

REVISTA JURÍDICA

Direito, Justiça, Fraternidade
& Sociedade

Volume 1 | Edição Especial



SENTENÇA DO ZERO



ISSN 2965-7695

EQUIPE EDITORIAL

DIREÇÃO EDITORIAL

Dra Priscila Luciene Santos de Lima, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.

Esp Aline M. Klais, Sentença do Zero, Brasil.

Fabio Alfredo D. Jaensch, Sentença do Zero, Brasil.

Esp Fabiana Pinheiro Hammerschmidt, Sentença do Zero, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Dr Adilson Anacleto, Universidade Estadual do Paraná, Campo Mourão/PR, Brasil.

Dr Alcelyr Valle da Costa Neto, Instituto Superior do Litoral do Paraná - ISULPAR, Paranaguá/PR, Brasil.

Dr Antônio Valdeci Nobles, Universidade Estadual de Roraima - UERR, Boa Vista/RO, Brasil.

Dr Arlen José Silva de Souza, Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Rondônia/RR, Brasil.

Dra Andréa Grandini José Tessaro, Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, Joinville/SC, Brasil

Dra Claudia de Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil.

Dr Deilton Ribeiro Brasil, Universidade de Itaúna - UIT, Itaúna/MG, Brasil.

Dr Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba/PR, Brasil.

Dra Driele Aparecida Rossi, Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI, Venda Nova do Imigrante/ES, Brasil.

Dr Daniel Ferreira, Centro Universitário Internacional - UNINTER, Curitiba/PR, Brasil.

Dr Enoque Feitosa, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Fábio Ramazzini Bechara, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Felipe Chiarello de Souza Pinto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Fernando Gustavo Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Flávia Jeanne Ferrari, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Gessuelyton Mendes de Lima, Universidade Federal do Paraná- UFPR, Curitiba /PR, Brasil.

Dra Hadassah Santana, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília/DF, Brasil.

Dr Heron Gordilho, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador/BA, Brasil.

Dr Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho/PR, Brasil.

Dr João Marcelo de Lima Assafim, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Dra Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis/SC, Brasil.

Dr Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Dra Lorena de Melo Freitas, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Lourenço de Miranda Freire Neto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dra Luciana de Aboim Machado, Universidade Federal do Sergipe - UFSE, Aracaju/SE, Brasil.

Dra Mara Darcanchy, Centro Universitário FACVEST - FACVEST, Lages/SC, Brasil.

Dr Marcelo Antônio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Cuiabá/MT, Brasil.
Dra. Maria Carolina Almendra de Freitas, Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina/PI, Brasil
Dra Mônica Celestino Santos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Paulo Roberto Barbosa Ramos, Universidade Federal do Maranhão - UFMA, São Luis/MA, Brasil.
Dra Raquel Duarte Hadler, Universidade de Campinas - UNICAMP, Campinas/SP, Brasil.
Dra Regina Vera Villas Bôas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, São Paulo/SP, Brasil.
Dra Rita Margareth Costa Passos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Tiago Oliveira Moreira, Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal/RN, Brasil.
Dr Valmir Cesar Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Manaus/AM, Brasil.
Dr Vladimir Passos de Freitas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Viviane Côelho de Séllos-Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wagner Menezes, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wanderson de Paula Pinto, Faculdade da Região Serrana - FARESE, Santa Maria de Jequitibá/ES, Brasil.
Dra Ynés da Silva Félix, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, CamposGrande/MS, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Dr Alessandro Rosanó, Università di Padova, Itália.
Dr Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália.
Dr Antônio Sorella Castillo, Universidad Libre de Chiapas, México.
Dr Augustus Bonner Cochane III, Agnes Scott College, EUA.
Dra Beata Stepień Zalucka, University of Rzeszów, Polônia.
Dra Belíña Herrera Tapias, Universidad de la Costa (Barranquilla), Colombia.
Dr Carlos García Soto, Universidad Monteávila, Venezuela.
Dra Carolina Granja, Universidad Católica de Córdoba, Argentina.
Dr Eduardo Amorim, Universidad de Oviedo, Espanha.
Dr Eduardo Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal.
Dra Elizabeth Acciolly Rodrigues da Costa, Universidade Europeia, Portugal.
Dr Fábio da Silva Veiga, Universidade Lusófona do Porto, Portugal.
Dr Fernando Hernández Fradejas, Università de Bologna, Itália.
Dr Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha.
Dr Gonçalo S. de Melo Bandeira, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal.
Dr João Proença Xavier, Universidade de Coimbra, Portugal.
Dr Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, Equador.
Dr Jorge Alfredo Arevalo, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dr Justo Reguero Celada, Universidad de Salamanca, Espanha.
Dr Karlos Manuel Navarro Medal, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicarágua.
Dra Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dra Letícia Mirelli Faleiro e Silva, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dr Marco Olivetti, Università LUMSA, Roma, Itália.

Dra Maria Camacho Zegarra, Universidad ESAN, Peru.

Dr Mauricio López Barrantes, Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

Dra Mariusz Zalucki, AFM Krakow University, Polônia.

