré-processuais, a precisar os limites da busca preliminar de provas por meio do *discovery*, a ampliar as possibilidades de decisões em moções de retirada (*motions to dismiss*) e a aperfeiçoar as técnicas de julgamento sumário (*summary judgment*) e julgamento padrão (*default judgment*) (LANDE, 2006, p. 219-220).

Basicamente, os objetivos das técnicas pré-processuais são os de oportunizar a solução do litígio na fase inicial de seu surgimento ou, ao menos, de possibilitar que a resolução ocorra por meio de composição (*settlement*) que prescindia de uma sentença adjudicatória (BURBANK, 2004, p. 592-594). Além do estímulo ao acordo, as ferramentas pré-processuais também servem

ao propósito de simplificar o eventual procedimento judicial que ensejará um julgamento adjudicatório, caso as partes não alcancem uma autocomposição prévia – o que ocorre, por exemplo, por intermédio da delimitação, em momento prévio à judicialização, das questões de direito controvertidas, fixação dos fatos em discussão e inquirição de testemunhas (REED, 1951, p. 924).

Nessa perspectiva, o aprimoramento da fase pré-processual é importante para possibilitar uma melhor gestão dos próprios processos judiciais. O aperfeiçoamento da condução da fase anterior à judicialização representa a conquista de um controle maior da esfera da litigiosidade, inclusive com o encurtamento do período necessário para a solução das disputas (SIPES, 1985, p. 311-312).

Enfim, a existência de uma fase pré-processual bem definida é extremamente relevante para prevenir a judicialização desnecessária de conflitos e estimular o emprego dos *alternative dispute resolution* no âmbito do sistema processual americano. Por esse motivo, torna-se importante analisar os tipos de ferramentas pré-processuais existentes nos EUA, com enfoque no *discovery*.

## **2.1 O *discovery* como a mais importante técnica pré-processual**

A técnica pré-processual mais importante e conhecida nos EUA é denominada de *discovery*.<sup>2</sup> A sua relevância é tamanha que Lawrence Friedman afirma que, em virtude da utilização disseminada do *discovery*, o “centro de gravidade” do sistema jurídico americano migrou do julgamento para a atividade pré-processual (FRIEDMAN, 2004, p. 698).

Por intermédio do *discovery*, os advogados e as partes, por meios próprios, promovem a investigação dos fatos envolvidos na causa antes da sua eventual judicialização. Trata-se de um procedimento formal, desenvolvido na esfera extrajudicial e em momento pré-processual, que permite o acesso recíproco a informações e dados que se encontram de posse das partes, a fim de possibilitar a antecipação de uma ampla coleta de provas entre elas (BINGHAM, 2006, p. 152).

---

<sup>2</sup> Existem outras técnicas pré-processuais amplamente empregadas nos EUA, tais como o julgamento sumário (*summary judgment*), o julgamento padrão (*default judgment*) e a moção de retirada (*motion to dismiss*), as quais visam à resolução da controvérsia sem a necessidade de julgamento (*trial*) (MULLENIX, 2004, p. 377-379). Todavia, considerando os objetivos deste artigo, a análise será restrita ao *discovery*.

O *discovery* pode ser entendido como uma técnica de produção probatória preliminar, a qual possibilita a atuação estratégica de advogados e partes na descoberta de fatos. A sua finalidade é viabilizar a prévia revelação (*disclosure*) das circunstâncias fáticas que poderão embasar uma futura ação judicial, possibilitando que as partes obtenham informações recíprocas sobre o caso. Há o adiantamento da reunião de elementos probatórios, antes mesmo da judicialização da controvérsia (GLASER, 1968, p. 9).

Um dos efeitos mais notáveis do *discovery* é acelerar a divulgação de dados, fatos e informações, permitindo que as partes e os advogados possam reavaliar as suas posições e definir a melhor estratégia a ser adotada para o caso. A utilização do *discovery* implica a necessidade de que os sujeitos em conflito façam uma análise do custo-benefício de eventual propositura futura de ação judicial, comparando os custos da litigância com as vantagens que seriam obtidas na eventual celebração de um acordo, inclusive em termos de obtenção de maior economia, rapidez e previsibilidade.

Como consequência, o *discovery* produz informações mútuas que poderiam ser discutidas em um processo judicial futuro e, com isso, espera-se que ocorra um aumento das chances de autocomposição imediata entre as partes – o que contribui para explicar a relação entre a expansão da fase pré-processual e o declínio do número de processos judiciais e julgamentos adjudicatórios (YEAZELL, 2004, p. 950-951). Quando menos, a produção probatória preliminar acarreta uma tramitação mais rápida e simples de eventual processo judicial posterior (DRASCO, 2006, p. 156).

A legislação americana permite que vários meios de prova sejam empregados nessa fase pré-processual, tais como: interrogatórios de partes (*interrogatories*); inquirição de testemunhas (*witness depositions*); solicitação de documentos (*document requests*); pedidos de divulgação de informações armazenadas eletronicamente (*electronically stored information*); realização de perícias físicas e mentais (*physical and mental examination*); e requisição para confissão de fatos (*requests to admit facts*) (MAUET, 2008, p. 185; WEINSTEIN, 1993, p. 185 *et seq.*; STEMPEL; BAICKER-MCKEE; COLEMAN; HERR; KAUFMAN, 2013, p. 912).

Para que haja uma real eficácia na utilização desses meios probatórios, é autorizado que a coleta de provas ocorra em ambientes privados e fora dos órgãos jurisdicionais. Comumente, o *discovery* é conduzido em escritórios de advocacia, no qual as partes, os advogados e as testemunhas promovem a

produção probatória na presença de um representante oficial do Judiciário. Aos advogados é conferida a prerrogativa de encaminhar intimações (*subpoenas*) e moções (*motions*) cujo cumprimento pode ser declarado como obrigatório por solicitação ao tribunal (*motion to compel*).

A ideia subjacente à técnica do *discovery* é oportunizar que as partes e os advogados antecipem a produção probatória independentemente de atuação jurisdicional. A concepção que vigora nos EUA é a de que as provas pertencem às partes e, por essa razão, cabe a elas o esforço na revelação dos fatos, dados e informações relevantes à causa. Por essa razão, Stephen Yeazell entende que a técnica do *discovery* representa a própria privatização da investigação dos fatos (*privatization of fact investigation*) (YEAZELL, 2004, p. 944).

Como consequência da produção probatória advinda do *discovery*, também é comum a realização, inclusive em fóruns privados, de audiências prévias de tentativa de autocomposição entre as partes, conduzidas por advogados ou conciliadores e mediadores profissionais. Novamente, a premissa é encorajar a celebração de acordos, por meio da utilização de algum dos métodos consensuais de solução de controvérsias.

A utilização do *discovery*, ao possibilitar o adiantamento da produção de provas em momento pré-processual, representa uma técnica de prevenção de conflitos, na medida em que aumenta as possibilidades de obtenção de uma solução antecipada e consensual para boa parte das disputas cíveis. É nessa perspectiva que o desenvolvimento de uma etapa anterior à judicialização da controvérsia produz os efeitos de estimular a autocomposição entre as partes e de solidificar uma cultura americana de incentivo à adoção de meios adequados de resolução de disputas, inclusive na esfera extrajudicial.

### **3. A produção antecipada da prova no Código de Processo Civil de 2015: as novas modalidades como uma técnica adequada de prevenção e solução de conflitos**

No Brasil, o desenvolvimento de uma fase pré-processual de coleta de provas ainda é incipiente. Todavia, o CPC/2015, ao expandir as hipóteses de cabimento da produção antecipada da prova, busca inaugurar uma realidade que pode favorecer substancialmente a atividade probatória preliminar e, com isso, possibilitar um melhor gerenciamento da judicialização de controvérsias.

Com efeito, no CPC/1973 as hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas eram restritas às provas oral e pericial. A premissa que vigorava na codificação revogada era a de que o adiantamento da atividade probatória se destinava unicamente ao acautelamento de eventual risco de perecimento da própria prova.

Nesse sentido, Suzana Cremasco ensina que, na vigência do CPC/1973, a produção antecipada de provas consistia em um “procedimento cautelar específico (art. 846/ss) e, como tal, dada a sua natureza, tinha a sua admissibilidade condicionada ao risco de que a prova que se pretendia antecipar, por alguma razão, não pudesse se realizar, durante a instrução” (CREMASCO, 2016, p. 148). A excepcionalidade da autorização legal de antecipar a dilação probatória para momento anterior ao ajuizamento da ação principal – e à futura fase instrutória – justificava a exigência de que houvesse ameaça à integridade do respectivo meio de prova.

Tanto é assim que, de acordo com o artigo 847 do CPC/1973, o interrogatório de parte ou a inquirição de testemunhas antes da audiência de instrução apenas eram possíveis no caso de necessidade de ausência superveniente daquele que seria ouvido, ou na hipótese de “justo receio” de que, por “motivo de idade ou de moléstia grave”, ocorresse a futura impossibilidade do depoimento ou o próprio falecimento do depoente.

De maneira semelhante, o artigo 849 do CPC/1973 previa que a antecipação da realização de exame pericial somente era admissível caso houvesse “fundado receio” de que viesse a “tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”. Dessa forma, assim como no caso da prova oral, também a realização da prova técnica visava evitar que o meio de prova se tornasse inútil ou impossível.