Dr Nuno Garoupa, Texas A&M University School of Law, EUA.

Dr Pablo Fernandez Garcia-Armero, Universidad Internacional de La Rioja, Espanha.

Dr Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, Universidad de los Andes, Chile.

Dr Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.

Dr Rui Miguel Zeferino Ferreira, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.

Dra Tatiana Shirasaki, University of Wisconsin Law School Madison, EUA.

EDITORAÇÃO

Carlos Eduardo Caixa Barbosa, Sentença do Zero, Brasil.

Capa e Diagramação:

Di'Artes



ÍNDICE

VANESSA FERREIRA DE MIRANDA

1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA REPERCUSSÃO DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 07

LEONARDO DE CAMARGOS MARTINS

2. EUTANÁSIA E AUTONOMIA: APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO DE DECIDIR 21

JOÃO LUCAS DE FREITAS PASCHOALIM DE MELLO

3. A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO 35

MARCIO COSTA GOMES

4. ABANDONO AFETIVO INVERSO COMO CAUSA ENSEJADORA DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR PARTE DOS FILHOS 46

LÍLIAN FERREIRA BORGES

5. A COMPETÊNCIA DISCIPLINAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E DA RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO 58

FRANCISCO DE CARVALHO LAPA

6. A PROVA NO PROCESSO PENAL: PRODUÇÃO E VALIDADE, SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA CONTEMPORÂNEA 79

LEONARDO FELIPE MARQUES TIRADENTES

7. ALCANCE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: O ESTADO TEM O DEVER DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA)? 92

JULIANA DI BERARDO

8. NOTAS INTRODUTÓRIAS À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL 108

NÍCOLAS DORADO DE OLIVEIRA

9. O JUIZ DE GARANTIAS INSTITUÍDO PELA LEI 13.964/2019, A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIS 6298, 6299, 6300 E 6305 E O REFORÇO DO SISTEMA ACUSATÓRIO 120

SHAYENNE COSME ALI CALDEIRA

10. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DA INTIMIDADE E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: A QUESTÃO DA LICITUDE DA PROVA FORTUITA 134



VÍTOR BRAGA DE CASTRO ALVES

11. DA MITIGAÇÃO DO REQUISITO DE REVERSIBILIDADE EM TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA ANTECIPADAS	151
--	------------

LAÍS DE CARVALHO LAPA

12. ALIENAÇÃO PARENTAL: ORIGEM CONCEITUAL E REPERCUSSÕES PRÁTICAS ...	167
--	------------



O DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA REPERCUSSÃO DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND ITS REPERCUSSIONS UNDER THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION

Vanessa Ferreira de Miranda¹

Resumo: O direito ao esquecimento ou “direito de ser deixado em paz”, embora não seja tema novo na doutrina jurídica brasileira, vem ganhando destaque nessa nova sociedade da informação. Explora-se, nesse passo, a aplicação do direito ao esquecimento no arcabouço jurídico brasileiro, que, embora já tenha trabalhado o tema, ainda prescinde de maiores discussões e regulamentações. Diante desse cenário, tem-se, de um lado, a liberdade de expressão e de informação, constitucionalmente garantidas, inerentes à atual sociedade da informação, e, de outro, o direito ao esquecimento. Nesse contexto, importante examinar a existência de um direito ao esquecimento e sua adequação à ordem jurídica brasileira.

Palavras-Chave: Direito ao Esquecimento. Liberdade de expressão e de informação. Sociedade de informação.

Abstract: The right to be forgotten, or the "right to be left alone," although not a new topic in Brazilian legal doctrine, has been gaining prominence in this new information society. In this context, the application of the right to be forgotten within the Brazilian legal framework is explored, which, despite having addressed the issue, still requires further discussions and regulations. In this scenario, on one hand, we have freedom of expression and information, constitutionally guaranteed and inherent to the current information society, and on the other hand, the right to be forgotten. In this context, it is important to examine the existence of a right to be forgotten and its suitability within the Brazilian legal order.

Keywords: Right to be Forgotten. Freedom of expression and information. Information society.

1. INTRODUÇÃO

A vida atual em sociedade não seria a mesma sem a revolução tecnológica proporcionada pela difusão dos meios de comunicação em massa e a capacidade ilimitada de armazenamento de informações, notadamente pelos chamados motores de busca da internet, até como forma de preservação da própria memória e história do homem.

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Campus Poços de Caldas. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio. Assessora de Juiz. vanessa.fmiranda@yahoo.com.br.



Todavia, essa mesma capacidade ilimitada de armazenamento de dados, quando exposta a um número indefinido de pessoas, pode fazer como que fatos já consolidados no tempo ressurgam e assombrem os personagens envolvidos nesses eventos pretéritos, causando-lhes dores e sofrimentos.

Nesse passo, inconteste a importância de se analisar um direito até então inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, que limita as liberdades constitucionalmente asseguradas de expressão e de informação, fazendo-se imprescindível o estudo da interpretação dada ao tema pela doutrina civilista majoritária, a qual incluiu o direito ao esquecimento como um direito de personalidade especificamente com a edição do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, e pelas Cortes Superiores Brasileiras, notadamente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, para fins de verificação da adequação do direito ao esquecimento à ordem jurídica brasileira, o que será objeto de estudo no segundo e último capítulo do presente trabalho.

Assim sendo, diante da atualidade do tema e sua importância para a sociedade moderna caracterizada pela difusão de informações em escala mundial, proporcionando mudanças significativas no tratamento de fatos pelos meios de comunicação, almejar-se-á com o presente trabalho contribuir na discussão sobre o direito ao esquecimento e sua adequação à ordem jurídica brasileira.

2. A REPERCUSSÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

A doutrina brasileira vem tratando do tema sob análise desde o início da década de 1990 através de artigos e livros, tanto de modo direto como incidentalmente (MENDES; COELHO, 2009, p. 365), sendo que o direito ao esquecimento foi inserido doutrinariamente como objeto da vida privada e da identidade no artigo “Direitos de personalidade: Os direitos de personalidade são inatos?” de Edson Ferreira da Silva (MENDES; COELHO, 2009, p. 365), notadamente no ano 1993, bem como na monografia “A proteção constitucional da própria imagem” de Luís Alberto David Araújo citado por Rodrigues Junior (2013).

Posteriormente, o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça Sidnei Agostinho Beneti publicou em 1994 um artigo denominado “A Constituição e o sistema penal” abordando, com base em pensamentos de Francisco Rezek, a existência do esquecimento dos delitos através da prescrição (BENETI, 1994).



Nas palavras de Beneti (1994), esse direito, que não se tratava propriamente da doutrina do direito ao esquecimento aqui estudada, é “um dos direitos importantes adquiridos pela sociedade no decorrer dos séculos”.

No ano de 2002, no 6º Congresso de Direito do Consumidor, foi colocado em pauta o tema “As informações armazenadas pela instituição bancária e o direito à intimidade do cliente” em palestra ministrada por Têmis Limberger (RODRIGUES JUNIOR, 2013).

A Promotora de Justiça do Rio Grande do Sul explanou que o direito ao esquecimento no âmbito da proteção ao consumidor bancário possuía amparo no artigo 43, §1º, segunda parte, do Código de Defesa do Consumidor, que determina que as informações cadastrais dos clientes-consumidores podem ficar armazenadas no prazo máximo de 5 (cinco) anos (RODRIGUES JUNIOR, 2013). Desse modo, concluiu que todos os dados podem ser guardados por determinado período de tempo, mas utilizados eternamente não.

O direito ao esquecimento, embora não seja um tema novo na doutrina jurídica brasileira, acabou ganhando maior destaque no Direito Brasileiro com a edição do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), em março de 2013 (JURÍDICO, 2013).

O Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, que será analisado mais detidamente abaixo, prevê que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (BRASIL, 2013).

Nesse sentido, com a tutela do direito ao esquecimento, todos têm o direito de não serem lembrados ad eternum por atos ou fatos pretéritos constrangedores ou vexatórios, tudo em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A doutrina do direito ao esquecimento chegou à análise da jurisprudência brasileira, notadamente do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2013. O tema foi destaque no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.334.097/RJ (BRASIL, 2013) e REsp 1.335.153/RJ (BRASIL, 2013), ambos publicados no Diário de Justiça eletrônico de 10 de setembro de 2013.

Nesse momento, cite-se apenas que os Recursos Especiais trataram de dois notáveis casos criminais, um sobre a chacina da Candelária, ocorrida em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, e o outro da segunda metade do século XX, relacionado à pessoa de Aída Curi, assassinada em 14 de julho de 1958 também no

Rio de Janeiro. O ministro Luís Felipe Salomão foi o relator dos dois acórdãos (RODRIGUES JUNIOR, 2013).

Todo esse arcabouço doutrinário e jurisprudencial fez com que o direito ao esquecimento chegasse à pauta de discussão no Supremo Tribunal Federal brasileiro, ainda no ano de 2015.

Assim, importante analisar agora a repercussão da doutrina jurídica do direito ao esquecimento na doutrina e jurisprudência brasileira através de uma análise mais detida sobre o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil e os julgamentos célebres proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1 O Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil

O Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, dispõe que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (BRASIL, 2013).

Nessa esteira, de se mencionar a justificativa dada pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJE/CJF) na elaboração do Enunciado 531. Veja-se²:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (BRASIL, 2013)

Acerca do tema, Edson Pires da Fonseca (2013), Professor de Direito Constitucional, Processo Constitucional e Introdução ao Estudo do Direito do Colegiado de Direito da Faculdade AGES, explica que o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil visa proteger principalmente a dignidade humana ao passo que estabelece o direito de não ser lembrado eternamente por equívocos do passado ou situações constrangedoras (FONSECA, 2013).

Por outro lado, Rogério Fialho Moreira, Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e Coordenador da Comissão de Trabalho da Parte Geral na VI

² BRASIL. Justiça Federal. **Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil**. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2024.