Assim, na sistemática do código anterior, a precipitação da atividade probatória tinha como objetivo principal a preservação do meio de prova ou dos resultados dele esperados. A possibilidade da antecipação da produção de provas dependia da comprovação do perigo da demora (*periculum in mora*), tendo em vista que era imprescindível a demonstração do requisito da urgência.

Por seu turno, o CPC/2015 altera profundamente o instituto da produção antecipada da prova. A codificação atual não apenas simplifica o procedimento, como também institui novas hipóteses de cabimento que prescindem do requisito da urgência.

A simplificação procedimental estabelecida pelo CPC/2015 é verificada de diversas maneiras. Uma delas diz respeito à própria natureza jurídica da

produção antecipada da prova, a qual, perdendo o seu caráter de processo cautelar conforme previsto no CPC/1973, passa a se enquadrar na categoria de procedimento de jurisdição voluntária que não depende da comprovação do requisito do perigo.

Também como forma de combater a complexidade procedimental, o CPC/2015 funde, no mesmo procedimento, os institutos da produção antecipada da prova e da justificação prevista no § 5º do artigo 381. Outrossim, a codificação vigente também retira o caráter cautelar do pedido de exibição de documento ou coisa (artigos 396 a 404 do CPC/2015), inserindo-o no rol dos meios de prova (DIDIER JR., 2015, p. 530-534).

Todavia, a maior inovação do CPC/2015 com relação ao instituto da produção antecipada da prova se relaciona à criação e conseqüente ampliação das suas hipóteses de cabimento, inclusive com a previsão de situações nas quais o adiantamento da atividade probatória não está condicionado à demonstração do risco de perecimento do meio de prova. Essas novas modalidades são justamente aquelas que assemelham a produção antecipada da prova à técnica americana do *discovery*.

Nessa seara, cumpre destacar, primeiramente, que o CPC/2015 não limita a antecipação da produção probatória apenas aos casos de provas oral e pericial, como dispunha a codificação revogada. Ressalvada a hipótese de produção de prova documental, cujo adiantamento se requer por meio de pedido de exibição de documento (artigos 396 a 404 do CPC/2015), o instituto da produção antecipada da prova regulado pelos artigos 381 a 383 do CPC/2015 autoriza o adiantamento da produção de qualquer meio lícito de prova.<sup>3</sup>

Em virtude dessa amplitude do adiantamento da atividade probatória para qualquer meio de prova, pode-se afirmar que o CPC/2015 consagra uma *cláusula geral de antecipação probatória autônoma* ou, nos dizeres de Fredie Didier Jr., uma “ação probatória autônoma genérica” (DIDIER JR., 2015, p. 529-530). O escopo da codificação vigente é exatamente a afirmação do *direito autônomo e genérico à produção antecipada da prova*.

Como consequência desse caráter genérico do adiantamento da atividade probatória, o CPC/2015 alarga as hipóteses que podem fundamentar o cabimento da produção antecipada da prova.

Assim como no CPC/1973, o atual código também prevê a hipótese na qual a produção antecipada da prova está fundada no requisito da urgência.

---

<sup>3</sup> A possibilidade de antecipação da produção de qualquer meio de prova já era defendida antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015. Por todos, conferir: YARSHELL, 2009, p. 421 e 442-445.

Nesse sentido, o inciso I do artigo 381 do CPC/2015 dispõe que a produção antecipada da prova é admitida no caso em que “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”. Observa-se que a previsão do CPC/2015 é genérica, isto é, a parte pode requerer, com base na urgência, a antecipação da produção de qualquer meio de prova, a fim de assegurar a possibilidade ou facilidade da verificação de fatos.

Contudo, a inovação instituída pelo CPC/2015 ocorre no que se refere aos incisos II e III do artigo 381 do CPC/2015. Nessas novas hipóteses de cabimento, a produção antecipada da prova é admitida, respectivamente, nos casos em que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” e quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

Em nenhuma dessas hipóteses, cabe à parte demonstrar o requisito da urgência ou a necessidade do acautelamento de eventual risco de perecimento da prova. Diferentemente, o objetivo é proporcionar condições mais propícias para que as partes possam gerenciar as ferramentas de resolução da controvérsia.

A premissa subjacente é a mesma já consolidada no sistema jurídico americano, isto é, a de que a atividade probatória igualmente pertence às partes. O resultado da produção probatória dirigida ao acerto dos fatos em discussão contribui para firmar a convicção do magistrado sobre o caso concreto, ao mesmo tempo em que interessa para que as partes possam construir uma percepção mais fidedigna quanto às suas reais chances de êxito no desfecho do conflito.

Nessa ótica, Fredie Didier Jr. afirma que essas novas modalidades de produção antecipada da prova reforçam “a ideia de que o destinatário da prova não é apenas o juiz”, uma vez que a “prova também se dirige às partes”. Isso quer dizer que a produção probatória é essencial não somente para auxiliar na formação da persuasão judicial, mas também para contribuir para que as próprias partes “formem o seu convencimento sobre a causa e, a partir daí, tracem as suas estratégias” (DIDIER JR., 2015, p. 532).

De fato, as novas modalidades de produção antecipada da prova estão condizentes com a noção de que as provas também atuam para aprimorar os mecanismos que são atribuídos às partes para possibilitar uma melhor gestão, prevenção e solução adequada do conflito. Assim como já ocorre nos EUA, o ordenamento jurídico brasileiro se mostra adepto da ideia de que o adiantamento da atividade probatória tem o condão de estimular a autocomposição, incentivar

o emprego de *alternative dispute resolution*, evitar a judicialização desnecessária da controvérsia ou justificar previamente a necessidade do ajuizamento da ação em face das provas até então colhidas.

O inciso II do artigo 381 do CPC/2015, por exemplo, é expresso em consignar que a produção antecipada da prova é cabível para o fim de incentivar a autocomposição ou estimular o emprego de outro meio adequado de solução de conflito. Com isso, espera-se que, em momento anterior ao eventual ajuizamento da ação, as partes tenham condições de colher e reunir provas suficientes para concluir que a celebração de um acordo é o meio mais apropriado para a resolução daquela específica controvérsia.

Essa hipótese de cabimento de produção antecipada da prova está em consonância com uma das *normas fundamentais* do processo civil brasileiro, qual seja, a promoção e o estímulo à solução consensual dos conflitos (artigo 3º, §§ 2º e 3º, do CPC/2015). A finalidade dessa nova modalidade é proporcionar às partes a prévia ciência dos fatos controvertidos e incontroversos, a fim de que seja possível obter informações e dados recíprocos sobre o caso concreto e, com isso, expandir as possibilidades de uma solução negociada da disputa.

A inovação contida no CPC/2015 está fundada no pressuposto de que há um aumento das chances de autocomposição, ou de adoção de um dos meios consensuais de solução de conflito, a partir do momento em que as partes antecipam o conhecimento das circunstâncias fáticas em discussão. Nessa perspectiva, o adiantamento da fase de coleta de provas tem o potencial de encorajar o emprego da conciliação e da mediação, sem que haja a necessidade de aguardar a designação futura de uma audiência com essa mesma finalidade no bojo de um processo judicial (artigo 334 do CPC/2015).

O objetivo de estimular o consenso e a utilização de meios adequados de solução de conflitos antes da propositura da ação é igualmente verificado nos EUA. De maneira similar à previsão do inciso II do artigo 381 do CPC/2015, a técnica do *discovery* visa antecipar a produção probatória para um momento pré-processual (*pretrial*) com os propósitos de incentivar a autocomposição (*settlement*) e promover a adoção dos *alternative dispute resolution*. Nesses termos, as semelhanças entre a produção antecipada da prova e o *discovery* são evidentes.

Outrossim, a nova modalidade de produção antecipada da prova prevista no inciso III do artigo 381 do CPC/2015 guarda inegável similitude com o *discovery*.

Nos EUA, uma das principais finalidades atribuídas ao *discovery* é a de viabilizar uma atuação estratégica de advogados e partes depois de reveladas

as conjunturas fáticas controvertidas. Isso quer dizer que a antecipação da divulgação mútua de informações e dados sobre o caso concreto permite que as partes e seus advogados reavaliem as suas posições, reflitam sobre a força probatória de suas pretensões e, por conseguinte, definam a estratégia processual que entendam como a mais adequada para a solução da controvérsia.

No Brasil, a nova hipótese de cabimento da produção antecipada da prova consagrada no inciso III do artigo 381 do CPC/2015 possui o mesmo intento. Ao prever que “o prévio conhecimento dos fatos” pode “justificar ou evitar o ajuizamento de ação”, a finalidade do adiantamento da atividade probatória nada mais é do que possibilitar que as partes e advogados possam traçar uma estratégia processual apropriada para o caso, após a reunião de um material probatório preliminar que permita avaliar a real necessidade ou mesmo a própria viabilidade de uma ação judicial futura.

Portanto, essa novidade do CPC/2015 é extremamente importante para prevenir a judicialização desnecessária de controvérsias que não possuem um lastro probatório mínimo, assim como para incentivar o ajuizamento de ações que, de fato, ostentam um fundamento probatório suficiente que justifique a provocação do Judiciário. A verificação prévia das provas, em momento anterior à propositura da ação, mostra-se relevante para impedir “aventuras” jurídicas de sujeitos que optam por “tentar a sorte” no Judiciário.

Nesse sentido é que o inciso III do artigo 381 do CPC/2015 consiste em manifestação do princípio da cooperação processual (artigos 5º e 6º do CPC/2015). Na medida em que exige que a propositura de ações tenha justificativa probatória, essa nova modalidade de produção antecipada da prova se revela como manifestação da boa-fé processual e corolário de uma atuação ética de partes e advogados (artigo 77, inciso II, do CPC/2015). O escopo de evitar o ajuizamento de ações sem lastro probatório, depois de já conhecidos os fatos, consiste em uma ferramenta de combate à litigância de má-fé (artigo 80, incisos I, II e VI, do CPC/2015).

Enfim, as novas modalidades de produção antecipada da prova, previstas nos incisos II e III do artigo 381 do CPC/2015, consistem em um importante avanço da codificação brasileira, e parecem ter buscado inspiração na técnica americana do *discovery*. É possível afirmar que, a partir do CPC/2015, a produção antecipada da prova denota uma técnica adequada de prevenção e solução de conflitos, a qual pode contribuir sobremaneira com um gerenciamento mais efetivo e apropriado das controvérsias.

#### 4. Considerações finais

Os sistemas processuais brasileiro e americano são essencialmente distintos por vários motivos. As profundas discrepâncias entre os dois países – de natureza social, política, econômica e cultural – e as diferenças nas tradições que deram origem aos respectivos ordenamentos jurídicos – *civil law* e *common law* – não permitem, ou ao menos dificultam, o mero intercâmbio ou a simples aplicação acrítica de institutos e conceitos legais estrangeiros. Contudo, essa realidade não é obstáculo para o estudo comparativo entre sistemas processuais díspares, a fim de examinar semelhanças entre instituições jurídicas.

A ressalva anterior é necessária para deixar claro que o presente artigo não sugere que o *discovery* americano e a produção antecipada da prova brasileira são institutos jurídicos idênticos. Outrossim, não se pretende afirmar que o procedimento do *discovery* foi importado para o ordenamento jurídico nacional.

Na verdade, os procedimentos do *discovery* e da produção antecipada da prova são profundamente diversos. No primeiro, o adiantamento da coleta de provas ocorre no campo extrajudicial, ou seja, em fóruns privados, tais como câmaras de mediação e conciliação, tribunais arbitrais e escritórios de advocacia. No modelo americano, é o próprio advogado quem tem a prerrogativa de conduzir a produção probatória, por meio da inquirição de testemunhas, oitiva de partes, solicitação de documentos e designação de perícias.

Por seu turno, a produção antecipada da prova brasileira é processada na esfera pública, no âmbito de um órgão judicial. Isso quer dizer que o juiz é quem tem o poder de determinar a dilação probatória, após ter sido provocado por meio de petição encaminhada por advogado.

Igualmente há diferenças na compreensão do que seja a fase pré-processual para fins de antecipação da produção de provas. O *discovery* é classificado como uma técnica pré-processual (*pretrial*), tendo em vista que ele prescinde de uma atuação jurisdicional para deferir ou não a diligência probatória. Já a produção antecipada da prova pode ser considerada como uma técnica pré-processual, visto que ela ocorre antes do ajuizamento da correspondente e futura ação principal, embora ela também tramite na seara judicial.

Ademais, nos EUA, o *discovery* é amplamente utilizado como forma de evitar a própria judicialização das disputas, em virtude dos altos custos envolvidos para a propositura de ações judiciais. No sistema jurídico nacional, por sua vez, o acesso à justiça é entendido como garantia fundamental decorrente do princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição) e,

por isso, é francamente estimulado, como consequência inclusive da própria cultura jurídica consolidada no Brasil.

No entanto, essas discrepâncias entre os dois países não impedem que se conclua que as inovações instituídas pelo CPC/2015, quanto às novas hipóteses de cabimento da produção antecipada da prova, tenham buscado inspiração – de forma consciente ou não – no *discovery* americano. Por isso é que o presente artigo buscou evidenciar de que maneira as novas modalidades da produção antecipada da prova criadas pela codificação brasileira possuem objetivos que se assemelham, em certa medida, aos escopos do *discovery* previsto na legislação dos EUA.

Tanto no *discovery*, como na produção antecipada da prova, o adiantamento da coleta de provas possui as finalidades de prevenir a judicialização desnecessária da disputa e estimular o emprego de métodos autocompositivos de resolução de controvérsias pelas partes, inclusive na esfera extrajudicial. É possível constatar que, em ambos, a fase preliminar de precipitação da produção probatória visa produzir uma antecipação da própria solução do conflito para uma etapa pré-processual, preferencialmente por meio do emprego de técnicas consensuais.

A prevenção da perpetuação de litígios e o incentivo à celebração de acordos, especialmente mediante a utilização de métodos como a mediação e a conciliação, são propósitos explícitos da antecipação probatória. Nesse sentido é que, *mutatis mutandi*, as novas modalidades de produção antecipada da prova, previstas no artigo 381, incisos II e III, do CPC/2015, podem ser concebidas como uma espécie de *discovery* “à brasileira”.

## 5. Referências

BINGHAM, Lisa Blomgren. When We Hold No Truths to be Self-Evident: Truth, Belief, Trust, and the Decline in Trials. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, volume 2006, issue 1, p. 131-154, 2006.

BURBANK, Stephen B. Vanishing Trials and Summary Judgment in Federal Civil Cases: Drifting Toward Bethlehem or Gomorrah? *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, volume 1, issue 3, p. 591-626, november 2004.

CREMASCO, Suzana Santi. Os contornos da teoria geral das provas. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). *Processo Civil Brasileiro: Novos Rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 135-151.

DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Processo de Conhecimento – Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 529-541.

DRASCO, Dennis J. Public Access to Information in Civil Litigation vs. Litigant's Demand for Privacy: Is the "Vanishing Trial" an Avoidable Consequence? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, volume 2006, issue 1, p. 155-164, 2006.

GALANTER, Marc. A World Without Trials? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, volume 2006, issue 1, p. 7-33, 2006.

\_\_\_\_\_. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, volume 1, issue 3, p. 459-570, November 2004.

\_\_\_\_\_. The Vanishing Trial: What the numbers tell us, what they may mean. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 3-6, 2004.

GLASER, William A. *Pretrial Discovery and the Adversary System*. New York: Russell Sage Foundation, 1968, 320 p.

FRIEDMAN, Lawrence M. The Day Before Trials Vanished. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, volume 1, issue 3, p. 689-703, November 2004.

HADFIELD, Gillian K. Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, volume 1, issue 3, p. 705-734, November 2004.

KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J. The Evolution of a Multi-Door Courthouse. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, volume 37, issue 3, p. 577-590, Spring 1988.

LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 213-252, 2006.

LUDWIG, Edmund V. A Judge's View: The trial/ADR interface. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association Section of Dispute Resolution, Volume The Vanishing Trial, p. 11-13, Summer 2004.

MAUET, Thomas A. *Pretrial*. Seventh Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, 520 p.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos? In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes; LANNA, Helena. *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 113-128.

MENKEL-MEADOW, Carrie. When Litigation is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation As Public Interest Lawyering. *Journal of Law & Policy*, Washington University, p. 37-61, 2002.

MULLENIX, Linda S. *Civil Procedure*. Eagan: Thomson West, 2004, 607 p.

REED, John W. Review of Pre-Trial. *Michigan Law Review*, University of Michigan Law School, volume 49, p. 924-926, 1951.

RESNIK, Judith. Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, volume 10, number 2, p. 211-265, 1995.

SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*. Eagan: West Publishing Company, 1976, 24 p.

SARAT, Austin. The litigation explosion, access to justice, and court reform: examining the critical assumptions. *Rutgers Law Review*, Rutgers University Law School, volume 37, p. 319-336, 1985.

SCHNEIDER, Andrea Kupfer. Not Quite a World Without Trials: Why International Dispute Resolution is Increasingly Judicialized. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, volume 2006, issue 1, p. 119-126, 2006.

SIPES, Larry L. Reducing delay in State Courts: a march against folly. *Rutgers Law Review*, Rutgers Law School, Volume 37, p. 299-318, 1985.

SMITH, Roger. Access to justice: innovation in North America. In: SMITH, Roger (Ed.). *Achieving Civil Justice: Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 33-62, 215 p.

STEDMAN, Barbara Epstein. Multi-option justice at the Middlesex Multi-Door Courthouse. In: SMITH, Roger (edit.). *Achieving Civil Justice: Appropriate dispute resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 119-141, 215 p.

STEMPEL, Jeffrey W.; BAICKER-MCKEE, Steven; COLEMAN, Brooke D.; HERR, David F.; KAUFMAN, Michael J. *Learning Civil Procedure*. St. Paul: West Academic Publishing, 2013, 990 p.

STIPANOWICH, Thomas J. ADR and the "Vanishing Trial": The Growth and Impact of "Alternative Dispute Resolution". *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, volume 1, issue 3, p. 843-912, November 2004.