Jornada, afirma que a finalidade do enunciado é possibilitar apenas a discussão acerca do uso que é dado aos fatos nos meios de comunicação em massa e não atribuir qualquer direito de se apagar fatos passados ou de reescrever histórias (JURÍDICO, 2013).

Nas palavras do ilustre Desembargador, “não é qualquer informação negativa que será eliminada do mundo virtual” (JURÍDICO, 2013), cabendo ao magistrado delimitar, no caso concreto, quais direitos merecem a tutela estatal, sempre em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

2.2 A Aplicação do direito ao esquecimento pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: caso “Chacina da Candelária” e caso “Aída Curi”

O direito ao esquecimento ganhou maior destaque e discussão no âmbito da jurisprudência brasileira por meio do Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma), que aplicou a tese do direito ao esquecimento em duas decisões independentes, cujo relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão, as quais merecem melhor análise.

Nesse contexto, de se registrar, em um primeiro momento, que os casos levados à apreciação da Corte Superior ficaram conhecidos como casos da “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, ambos buscando a aplicação da doutrina jurídica do direito ao esquecimento e o pagamento de indenizações pela violação a este direito.

O caso levado à apreciação do STJ no REsp nº 1.334.097 teve como norte o episódio conhecido como “Chacina da Candelária”, ocorrido na noite do dia 23 de julho de 1993, quando policiais militares atiraram em mais de 50 crianças e jovens, entre 11 e 19 anos, que dormiam na escadaria da Igreja da Candelária no Rio de Janeiro, sendo que oito jovens vieram a óbito. Após o julgamento do caso, três policiais militares foram condenados e seis foram absolvidos, dentre os quais Jurandir Gomes de França, parte no litígio em testilha (FONTES, 2014).

O autor, após ter sido inocentado por unanimidade dos membros do Conselho de Sentença por negativa de autoria, foi procurado pelo programa televisivo “Linha Direta – Justiça”, da emissora Globo Comunicações e Participações S. A., para fins de entrevista e posterior veiculação de reportagem sobre os fatos, o que, todavia, foi negado por aquele que, inclusive, demonstrou seu desinteresse em ter sua imagem exposta ao público (BRASIL, 2013).

Não obstante, a imagem de Jurandir foi divulgada no programa retro, em junho de 2005, oportunidade em que este foi apontado como um dos envolvidos na chacina,

embora tivesse sido absolvido, reacendendo, nas palavras daquele, o clamor público de justiça e de ódio social, diante de uma situação que já havia sido superada, prejudicando a sua privacidade e intimidade e a de seus familiares, o que levou ao ajuizamento de ação indenizatória em face da emissora Globo Comunicações e Participações S. A. (BRASIL, 2013).

O pedido indenizatório foi julgado improcedente em primeira instância pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, que elegeu mitigar o "direito ao anonimato e ao esquecimento" do autor em favor do interesse público da veiculação midiática de um "evento traumático da história nacional" e que repercutiu "de forma desastrosa na imagem do país junto à comunidade internacional". Porém, em sede de apelação, entendeu-se, por maioria, que a sentença primeva deveria ser reformada e o pedido do autor julgado procedente, já que os fatos poderiam ter sido transmitidos ao público sem a menção à pessoa de Jurandir, que, registre-se, já havia sido inocentado e desejava prosseguir no esquecimento (BRASIL, 2013).

Opostos embargos infringentes e embargos de declaração em face da decisão acima, ambos foram rejeitados, o que levou à interposição pela empresa vencida de recursos especial e extraordinário, invocando o interesse público na divulgação do tema, que já seria parte do histórico do povo, e a ausência de ofensa aos direitos da personalidade do autor, bem como a impossibilidade de divulgação da trágica história sem a menção às pessoas dos envolvidos, dentre os quais o autor (BRASIL, 2013).

No particular, entendeu a 4ª Turma do STJ que, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado um fato histórico, é certo que poderia ter sido recontada e propagada em rede nacional sem a exposição da imagem e do nome do autor dos autos.

Desse modo, a Corte Superior negou provimento ao recurso especial interposto e manteve a decisão que condenou a parte Globo Comunicações e Participações S. A. no pagamento de indenização à parte Jurandir e fez prevalecer a direito ao esquecimento sobre a liberdade de expressão e informação da referida emissora (BRASIL, 2013).

Nos dizeres do Ministro Relator³:

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.334.097 - RJ**. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 07 jun. 2024.

Com efeito, penso que a historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato –, pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado.

Muito pelo contrário, nesses casos o reconhecimento do “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.

(...)

E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana (BRASIL, 2013).

Por outro lado, o caso analisado no REsp nº 1.335.15/RJ retratou o sinistro ocorrido em 14 de julho de 1958 envolvendo a pessoa de Aída Curi, menina de 18 anos de idade à época, que caminhava em Copacabana no Rio de Janeiro, quando foi raptada por dois homens, posteriormente identificados como Ronaldo Castro e Cássio Murilo, e levada ao terraço do Edifício Rio Nobre, onde, com o auxílio do porteiro, Antônio Souza, sofreu, além de tortura, abusos sexuais, até que seu corpo ser jogado do décimo segundo andar do prédio (FONTES, 2014).

Nesse contexto, dois dos envolvidos, incluindo aqui o porteiro, foram condenados por atentado violento ao pudor e tentativa de estupro, ao passo em que o terceiro envolvido, Cássio Murilo, foi condenado pelo homicídio e, então, encaminhado ao Sistema de Assistência ao Menor (SAM), já que era menor de idade na época do crime (FONTES, 2014).

Após 50 anos do fato acima narrado, a emissora Globo Comunicações e Participações S.A. divulgou, também no programa denominado “Linha Direta – Justiça”, sem o consentimento da família de Aída, a vida e a morte desta, o que levou os irmãos da vítima, Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi, a ajuizarem, em face da referida emissora, ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem (BRASIL, 2013).

O Juízo da 47ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro julgou improcedentes os pedidos dos autores, o que foi mantido em sede de apelação, com razões de decidir baseadas principalmente no dever social da empresa ré de informar, alertar e debater o caso em comento, que, no particular, se sobreporia ao direito de esquecer o passado, já que não seria este o “caminho salvador para tudo” (BRASIL, 2013).

Nesse passo, os autores interpuseram recursos especial e extraordinário, após a rejeição dos embargos declaratórios aventados (BRASIL, 2013).

No que se refere ao Recurso Especial cadastrado sob o nº 1.335.15/RJ, argumentaram as partes autoras-recorrentes que a reportagem transmitida pela empresa ré reabriu as velhas feridas proporcionadas pelo assassinato da irmã e que já havia sido esquecido com o tempo, e, ainda, que a exploração da imagem de Aída, além de ilícita, mormente pela ausência de consentimento dos autores quanto a isto, proporcionou um enriquecimento ilícito à emissora-ré. De outro lado, a empresa recorrida se abarcou na liberdade de expressão e informação constitucionalmente protegida e o afastamento da aplicação do direito ao esquecimento (BRASIL, 2013).

Nesse sentido, aduziu o Ministro Relator do acórdão em testilha⁴:

Agora, uma vez mais, o conflito entre liberdade de informação e direitos da personalidade ganha a tônica da modernidade, analisado por outro prisma, desafiando o julgador a solucioná-lo a partir de nova realidade social, ancorada na informação massificada que, diariamente, choca-se com a invocação de novos direitos, hauridos que sejam dos já conhecidos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles, por sua vez, resultantes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2013).

Assim como exposto nas razões de decidir do acórdão do caso “Chacina da Candelária”, se os condenados que cumpriram penas e os que foram absolvidos têm direito ao esquecimento, do mesmo modo, os ofendidos também têm o direito de não verem suas desgraças privadas serem exploradas e propagadas a um número ilimitado de pessoa, como seria o caso em análise. Todavia, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, tal entendimento não deveria ser aplicado no caso sub judice, mormente porque os fatos já tinham alcançado o domínio público, “de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.” (BRASIL, 2013).

Nas palavras do Ministro Relator Luis Felipe Salomão⁵:

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.335.153-RJ**. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 07 jun. 2024.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.335.153-RJ**. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 07 jun. 2024.



É evidente e possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime se tornou histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera.

Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos (BRASIL, 2013).

Desse modo, sopesando os valores em conflito, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que o acolhimento ao direito ao esquecimento dos autores e, de consequente, a indenização pretendida, seria demasiadamente desproporcional, no particular, à liberdade de expressão e informação consubstanciada na liberdade de imprensa, motivo pelo qual negou provimento ao recurso interposto e manteve as decisões primeiras (BRASIL, 2013).

Nesse mesmo sentido, não deu provimento aos demais pleitos aventados, notadamente ao alegado dano à imagem, mormente porque, no entendimento do Ministro Relator, o programa exibido ao público tratou precisamente o crime em si e não a imagem da vítima e desdobramentos outros disto decorrentes (BRASIL, 2013).

O caso em tela chegou também à apreciação do Supremo Tribunal Federal no ano de 2014, por meio do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) de nº 833248, que analisou a aplicação (ou não aplicação) do direito ao esquecimento, mormente na esfera civil, tendo o Plenário Virtual da Corte reconhecido, ainda no ano de 2014, a repercussão geral da matéria.

Eis a ementa da decisão proferida pela Corte Suprema Brasileira, cujo relator foi o Ministro Dias Toffoli:⁶

Direito Constitucional. Veiculação de programa televisivo que aborda crime ocorrido há várias décadas. Ação indenizatória proposta por familiares da vítima. Alegados danos morais. Direito ao esquecimento. Debate acerca da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade. Presença de repercussão geral. (STF, Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) de nº 833248, Ministro Relator Dias Toffoli, data do julgamento: 9 dez. 2014). (BRASIL, 2014)

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 833248**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282657>>. Acesso em: 07 jun. 2024.