UNITED STATES OF AMERICA IN CONGRESS. Alternative Dispute Resolution Act. *Public Law*, 105-315, October 1998. Disponível em: <<https://www.adr.gov/ADR%20ACT%201998.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

WEINSTEIN, Mark. *Introduction to Civil Litigation*. Third Edition. St. Paul: West Publishing Company, 1993, 364 p.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, 478 p.

YEAZELL, Stephen C. Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, volume 1, issue 3, p. 943-971, November 2004.

## ARTIGO XIV

# Reflexões sobre a racionalidade normativa do suicídio assistido no Direito brasileiro

*Reflections on the normative rationality of assisted suicide in Brazilian Law*

---

MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ

*Doutora em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora no curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) da PUC Minas. Pesquisadora e Coordenadora do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID. Advogada.*

DIOGO LUNA MOUREIRA

*Doutor e mestre em Direito pela PUC Minas. Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais. Pesquisador do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID.*

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo a investigação por da existência de um direito de morrer de forma digna, a partir da interpretação e aplicação de dispositivos contidos na Constituição da República de 1988, em especial o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Sabe-se que ainda há forte resistência em reconhecer a vida sob a perspectiva de um direito, em contraponto à ideia de que se trata de um dever. Logo, é de suma importância que a noção moderna de autonomia privada seja assimilada e incorporada pelo intérprete (especialmente os representantes dos poderes constituídos), de maneira a corrigir distorções contidas no ordenamento jurídico brasileiro, inerentes ao tema da morte assistida, e que colocam o Brasil em situação de atraso, frente a diversas nações desenvolvidas.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana; Vida como direito; Autonomia privada; Eutanásia e suicídio assistido; Interpretação constitucional.

**Abstract:** *The work aims to investigate the existence of a right to die in a dignified way, based on the interpretation and application of provisions contained in the Constitution of the Republic of 1988, in particular the fundamental principle of human dignity. It is known that there is still strong resistance*

*to recognize life from the perspective of a right, as opposed to the idea that it is a duty. Therefore, it is of paramount importance that the modern notion of private autonomy is assimilated and incorporated by the interpreter (especially the representatives of the constituted powers) in order to correct distortions contained in the Brazilian legal system inherent to the theme of assisted death and that place Brazil in a situation of delay, compared to several developed nations.*

**Keywords:** *Human dignity; Life as a right; Private autonomy; Euthanasia and assisted suicide; Constitutional interpretation.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O morrer e o suicídio; 3. A autonomia para morrer e o seu fundamento normativo; 4. Suicídio assistido no Direito estrangeiro; 5. O suicídio e a dogmática jurídica nacional; 6. Conclusão: reflexões sobre a racionalidade do suicídio assistido no Direito brasileiro; 7. Referências.

## 1. Introdução

A morte assistida é admitida em poucos países. Porém, paradoxalmente, vem crescendo o número de pessoas que, em perfeito estado de consciência, mas diante de debilidades físicas graves, pedem para morrer. Um caso emblemático foi o do espanhol Ramon Sanpedro, mas existem outros tantos ao redor do mundo divulgados pela mídia.

Há pessoas que buscam a interrupção de tratamentos médicos, vencidas pelo desgaste de doenças incuráveis. Inúmeras famílias amparam parentes em estado vegetativo persistente, mantidos vivos em decorrência dos bons cuidados e de nutrição e hidratação artificiais. Diante desse quadro muitas vezes enxergam na morte assistida um caminho de libertação.

Mas em torno das palavras *eutanásia* e *suicídio assistido* há muito preconceito. Tanto que, quando o tema é levado à discussão pública, o assunto acaba por ser polarizado, e as pré-compreensões saltam aos olhos. Nesse contexto, o Estado apresenta a solução mais simples: tipifica como crime a eutanásia e o auxílio ao suicídio.

Concomitantemente à falta de coragem e de sensibilidade desse Estado para o enfrentamento dessas questões, a imprensa noticia casos desesperadores de práticas distorcidas de eutanásia, quando a busca pela *boa morte* se transforma em pesadelo. Foi o que ocorreu em São Francisco, cidade do norte de Minas Gerais, em que uma mãe de 49 anos, desferiu golpes na cabeça do filho. As informações são de que o rapaz, de 20 anos, sofria de “Mal de Crohn”, enfermidade inflamatória crônica que afeta todo o sistema digestivo.

A mãe afirmou que praticou o ato a pedido do filho para por fim ao seu sofrimento<sup>1</sup>.

Não estamos a defender esse tipo de conduta, tampouco podemos afirmar se, de fato, o ato praticado teve o condão de aliviar a referida dor, a pedido do doente, mas é fundamental que casos similares sejam trazidos à luz para questionarmos o papel do Estado em situações existenciais limítrofes. Afinal, se a vida for enxergada como um direito e não como um dever, é possível, a partir de esquemas interpretativos, que o Estado assuma a responsabilidade de possibilitar a morte para quem dela necessita.

Atrair para si essa responsabilidade, em situações específicas, certamente aliviaria o peso que muitas pessoas carregam por auxiliar na morte ou por executá-la, ainda que tenham a convicção de que procederam a pedido do enfermo.

Ao lado de todas essas problemáticas, deparamo-nos com uma dogmática jurídica penal que, a despeito de não dizer nada de forma expressa quanto à possibilidade de se legitimar o suicídio assistido, este tende a ser interpretado a partir de valores que vedam a realização da morte como exercício de uma liberdade fundamental.

## **2. O morrer e o suicídio**

Entre as mais calorosas discussões enfrentadas pelo Direito na atualidade, uma das mais intrigantes diz respeito ao exercício de uma pretensa autonomia para morrer. A causa dessas discussões decorre da forma como a humanidade lida com o diálogo entre o viver e o morrer.

Muitos são os argumentos contrários ou favoráveis ao exercício de uma possível liberdade para o evento morte, porquanto este revelaria contrariedade ou afirmação ao processo vida. Todos os argumentos respaldam dois fundamentos distintos. Enquanto para uns a morte é um porvir, determinada por uma transcendência ao ser vivente – a natureza, o destino, Deus, o acaso – para outros, revela o exercício de uma possibilidade do próprio ser vivente.

As correntes que discutem a morte se avolumam e, ao lado delas, conceitos referentes ao processo do morrer vêm à tona: fala-se em eutanásia ativa, eutanásia passiva ou ortotanásia, distanásia, mistanásia, suicídio assistido e

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/mg/grande-minas/noticia/2015/08/mulher-mata-filho-de-20-anos-com-golpes-na-cabeca-em-sao-francisco.html>>. Acesso em 26.01.2016>.

outros. Cada um com suas particularidades, mas que se destinam a um único propósito.

O suicídio é uma das formas mais antigas de discussão sobre a morte. Desde a antiguidade o tema é posto em debate como, por exemplo, na metáfora da sentinela, presente em Platão, segundo a qual a sentinela só pode deixar o seu posto quando houver uma autorização superior. Logo, se a vida não pertence ao homem, uma vez que ele não escolhe o momento de nascer, por que ele poderia deixar a vida por mera deliberação? (PUENTE, 2008, p. 15). Argumento semelhante contrário ao suicídio se vê nos textos de Aristóteles, para o qual o suicídio seria um atentado contra a cidade na qual o homem encontra-se inserido. Todo o argumento aristotélico decorre da forma como o pensador compreende a relação necessária entre o homem e a *polis*.

O termo *suicidium* (*sui + caedere* - matar a si) surgiu no século XVII e ganhou força com Agostinho que, no livro *A cidade de Deus*, inseriu a possibilidade de matar a si como uma variável do mandamento “não matarás”, ampliando a compreensão desse verbete (PUENTE, 2008, p. 15).

No século XVIII, um dos grandes opositores ao suicídio foi Immanuel Kant. Embora não tenha escrito uma obra específica para tratar do suicídio, em momentos que o retratou, ele apresentou-se contrário à possibilidade de qualquer indivíduo dispor da própria vida. No livro *A metafísica dos costumes*, Kant afirma que o ser humano pode ser determinado por sua razão (*homo phaenomenon*), isto é, como uma causa às ações no mundo sensível, e, também, como um ser dotado de liberdade interior (*homo noumenon*), ou seja, quando o homem pode ser pensado em termos de sua personalidade. Nessa hipótese, ele afirma que o homem pode ser submetido a obrigações para consigo mesmo, inclusive àquelas para com a humanidade em sua própria pessoa (KANT, 2003, p. 260).

O “ter dever consigo mesmo” significa, na proposta kantiana, que embora livre, o homem deve observar determinadas coordenadas de não liberdades que endossam a sua própria humanidade<sup>2</sup>. Com respaldo em tais considerações, sobretudo pelo realce no dever para consigo mesmo, Kant apresenta tese contrária ao suicídio, pois o primeiro dever de um ser humano para consigo mesmo é preservar a si mesmo em sua natureza animal (KANT, 2003, p. 263).

---

<sup>2</sup> “[...] supondo que não houvesse tais deveres, não haveria deveres quaisquer que fossem e, assim, tampouco deveres externos, posto que posso reconhecer que estou submetido à obrigação a outros somente na medida em que eu simultaneamente submeto a mim mesmo à obrigação, uma vez que a lei em virtude da qual julgo a mim mesmo como estando submetido à obrigação procede em todos os casos de minha própria razão prática e no ser constrangido por minha própria razão, sou também aquele que constrange a mim mesmo” (KANT, 2003, p. 260).

Em consequência, o suicídio é um crime, na medida em que representa a violação do dever do homem para com outros seres humanos<sup>3</sup>.

Na atualidade, sob o contexto de uma sociedade pluralista que busca a todo instante afirmar-se efetivamente democrática, revolver a possibilidade do “querer morrer”, é algo que implica discussões que, não obstante antigas, encontram-se sob uma realidade dialógica diferente dos tempos de outrora. Invariavelmente, o problema se torna, cada vez mais, jurídico.

A sociedade, os juristas, os filósofos e os médicos se dividem na argumentação: os que defendem a possibilidade do morrer prendem-se ao argumento de que, na Medicina, existem quadros clínicos irreversíveis em que o paciente, muitas vezes passando por terríveis dores e sofrimentos, almeja a antecipação da morte como forma de se livrar do padecimento que se torna viver. Afinal, a vida não poderia se transformar em dever de sofrimento. Essa antecipação não só atenderia aos interesses do paciente de morrer com dignidade, como daria efetividade ao princípio da sua autodeterminação em decidir sobre sua própria morte, a exercitar a sua liberdade.

Os que se opõem à possibilidade do querer morrer sustentam, entre outros argumentos, ser dever do Estado preservar, a todo custo, a vida humana, entendida como bem jurídico supremo. O poder público estaria obrigado a fomentar o bem-estar dos cidadãos e a evitar que sejam mortos ou colocados em situação de risco. Eventuais direitos do indivíduo estariam, muitas vezes, subordinados aos interesses do Estado, que obrigaria a adoção de todas as medidas visando ao prolongamento da vida, até mesmo contra a vontade da pessoa.

Para os defensores da autonomia para morrer, o conceito de vida precisa ser repensado e deve ser encarado sob novo paradigma: será que viver bem é viver muito? Será que vida digna é aquela segundo a qual o indivíduo, a despeito de todas as dores e sofrimentos que lhe tenham sido causados por determinada doença, ainda se mantenha ligado a aparelhos, ou sem eles, mas totalmente infeliz e dependente da boa vontade de outras pessoas? Na linha de raciocínio daqueles favoráveis à escolha do paciente, a vida só deve prevalecer

---

<sup>3</sup> “Um ser humano não pode renunciar à sua personalidade enquanto for um sujeito do dever e, por conseguinte, enquanto viver; e constitui uma contradição que devesse estar autorizado a esquivar-se de toda obrigação, isto é, agir livremente como se nenhuma autorização fosse necessária a essa ação. Aniquilar o sujeito da moralidade na própria pessoa é erradicar a existência da moralidade mesma do mundo, o máximo possível, ainda que a moralidade seja um fim em si mesma. Consequentemente, dispor de si mesmo como um mero meio para algum fim discricionário é rebaixar a humanidade na própria pessoa (*homo noumenon*), à qual o ser humano (*homo phaenomenon*) foi, todavia, confiado para preservar” (KANT, 2003, p. 264-265).

como direito fundamental oponível *erga omnes*, enquanto for possível se viver bem. Será que outros valores deveriam ser repensados a partir do momento em que a saúde do corpo e da mente já não mais garanta o bem-estar do indivíduo?

Há um direito à vida que retira do próprio indivíduo a possibilidade de ele dispor? Seria o viver um direito ou um dever?

Se as respostas a esses questionamentos forem favoráveis ao exercício de uma autonomia para morrer, o suicídio deve ser repensado, sobretudo em sua modalidade assistida, mediante o atendimento de certos requisitos estabelecidos normativamente, conforme veremos adiante.

### 3. A autonomia para morrer e o seu fundamento normativo

A existência de uma autonomia para morrer pressupõe a compreensão da liberdade do indivíduo moderno como um *medium* para realização de si mesmo, ou seja, trata-se da efetivação de um projeto biográfico que pressupõe a construção, a efetivação e a busca por reconhecimento da sua personalidade.

Todos os indivíduos humanos, na qualidade de seres livres e coexistentes em uma rede de interdependência e interlocução, possuem uma personalidade que não é pressuposta e nem imposta, mas construída socialmente. Hoje, não há indivíduo humano que não tenha liberdade para construir sua personalidade, já que esta é edificada a partir das configurações por ele assumidas e que decorrem das suas escolhas (ações e omissões) enquanto seres livres, agentes da própria vida e, portanto, capazes de se autodeterminarem como construtores de sua individualidade.

A condição para a efetivação normativa da personalidade pressupõe a existência de meios que possibilitem aos indivíduos se assumirem como pessoas livres, que agem e são reconhecidas por meio dessa ação. Não se fala, nesse sentido, em possibilidades enraizadas na natureza do ser humano (metafísicas ou divinas). Ao contrário, essa condição é fruto do necessário processo comunicativo no qual as pessoas se assumem como tais em uma esfera de relações e o Direito é, nesse contexto, argumentativamente gerado e aplicado.

Se a personalidade só pode ser assumida em uma esfera de relações, a partir do momento em que a pessoa se autodetermina, a vida deixa de ser vista como um *dever* jurídico ou moral, passando a ser um *direito*, cuja realização não dispensa a participação da própria pessoa.

Pela construção de personalidade apresentada, é a morte que coloca fim a esse processo dialético de ser pessoa e extingue toda uma personalidade posto

que, com ela, cessa a realidade existencial compartilhada. Se a manifestação da personalidade ocorre pelas pulsões da vida, a permitir que o indivíduo humano se construa como pessoa, a morte, se integrante do projeto de personalidade, também exprime essa realização, ainda que para o seu fim.

Permitir que a pessoa determine o fim da sua personalidade é fazer com que ela realize, no momento da sua finitude, suas configurações enquanto agente da própria vida. O indivíduo humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa.

É impossível ao indivíduo humano não julgar que determinada forma de vida vale de fato a pena (TAYLOR, 1997, p. 42). Todo homem na qualidade de ser livre pode, diante dessa possibilidade, assumir a morte como forma de vivificar a sua dignidade. A isso o Direito não se opõe e não teria como fazê-lo.

Ser pessoa é ser livre para assumir a titularidade das coordenadas de uma personalidade construída pela própria pessoa com os outros. Todo homem tem liberdade para assim ser na medida em que pode assumir a sua personalidade. Aqui repousa a legitimação do Direito, cujo fim precípua é a tutela da pessoa e as suas diversas formas de manifestação. Em consequência, tratar a pessoa como não pessoa é retirar-lhe a dignidade de ser pessoa. É afrontar a sua autonomia privada e negar o direito de construir a própria personalidade. É desrespeitar a sua dignidade e tutelar tão somente uma qualidade de ser, o que não necessariamente implica a defesa da dignidade.

A pessoa não pode ser vista como um dado *a priori*, nem uma predeterminação jurídica, mas algo concreto que se faz por processos comunicativos e que pressupõe, necessariamente, intersubjetividade. Dessa forma, se o homem, enquanto integrante da espécie humana, não tiver a liberdade de assumir as coordenadas da sua personalidade, e assim se autoafirmar, não poderá ser considerado pessoa. Negar ao homem a possibilidade de assumir as coordenadas da sua personalidade é negar-lhe a possibilidade de ser pessoa.

Todo esse argumento nos leva a uma nova hermenêutica do fundamento constitucional previsto no art. 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), bem como do direito fundamental à vida, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição da República. Portanto, faz-se necessário repensar o direito infraconstitucional, readequando-o à Constituição, sobretudo àquelas normas que tratam do suicídio.

## 4. Suicídio assistido no Direito estrangeiro

No ano de 2002, a Holanda legalizou a eutanásia e o suicídio assistido<sup>4</sup>. A lei, intitulada *Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act*, modificou a redação dos arts. 293 e 294 do Código Penal, que passaram a vigor com a seguinte redação:

### Art. 293

1. Aquele que puser fim à vida de outra pessoa, segundo o desejo sério e expresso da mesma, será punido com pena de prisão de até doze anos ou com pena de multa da categoria quinta.

2. O ato não será punível caso praticado por um médico que tenha cumprido com os requisitos de cuidado, dispostos no artigo 2 da lei sobre comprovação e fim da vida em petição própria e de auxílio ao suicídio, e se houver comunicação ao 'forense municipal', conforme o artigo 7, parágrafo segundo da Lei Reguladora dos Funerais.<sup>5</sup>

### Art. 294

1. Aquele que, de forma intencionada, induza outrem ao suicídio será, em caso de consumação deste, punido com pena de prisão de até três anos ou com multa da categoria quarta.

2. Aquele que, de forma intencionada, prestar auxílio a outrem para que se suicide ou facilitar-lhe os meios necessários para este fim, será, em caso de consumação, punido com pena de prisão de até três anos ou com pena de multa da categoria quarta. Se aplicará, por analogia, o artigo 293, parágrafo 2.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Para um estudo mais aprofundado da legislação holandesa, vide: SÁ; MOUREIRA, 2015.