Nos termos da decisão que reconheceu a repercussão geral do tema, esclareceu o Ministro Relator do caso que os temas objetos do recurso extraordinário *sub judice* apresentam denso caráter constitucional e ultrapassam, inclusive, os interesses subjetivos das partes envolvidas, até mesmo porque o que se discute de fundo é a ponderação entre importantes princípios constitucionais: a liberdade de expressão e informação e os direitos da personalidade, consagrados através da dignidade da pessoa humana, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada (BRASIL, 2014).

2.3. O direito ao esquecimento na visão do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal em 11/2/2021, no julgamento do RE 1010606/RJ, de Relatoria do Min. Dias Toffoli, decidiu que ordenamento jurídico brasileiro não consagra o denominado direito ao esquecimento (CAVALCANTE, 2021).

Segundo o Supremo Tribunal Federal, é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, uma vez que a previsão ou aplicação de um “direito ao esquecimento” afrontaria a liberdade de expressão.

O “direito ao esquecimento” caracteriza restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação de pensamento e ao direito que todo cidadão tem de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social, bem como equivale a atribuir, de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de unidade da Constituição (CAVALCANTE, 2021).

A liberdade de expressão não é absoluta, no entanto, a sua restrição pela mera passagem do tempo não encontra amparo no ordenamento jurídico. Vale dizer: a existência de um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisaria estar prevista, de modo pontual, em lei.

A ordem constitucional protege a honra, a privacidade e os direitos da personalidade e oferece, pela via da responsabilização, proteção contra informações inverídicas, ilicitamente obtidas ou decorrentes do abuso no exercício da liberdade de expressão. Essa proteção se estende tanto para o âmbito penal como cível (CAVALCANTE, 2021).

A tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal foi a seguinte:



É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. STF. Plenário. RE 1010606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 786, Info. 1005). (BRASIL, 2021)

3. CONCLUSÃO

O esquecimento está intimamente relacionado à superação do passado, protegendo, desse modo, a intimidade e a vida privada do indivíduo de atos ou fatos pretéritos já consolidados pelo tempo. Eis a importância do esquecimento.

Todavia, o esquecimento e o “seguir em frente” proporcionado por este têm encontrado árduos obstáculos na atual sociedade da informação, notadamente com a propagação em escala mundial de dados através da internet e o armazenamento destes indefinidamente no tempo, fazendo com que o passado se torne, quase sempre, um presente contínuo.

É exatamente nesse ambiente que se invoca a criação de novos direitos, dentre os quais o direito ao esquecimento, mormente como uma esfera de proteção da vida íntima do indivíduo, já que somente este tem legitimidade para autorizar ou não a propagação pelos meios de comunicação em massa de informações que lhe digam respeito, ainda que verdadeiras, até mesmo para fins de se evitar sofrimentos e transtornos outros a este.

Nesse sentido, a Magna Carta Brasileira de 1988 protege, de um lado, a atividade informativa ao prever a liberdade de “expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, inciso IX), e, por outro lado, limita essa mesma atividade informativa ao salvaguardar a inviolabilidade da “intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, inciso X), dispondo que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (art. 220, § 1º).



Logo, diante da colisão entre as liberdades de expressão e de informação e o direito ao esquecimento, importante é a aplicação da ponderação de interesses (e do princípio da proporcionalidade) no caso concreto, sopesando a realização e o sofrimento imposto a um e a outro valor, como forma de proporcionar efetividade a ambos.

Nesse sentido, não foi outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de dois recursos especiais que trataram do direito ao esquecimento e sua possível aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, que ficaram nacionalmente conhecidos como casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, oportunidades em que a Corte Superior entendeu, de maneira divergente, pela aplicação do direito ao esquecimento e, de outra banda, pela não aplicação do direito em tela, nesta ordem respectivamente, mas sempre sopesando os direitos fundamentais em conflito e ressaltando a importância da ponderação de valores no caso concreto.

Não é demais ressaltar, todavia, que o tema não é novo na discussão doutrinária brasileira (embora mereça maiores regulamentações), mas passou de fato a ser preocupação nacional após a edição do Enunciado n. 531 do CJF que ratifica a necessidade de se pensar no direito ao esquecimento como direito fundamental ao dispor: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal em 11/2/2021, no julgamento do RE 1010606/RJ, de Relatoria do Min. Dias Toffoli, decidiu que ordenamento jurídico brasileiro não consagra o denominado direito ao esquecimento.



REFERÊNCIAS

BENETI, Sidnei Agostinho. A Constituição e o sistema penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 704, p. 296, jun. 1994.

BRASIL. Justiça Federal. **Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil**. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.334.097- RJ**. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 07 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.335.153- RJ**. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 07 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 833248**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282657>>. Acesso em: 07 jun. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil [1988]**. 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 07 jun. 2024.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O ordenamento jurídico brasileiro não consagra o denominado direito ao esquecimento**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/-detalhes/10fb6cfa4c990d2bad5ddef4f70e8ba2>>. Acesso em: 08/07/2024

DIZER O DIREITO. **Direito ao esquecimento**. 11 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2013/11/direito-ao-esquecimento.html>>. Acesso em: 07 jun. 2024.

FONSECA. Edson Pires da. **O direito de ser deixado em paz – direito ao esquecimento no STJ**. 07 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/>>



noticias/o-direito-de-ser-deixado-em-paz-direito-ao-esquecimento-no-stj/2158/>.
Acesso em: 07 jun. 2024.

FONTES, Jamile Magalhães Barreto. O direito ao (não) esquecimento como um direito humano. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4082, 04 set. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31543>>. Acesso em: 07 jun. 2024.

JURÍDICO, Consultor. **Preservação de informações**: Direito ao esquecimento é garantido por Turma do STJ. 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-esquecimento-garantido-turma-stj-enunciado-cjf>>. Acesso em: 07 jun. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direito Comparado: Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 07 jun. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal**. 30 abril2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402>>. Acesso em: 07 jun. 2024.

**EUTANÁSIA E AUTONOMIA: APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO DE DECIDIR****EUTHANASIA AND AUTONOMY: NOTES ON THE RIGHT TO DECIDE**Leonardo de Camargos Martins¹

Resumo: O artigo analisa a eutanásia a partir do direito à autonomia e individualidade como elementos ínsitos à inviolabilidade da vida. A inviolabilidade da vida é explorada à luz de conceitos jurídicos e filosóficos, argumentando-se que o valor da vida deve incluir a percepção subjetiva de dignidade de cada indivíduo. A metodologia adotada é o método dedutivo, com pesquisa. Conclui-se que a eutanásia, ao respeitar a autonomia do paciente, não viola a inviolabilidade da vida, mas a reforça, permitindo que cada indivíduo defina o que significa viver com dignidade. O artigo propõe uma reflexão sobre a necessidade de repensar as práticas atuais à luz da autonomia individual.

Palavras-Chave: Eutanásia. Autonomia. Inviolabilidade da Vida. Dignidade Humana. Direitos Fundamentais.

Abstract: The article analyzes euthanasia from the perspective of the right to autonomy and individuality as inherent elements of the inviolability of life. The inviolability of life is explored in light of legal and philosophical concepts, arguing that the value of life must include the subjective perception of each individual's dignity. The methodology adopted is the deductive method, with bibliographic research. It is concluded that euthanasia, by respecting the patient's autonomy, does not violate the inviolability of life but reinforces it, allowing each individual to define what it means to live with dignity. The article proposes a reflection on the need to rethink current practices in light of individual autonomy.

Keywords: Euthanasia. Autonomy. Inviolability of Life. Human Dignity. Fundamental Rights.

1. INTRODUÇÃO

Existe um limite para o direito à vida? Quando se relaciona questões como um prolongamento ou não de vida da pessoa que se encontra em estado terminal, “ligada” apenas por tubos, enorme conflito surge do ponto de vista ético e jurídico. A resposta mais comum é o uso de cuidados paliativos, que aliviam a dor sem encurtar a vida. No entanto, essa abordagem não atende aos pedidos de eutanásia de pessoas que não estão em estado terminal.

Recentemente, a mídia destacou o caso de uma jovem mineira que busca recursos para ir à Suíça, onde a eutanásia é legalizada, após sofrer de uma doença

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da Presidência do Conselho Nacional do Ministério Público.

crônica desde os 16 anos. Aos 27 anos e sem opções de tratamento, ela vê a eutanásia como uma forma de acabar com seu sofrimento.

O presente trabalho tem como objeto de estudo, dessa maneira, uma análise da breve da eutanásia, restrita aos indivíduos que não se encontram em estado terminal: pessoas que, plenamente conscientes, não se encontrando em um quadro de morte próxima, requisitam o fim de suas vidas.

Objetiva-se trazer uma perspectiva do direito fundamental à inviolabilidade da vida a partir de um de seus elementos mais relevantes: a autonomia e a individualidade de cada ser para decidir, dentro de sua respectiva concepção, o que é viver com dignidade. Trata-se de uma reflexão crítica para que sejam repensadas as noções atuais sobre o tema à luz da autonomia individual, considerando tanto a dimensão jurídica quanto filosófica desse debate complexo e multifacetado.

Quanto à metodologia, o artigo utilizou o método dedutivo, especialmente a partir da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, incluindo conceitos jurídicos de autores como Léo Pessini e Ronald Dworkin, além de decisões do STF que tratam da autonomia individual e dignidade humana.

2. EUTANÁSIA

O termo eutanásia é tecnicamente utilizado como a ação médica intencional e com finalidade altruística, que acelera ou provoca a morte de pessoa que se encontra em estado de sofrimento físico e/ou psicológico (BARROSO e MARTEL, 2009, p. 133-174). Na lição de Léo Pessini (2004, p. 205):

(...) sugerimos que o termo eutanásia seja reservado apenas para o ato médico que, por compaixão, abrevia diretamente a vida do paciente com a intenção de eliminar a dor e que outros procedimentos sejam identificados como expressões de assassinatos por misericórdia, mistanásia, distanásia ou ortotanásia conforme seus resultados, a intencionalidade, sua natureza e as suas circunstâncias.