<sup>5</sup> Tradução livre de: "Article 293: 1. Any person who terminates another person's life at that person's express and earnest request shall be liable to a term of imprisonment not exceeding twelve years or a fifth-category fine. 2. The act referred to in first paragraph shall not be an offence if it is committed by a physician who fulfils the due care criteria set out in section 2 of the Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act, and if the physician notifies the municipal pathologist of this act in accordance with the provisions of section 7, subsection 2 of the Burial and Cremation Act." (NETHERLANDS. *Termination of Life on Request and Assisted Suicide* (Review Procedures) Act. Disponível em: <[http://www.schreuwomleven.nl/abortus/text\\_of\\_dutch\\_euthanasia-law.doc](http://www.schreuwomleven.nl/abortus/text_of_dutch_euthanasia-law.doc)> Acesso em: 26. jan. 2016).

<sup>6</sup> Tradução livre de: "Article 294: 1. Any person who intentionally incites another to commit suicide shall, if suicide follows, be liable to a term of imprisonment not exceeding three years or to a fourth-category fine. 2. Any person who intentionally assists another to commit suicide or provides him with the means to do so shall, if suicide follows, be liable to a term of imprisonment not exceeding three or a fourth-category fine. Article 293, paragraph 2 shall apply *mutatis mutandis*." (NETHERLANDS. *Termination of Life on Request and Assisted Suicide* (Review Procedures) Act. Disponível em: <[http://www.schreuwomleven.nl/abortus/text\\_of\\_dutch\\_euthanasia-law.doc](http://www.schreuwomleven.nl/abortus/text_of_dutch_euthanasia-law.doc)> Acesso em: 26. jan. 2016).

O art. 2º da lei, mencionado no § 2º do artigo 293 do Código Penal, é de extrema importância, porque nele estão configurados os requisitos de cuidado que o médico precisa observar, a saber: a) tenha se convencido que o pedido do paciente foi meditado e voluntário; b) tenha se convencido de que o padecimento do paciente é insuportável e sem esperanças de melhora; c) tenha informado ao paciente sua real situação e suas perspectivas de futuro; d) tenha se convencido, juntamente ao paciente, de que não há outra solução razoável para a situação em que se encontra este último; e) tenha consultado, pelo menos, um médico independente que, examinando o paciente, emitiu seu parecer por escrito sobre o cumprimento dos requisitos de cuidado; e f) tenha praticado a eutanásia ou o auxílio ao suicídio com o máximo de cuidado e esmero profissional.

A Holanda não exige autorização estatal prévia para a eutanásia ou o suicídio assistido. A realização do ato está a cargo de um juízo do profissional responsável pela sua execução que deve observar os requisitos de cuidado, sob pena de sofrer as sanções estipuladas nos artigos 293 e 294 do Código Penal holandês.

Na Holanda, pessoas a partir de 12 anos podem recorrer à morte assistida, desde que o procedimento seja autorizado pelos pais ou responsáveis legais. Importante também que aqueles com idade entre 12 e 16 anos tenham razoável compreensão de seus interesses e condição de saúde<sup>7</sup>.

Para as pessoas com idade entre 16 e 18 anos, duas são as previsões da lei: a) se o jovem demonstrar discernimento razoável, os médicos podem praticar a eutanásia ou auxiliar no suicídio, desde que contem com o consentimento dos pais ou responsáveis; b) completados 16 anos de idade, mas não apresentando o jovem discernimento suficiente para manifestar sua vontade sobre a morte assistida, somente é permitido ao médico o auxílio ao suicídio ou a prática da eutanásia em caso de o paciente ter se manifestado previamente por meio de documento escrito e, mesmo assim, imprescindível a manifestação favorável dos pais ou representante legal. Nessa última hipótese

---

<sup>7</sup> Neste sentido: “3. If the minor patient has attained an age between sixteen and eighteen years and may be deemed to have a reasonable understanding of his interests, the physician may carry out the patient’s request for termination of life or assisted suicide, after the parent or the parents exercising parental authority and/or his guardian have been involved in the decision process.” (NETHERLANDS. *Termination of Life on Request and Assisted Suicide* (Review Procedures) Act. Disponível em: <[http://www.schreeuwomleven.nl/abortus/text\\_of\\_dutch\\_euthanasia\\_law.doc](http://www.schreeuwomleven.nl/abortus/text_of_dutch_euthanasia_law.doc)> Acesso em: 26. jan. 2016).

b), o procedimento pode ser feito ainda que o menor seja psicologicamente incapaz<sup>8</sup>.

Em relação aos menores de 16 e maiores de 12 anos que tenham o discernimento necessário, é possível o requerimento da prática da eutanásia e do suicídio assistido, conquanto seus pais ou responsáveis manifestem-se favoráveis à medida.<sup>9</sup>

A Suíça também permite o suicídio assistido. Aliás, o país é destino de muitas pessoas que desejam a morte, mas não podem consumá-la em seus países de origem diante da tipificação da eutanásia e do suicídio assistido como crime.

Eis o que dispõe os arts. 114 e 115 do Código Penal suíço:

Art. 114. Aquele que, por motivos louváveis, e, em especial, por compaixão para com a vítima, causar a morte desta em seu próprio, genuíno e reiterado pedido, está sujeito a uma pena de prisão não superior a três anos ou a uma multa monetária.<sup>10</sup>

Art. 115. Aquele que, por motivos egoístas, incita ou auxilia alguém a cometer ou tentar cometer suicídio é, caso a outra pessoa depois cometa ou tente cometer suicídio, passível de uma pena de prisão não superior a cinco anos ou a uma multa monetária.<sup>11</sup>

A prática da eutanásia, na Suíça, é crime. Quanto ao auxílio ao suicídio, só se configura crime se os motivos da conduta forem egoísticos. No país há duas clínicas são conhecidas para as pessoas que pretendem o auxílio ao suicídio se

---

<sup>8</sup> FERREIRA, Pedro Henrique Menezes. *A Efetivação Normativa da Autonomia Privada: entre o direito aos cuidados paliativos e o direito de morrer*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

<sup>9</sup> "4. If the minor patient is aged between twelve and sixteen years and may be deemed to have a reasonable understanding of his interests, the physician may carry out the patient's request, provided always that the parente or the parents exercising parental authority and/or his guardian agree with the termination of life or the assisted suicide. The second paragraph applies mutatis mutandis." (NETHERLANDS. *Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act*. Disponível em: <[http://www.schreeuwomleven.nl/abortus/text\\_of\\_dutch\\_euthanasia\\_law.doc](http://www.schreeuwomleven.nl/abortus/text_of_dutch_euthanasia_law.doc)> Acesso em: 26. jan. 2016).

<sup>10</sup> Tradução livre de: "Art. 114. Any person who for commendable motives, and in particular out of compassion for the victim, causes the death of a person at that person's own genuine and insistent request is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty." (SWITZERLAND. *Swiss Criminal Code*. Disponível em: <<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>> Acesso em 26 jan. 2016).

<sup>11</sup> Tradução livre de: "Art. 115. Any person who for selfish motives incites or assists another to commit or attempt to commit suicide is, if that other person thereafter commits or attempts to commit suicide, liable to a custodial sentence not exceeding five years or to a monetary penalty." (SWITZERLAND. *Swiss Criminal Code*. Disponível em: <<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>> Acesso em 26 jan. 2016).

dirigem<sup>12</sup>. A clínica *Dignitas*, objeto de inúmeros documentários em televisões de todo o mundo, é uma associação de assistência à morte que recebe cidadãos suíços e estrangeiros, com custos econômicos. Outra associação é a *Exit*, que recebe apenas cidadãos suíços e não há custo para a assistência à morte.

A Bélgica legalizou a prática da eutanásia em 2002 (*The Belgian Act on Euthanasia of May, 28<sup>th</sup> 2002*).

A lei define eutanásia como o ato deliberado do médico de por fim à vida do paciente a pedido deste. O termo “eutanásia” é usado tanto para a administração oral, quanto para a intravenosa da droga<sup>13</sup>, daí concluindo que os dispositivos da lei belga abrangem tanto o suicídio assistido quanto a eutanásia propriamente dita.

Os critérios da lei belga são rígidos para a prática da eutanásia ou do suicídio assistido. Tal como na Holanda, não há necessidade de autorização judicial para a efetivação do ato, mas o médico deve se reportar à Comissão Federal de Controle e Avaliação (FCEC) até quatro dias após a prática da eutanásia.<sup>14</sup>

Os requisitos observados são: a) o médico deve informar ao paciente sobre sua condição de saúde, as opções terapêuticas possíveis, a viabilidade dos cuidados paliativos e suas implicações; b) o paciente deve emitir sua decisão de forma voluntária e razoável; c) o sofrimento físico ou mental deve ser incontestado e contínuo; d) o médico deve consultar outro profissional, acerca do diagnóstico do paciente, que corrobore a natureza grave e incurável da doença; e) o médico deve se certificar de que o paciente pôde discutir seu pedido com outras pessoas do seu interesse.<sup>15</sup>

A partir de 2013 a chamada Lei da Eutanásia sofreu modificações. Se antes o ato era permitido para maiores e menores emancipados, a alteração legislativa passou a permitir a prática do ato independente de limite de idade, diferentemente da Holanda, que estabelece idade mínima de 12 anos. Os pacientes maiores e emancipados devem apresentar sofrimento físico ou

---

<sup>12</sup> *Britânico comete suicídio assistido em clínica na Suíça e reacende debate sobre morte digna*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/britanico-comete-suicidio-assistido-em-clinica-na-suica-reacende-debate-sobre-morte-digna-16262924>>. Acesso em 26.01.2016. *Mitos e realidades sobre o suicídio assistido na Suíça*. Disponível em: <<http://www.swissinfo.ch/por/mitos-e-realidades-sobre-o-su%C3%ADc%C3%ADdio-assistido-nasu%C3%AD%A7a/893224>>. Acesso em 26.01.2016.

<sup>13</sup> “In the Netherlands and Luxembourg, the term ‘assisted suicide’ is used when the life-ending drugs are taken orally, but in Belgium, the term ‘euthanasia’ is used whether the drugs are received orally or intravenously.” (THIENPONT L, 2015, p. 1).

<sup>14</sup> Neste sentido vide capítulo IV, Seção 5, da Lei Belga (BELGIUM, 2002).

<sup>15</sup> Neste sentido vide capítulo II, Seção 3, da Lei Belga (BELGIUM, 2002).

psíquico *insuportável* e *intratável*. A partir de 2013, com a expansão da Lei da Eutanásia o menor com capacidade de discernimento também pode requerer a prática da morte assistida desde que apresente situação médica de sofrimento físico insuportável devido a uma doença terminal *intratável*.

A *insuportabilidade* é subjetiva e só pode ser determinada pelo paciente. Porém, é importante que haja uma concordância entre médico e paciente acerca da extensão do sofrimento físico e/ou mental. Já a *intratabilidade* é um termo objetivo porquanto qualquer opção terapêutica deve conter três requisitos: a) oferecimento de uma melhora efetiva; b) possibilidade de administrar o tratamento em um período razoável; c) equiparação entre os benefícios e os prejuízos gerados pelo tratamento.<sup>16</sup>

## 5. O suicídio e a dogmática jurídica nacional

Tradicionalmente, o Código Penal brasileiro trata a vida como bem jurídico resguardado por diversos dispositivos legais tendentes a criminalizar condutas que atentem contra este “estado que se encontra um ser humano animado, normais ou anormais que sejam suas condições fisiopsíquicas” (NORONHA, 1983, p. 23). Nesse contexto, a vida é tratada como um bem jurídico individual, na medida em que cada um possui o direito de gozá-la e desfrutá-la, assim como um bem jurídico social, razão pela qual ela se torna indisponível. Para Magalhães Noronha, “existe um interesse ético-político do Estado na conservação da vida humana, como condição de vida e desenvolvimento do conglomerado social ou o povo politicamente organizado, ou ainda como condição de sua própria existência” (NORONHA, 1983, p. 23).

O art. 121 do Código Penal prescreve como conduta típica o ato de *matar alguém*, cuja pena é de reclusão, de seis a 20 anos. Nessa hipótese, incluindo os casos de homicídio qualificado, fala-se em uma conduta comissiva ou omissiva de um terceiro, estranho à titularidade do direito protegido, que, sem

---

<sup>16</sup> “‘Unbearable’ suffering can be understood as a subjective term. By its nature, the extent to which the suffering is unbearable must be determined from the perspective of the patient himself or herself, and may depend on his or her physical and mental strength and personality. According to the Law, a physician has to come to a level of mutual understanding with the patient about the extent of his or her unendurable suffering. ‘Untreatable’ is a more objective term. According to the guidelines of the Dutch Psychiatric Association (NVvP), any therapeutic option for a particular condition must meet the following three requirements: (1) it must offer a real prospect of improvement, (2) it must be possible to administer adequate treatment within a reasonable period of time and (3) there must be a reasonable balance between the expected treatment results and the burden of treatment consequences for the patient.” (THIENPONT L, 2015, p. 2).

a anuência deste, retira-lhe a vida. De fato, a ilicitude, nessa hipótese, salta aos olhos e evidencia uma necessária atuação jurídico-penal.

Por outro lado, o § 1º do art. 121 prescreve que se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço, eis que se trata da hipótese de homicídio privilegiado. A eutanásia, nas suas diversas formas, vem sendo tratada pelo Direito Penal pátrio como homicídio, ainda que privilegiado. Do conteúdo da regra do art. 121, § 1º, do Código Penal, depreende-se que o ato de tirar a vida de outrem que se encontre em grande sofrimento pode ser considerado motivo de relevante valor moral e, por isso, o agente que praticar o delito terá sua pena reduzida de um sexto a um terço.

Vê-se que referido parágrafo não determina quem seja o agente, donde a conclusão de que qualquer pessoa que realizar o ato, desde que compelida por motivo de relevante valor moral, terá se valido da eutanásia. Portanto, não há, no Direito brasileiro, a exigência de que a eutanásia seja praticada por médico, como, tecnicamente, é entendida.

No que tange ao suicídio, o Código Penal não previu a possibilidade de se punir o sujeito, titular do direito, que pratica ato retirando-lhe a própria vida. Tanto é que o suicídio em si não é crime, e não haveria razão para tanto. Na perspectiva clássica, percebe-se que a conduta do homicida atenta contra a natureza jurídico-social do bem vida, porém, como o Direito Penal não teria condições reais para a punição, a conduta não é tipificada.

Por outro lado, a determinação do art. 122 diz que induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça configura conduta típica, cuja pena, caso o suicídio se consuma, é de dois a seis anos de reclusão. Ora, por que criminalizar tal conduta? De acordo com Magalhães Noronha, “o direito vê no suicídio um fato imoral e socialmente danoso, o qual cessa de ser penalmente indiferente, quando a causá-lo concorre, junto com a atividade principal, uma outra força individual estranha” (NORONHA, 1983, p. 42).

Porém, pelos argumentos apresentados no item anterior, a conclusão proposta pela clássica teoria do Direito Penal sobre a proteção jurídica do bem vida deve ser adequada a um novo paradigma normativo-constitucional.

Tramita no Congresso Nacional um projeto de alteração do Código Penal que, na medida de sua especificidade, afasta a ilicitude da ortotanásia. Intenso debate tem sido promovido sobre a descriminalização ou não da eutanásia, porém, nada tem sido discutido sobre o suicídio assistido.

Ao que tudo indica, pelo menos da análise do projeto, ainda que possa sobrevir uma alteração do Código Penal brasileiro, nada será modificável quanto à conduta de induzir, instigar ou auxiliar alguém à prática do suicídio. De fato, essa conduta de induzimento ou instigação mostra-se como algo extremamente temerário e merece do legislador um tratamento jurídico-penal mais acurado.

Afirmamos isso porque induzir alguém ao referido ato pressupõe a conduta de um terceiro, capaz de fomentar a iniciativa do sujeito, titular do direito ao suicídio. Não se trata de um exercício deliberado do direito, mas de uma persuasão. Esse terceiro seria o primeiro a propor, suscitar, propagar alguma ideia suicida no sujeito (NORONHA, 1983, p. 43). Não diferentemente, a conduta de instigar pressupõe o estimular, o animar da conduta suicida. Nesse caso, a ação do terceiro tem natureza secundária, pois ele robustece ou revigora um propósito deliberado pelo próprio agente titular do direito (NORONHA, 1983, p. 43).

Por outro lado, quando se fala em auxílio ao suicídio as discussões devem ser analisadas de forma mais criteriosa, sobretudo em razão dos argumentos apresentados no tópico anterior. Auxiliar alguém ao suicídio é ajudar, favorecer e facilitar. Trata-se de uma assistência física que, a nosso ver, a depender da hipótese, encontra-se amparada pelo Direito Constitucional e, portanto, lícita penalmente.

Tal hipótese se justifica quando falamos no suicídio assistido, por agente de saúde, apto a assegurar o exercício da autonomia para morrer do sujeito titular do direito.

## **6. Conclusão: reflexões sobre a racionalidade do suicídio assistido no Direito brasileiro**

Embora as discussões sobre a autonomia para morrer encontrem no Direito brasileiro alguns entraves na lei, as reflexões sobre esse tema não se restringem a uma dimensão estritamente legal. Isso porque, compreendemos o Direito como um dever em constante processo de releitura de si, que se perfaz no discurso, não permitindo que categorizações, postulados ou conceitos se engessem em torno de um dever ser determinado, fixo e indiscutível.

Tal como propusemos no livro *Autonomia para morrer* (SÁ; MOUREIRA, 2015), o exercício normativo da autonomia para morrer pressupõe o

preenchimento de alguns critérios, tendentes a ordenar a prática do ato. Afinal, nenhum direito é absoluto.

Propor uma reflexão sobre a racionalidade do suicídio assistido no contexto do Direito brasileiro exige uma interpretação constitucional do ato, porquanto estamos abordando o exercício de direitos fundamentais. Aliás, se estamos tratando de assegurar direitos fundamentais, entendemos ser legítima a atuação proativa do Poder Judiciário, tal como ocorreu na Colômbia, onde a Corte Constitucional reconheceu o direito fundamental a morrer dignamente (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2014) e determinou que o Ministério da Saúde e Proteção Social elaborasse diretrizes para o exercício da morte digna, o que foi feito (COLOMBIA, 2015).

Por outro lado, não é nosso propósito tornar simplista a discussão. Sabemos que a realidade é infinitamente mais complexa do que qualquer esquema que se possa pensar, porém é preciso levar a sério a reflexão, sobretudo em tratando-se de uma reflexão jurídica, cujo paradigma é a sociabilidade democrática, essencialmente plural.

Pois bem, de acordo com os argumentos apresentados nos itens 1 e 2 do presente artigo, chegamos a duas conclusões:

a) tanto o art. 1º, inciso III, quanto o art. 5º, *caput*, ambos da Constituição da República, asseguram a existência de uma autonomia para morrer, decorrente da compreensão dinâmica de construção da dignidade da pessoa humana, bem como da perspectiva de vida como um direito, e não como um dever;

b) por outro lado, dispõe o art. 122 do Código Penal brasileiro, em sua literalidade estrita, que a conduta do sujeito que auxilia alguém ao suicídio é tida como crime.

Só podemos chegar à primeira conclusão porque à pessoa deve ser resguardada a possibilidade de construção da pessoalidade, reconhecida e efetivada pelo Direito. Se os projetos de uma sociedade fraterna e pluralista reconhecem a possibilidade de convívio de variados projetos de vida, a dignidade da pessoa humana pressupõe, inclusive, a autonomia para morrer.

Absolutamente nada no Direito proíbe que alguém possa se matar<sup>17</sup>. Porém, será que a execução do ato sem auxílio é o que a pessoa realmente pretende? E o receio da dor? E a possibilidade do erro? Diante dessas particularidades propomos a leitura constitucional do art. 122 do Código Penal.

---

<sup>17</sup> Vale a pena ressaltar o caso da professora Chantal Sèbire, que se suicidou na França após o seu pedido de morte assistida ter sido negado pelo Judiciário. Para saber mais sobre o caso, vide: SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 157-161.

Apesar de o Direito Penal brasileiro prever a tipicidade da conduta de alguém que auxilie o ato, imputando-lhe pena de reclusão de dois a seis anos na hipótese de consumação do suicídio, temos que o suicídio assistido, desde que preenchidos alguns requisitos específicos, deve ser tratado como fato atípico. Não em razão de uma causa legal de exclusão da tipicidade, mas de uma *causa constitucional de exclusão da tipicidade* que encontra guarida nos art. 1º, inciso III, e art. 5º, *caput*, ambos da Constituição da República de 1988.

Do contrário, impor a alguém a obrigação de prolongamento da própria vida, quando não o deseja e se encontra em estado de terminalidade e sofrimento, implica tratamento desumano e degradante, hipótese expressamente vedada pelo texto constitucional (art. 5º, III).

Nossa proposta é a de que o caráter típico da conduta estaria excluído desde que preenchido os seguintes requisitos<sup>18</sup>:

*a) o sujeito passivo deve padecer de enfermidade terminal que lhe cause sofrimento;*

Por enfermidade terminal entende-se o caráter progressivo e irreversível da enfermidade, que não seja suscetível de tratamento curativo e de eficácia comprovada, ou quando os recursos terapêuticos utilizados com fins curativos deixaram de ser eficazes. Além disso, é imprescindível a atuação do titular do direito na determinação se tal enfermidade é capaz ou não de lhe causar sofrimento apto a ser contrário à sua compreensão de dignidade.

A proposta de se restringir a assistência ao suicídio em tais hipóteses visa assegurar o exercício seguro do ato extrajudicial, estando o médico amparado por um critério objetivo (enfermidade terminal). Em todas as legislações.

*b) o sujeito ativo que auxilia o suicídio deve ser um médico ou uma junta médica;*

Restringir o auxílio ao suicídio assistido aos profissionais da medicina significa limitar a prática de tais atos a uma dimensão especializada, sendo recomendável a criação de comitês interdisciplinares para a análise dos pedidos de assistência ao suicídio. Isso porque o profissional da medicina possui capacidade técnica em repassar ao sujeito passivo todas as informações necessárias acerca do seu estado de saúde.

*c) obtenção do consentimento livre e esclarecido do sujeito passivo;*

A formação do consentimento livre e esclarecido do sujeito passivo pressupõe a dialeticidade da relação médico-paciente, mas não uma dialética

---

<sup>18</sup> Os requisitos apresentados são similares àqueles estabelecidos pela Resolução Colombiana n. 1216, de 20 de abril de 2015. (COLOMBIA, 2015).

abstrata, resumida em uma infinidade de papéis. Trata-se de construir uma decisão a partir de critérios cooperativos decorrentes dos deveres de esclarecimento, de consulta e de prevenção, a serem observados por todos os envolvidos na formação da decisão, inclusive terceiros, que, de uma forma ou de outra, possam colaborar na relação médico-paciente.

O pedido do paciente deve evidenciar o exercício livre de uma vontade, evitando que fatores externos possam impedir livre escolha. Além disso, é preciso assegurar a ele a liberdade de desistir unilateralmente do ato, a qualquer momento e sem qualquer condicionante.

Perceba que todos os requisitos acima descritos são tratados, de alguma maneira, nas legislações estrangeiras que legitimam a prática do suicídio assistido<sup>19</sup>.

Não obstante os requisitos anteriormente propostos, certo é que eles não se esgotam em si mesmos. Têm como escopo instigar uma discussão futura, seja na via judicial, legislativa ou administrativa, a fim de se assegurar o exercício de um direito fundamental. De qualquer forma, fato típico nesses casos não há!

Em situações nas quais os requisitos acima apresentados não sejam claramente perceptíveis (como por exemplo, a ausência de enfermidade terminal, ou o padecimento de sofrimento psíquico ou a incapacidade civil do paciente), o exercício da autonomia para morrer não pode ser impossibilitado. O caminho nesses casos é recorrer ao Poder Judiciário, que exercerá a delicada tarefa de efetivar direitos fundamentais diante de cada caso concreto<sup>20</sup>.

Na democracia contemporânea a função do Direito não se sustenta sob uma perspectiva meramente funcional, mas pressupõe a geração legítima, garantida normativamente, de um fluxo comunicativo capaz de respaldar a validade do Direito enquanto instrumento garantidor de iguais liberdades fundamentais.

Assim, se a morte figurar como uma possibilidade no processo de construção da personalidade, ela deve ser levada em consideração não como afronta ao direito à vida, mas como uma realização de um projeto de vida-bom de um destinatário ou coautor do Direito que busca a realização da sua própria individualidade.

Reconhecemos a existência de vários percalços culturais, sociais e políticos para o enfrentamento do tema *morte assistida*. Todavia, se a vida é um direito que compreende o exercício de uma autonomia para morrer, é necessário levar a sério a forma como o evento morte se dará.

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, vide item 3 do presente artigo.

<sup>20</sup> Sobre a atuação hermenêutica do Poder Judiciário nesses *hard cases*, sugerimos a leitura de CHAMON JÚNIOR, 2008.

## 7. Referências

BELGIUM. The Belgian Act on Euthanasia of May 28th 2002. Disponível em: <<http://www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?LAN=E&TABLE=EP&ID=59>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no direito moderno*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución n. 1216 de 2015. Disponível em: <[http://www.dmd.org.co/pdf/Eutanasia\\_resolucion-1216-de-2015.pdf](http://www.dmd.org.co/pdf/Eutanasia_resolucion-1216-de-2015.pdf)>. Acesso em 12/07/2015.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala Novena de Revisión, Sentencia T-970/14, Rel. Luis Ernesto Vargas Silva, j. em 15/12/2014. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>>. Acesso em 12/07/2015.

FERREIRA, Pedro Henrique Menezes. *A Efetivação Normativa da Autonomia Privada: entre o direito aos cuidados paliativos e o direito de morrer*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

MURGIA, Michela. *Accabadora*. Torino: Giulio Einaudi, 2009.

NETHERLANDS. Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act. Disponível em: <[http://www.schreuwomleven.nl/abortus/text\\_of\\_dutch\\_euthanasia\\_law.doc](http://www.schreuwomleven.nl/abortus/text_of_dutch_euthanasia_law.doc)>. Acesso em: 26. jan. 2016.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol 2. São Paulo: Saraiva, 1983.

OLIVEIRA, Lucas Costa de. Memento Mori: a morte entre a dogmática e a zetética. In: *Biodireito e Direito dos Animais I*. Organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

PUENTE, Fernando Rey. *Os filósofos e o suicídio*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SAMPEDRO, Ramón. *Cartas desde el infierno*. Barcelona: Planeta España, 2004.

SWITZERLAND. *Swiss Criminal Code*. Disponível em: <<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>> Acesso em 26 jan. 2016.

TAYLOR, Charles. *As fontes do Self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

THIENPONT L et al. Euthanasia requests, procedures and outcomes for 100 Belgian patients suffering from psychiatric disorders: a retrospective, descriptive study. *BMJ Open*, 2015; 5: e007454.



Este livro foi editado eletronicamente,  
em fontes Vera Human 95 nas variações Italic e Bold,  
no título principal e rodapé de numeração das páginas, e  
Crimson Text nas variações Regular, Italic, SemiBold, SemiBold Italic, Bold e Bold Italic nos textos.

Tiragem: 1.100 exemplares.

Capa impressa em papel triplex 270g/m<sup>2</sup>, 4 cores, e miolo em sulfite 75g/m<sup>2</sup>.

Produzido pela Global Print e Editora Gráfica em maio de 2020,  
com Rita Lopes na revisão e Cláudia Barcellos na diagramação e editoração eletrônica.