Segundo Pessini, se o ato não for praticado por um médico deveria ser caracterizado como “homicídio por misericórdia ou, quando muito suicídio assistido” (2004, p. 206). Embora, a priori, seja interessante que o ato seja de exclusividade do médico, utilizar-se-á aqui o termo eutanásia não somente como um ato médico, mas como um ato de qualquer pessoa que, movido por uma intenção de compaixão,

abrevia a vida de outra pessoa para pôr termo ao seu sofrimento físico e/ou psicológico.

O que importa, portanto, é o estado do paciente e a intenção do autor. Isso é o que diferencia a eutanásia de um homicídio, em que o fim almejado é o encerramento da vida e não da dor. Ao mesmo tempo, para o conceito aqui tratado, a eutanásia em muito se aproxima do suicídio assistido:

O que diferencia a eutanásia do suicídio assistido é quem realiza o ato; no caso da eutanásia, o pedido é feito para que alguém execute a ação que vai levar à morte; no suicídio assistido é o próprio paciente que realiza o ato, embora necessite de ajuda para realizá-lo, e nisto difere do suicídio, em que esta ajuda não é solicitada. (KOVACS, 2003).

Para este estudo, a distinção entre eutanásia e suicídio assistido não será significativa, pois os argumentos apresentados se aplicam a ambos os casos. Ambos os atos envolvem a consideração da vontade do paciente e a compaixão como motivações principais, respeitando a autonomia individual e a dignidade humana.

3. A INVOLABILIDADE DA VIDA E A AUTONOMIA INDIVIDUAL

Usualmente, quando se fala em um paciente terminal, a doutrina e prática médica busca como solução a aplicação de cuidados destinados a melhorar o bem-estar do paciente. Para essa perspectiva, a eutanásia seria uma medida desnecessária. Bastaria promover a qualidade de vida daquele paciente (KOVACS, 2003).

Essa solução, contudo, não é tão simples. A melhora da qualidade de vida, embora indispensável, nem sempre é suficiente, mesmo que sejam empregados todos os cuidados necessários. O espanhol Ramon Sampedro, por exemplo, passou 29 anos em busca do seu direito de ser eutanasiado, não sendo razoável assumir que, durante todo esse período, o que lhe faltou foi uma preocupação com sua qualidade de vida (RIBEIRO, 2003).

A Constituição da República, em seu art. 5º, ao inaugurar a lista de direitos fundamentais, estabeleceu expressamente a “inviolabilidade da vida”. Não poderia ser diferente, considerando ser a vida pressuposto para o gozo de todos os outros direitos fundamentais (FABRIZ, 2003). É inegável, portanto, que a vida, em si, possui um valor intrínseco, distinto do valor subjetivo de cada paciente. Sob uma perspectiva liberal,



contudo, não se pode compreender esse valor intrínseco da vida como um bem absolutamente intocável, como bem aponta Débora Diniz (2006, p. 1741):

O princípio da sacralidade da vida assegura o valor moral da existência humana e fundamenta diferentes mecanismos sociais que garantem o direito de estar vivo. Esse é um princípio laico, também presente em diferentes códigos religiosos, mas não é o mesmo que o princípio da santidade da vida. Reconhecer o valor moral da existência humana não é o mesmo que supor sua intocabilidade. O princípio da santidade da vida é de fundamento dogmático e religioso, pois pressupõe o caráter heterônimo da vida humana. Em um Estado laico como é o Brasil, o que está expresso em nosso ordenamento jurídico público é o princípio da sacralidade da vida humana e não o princípio da santidade da vida humana. O valor moral compartilhado é o que reconhece a vida humana como um bem, mas não como um bem intocável por razões religiosas. Todavia, a socialização dos profissionais de saúde confunde ambos os conceitos, o que acaba por sobrepor valores privados e metafísicos a respeito do sentido da existência e da morte a princípios coletivos, como o da sacralidade da vida e da autonomia.

Quando se fala em uma vida, não é importante somente que esta tenha uma gama de experiências, mas que efetivamente expresse uma concepção coerente da personalidade. Por isso deve-se considerar especialmente os interesses críticos de cada indivíduo, que são justamente aqueles interesses que mais fortemente refletem a personalidade de cada indivíduo.

As pessoas podem considerar o desejo de viver a todo custo por estar entre seus interesses mais importantes esperar que um neto ou um filho nasça, ou simplesmente por considerarem o fato de lutarem até o fim uma conquista que por si só agregue valor a sua personalidade. Outros, por sua vez, podem considerar que uma vida dependente é algo extremamente degradante e doloroso e, dessa forma não estará entre seus interesses. Para um atleta, por exemplo, a vida em estado vegetativo pode ser totalmente contrária aos seus interesses. Para outro, por sua vez, lutar pela vida a todo custo, pode ser um reflexo do espírito competitivo e de superação que carregou durante toda sua formação psicossocial.

A escolha entre a vida e a morte envolve toda uma análise da identidade que o paciente carregou por toda a sua vida. O Estado não possui, ou ao menos não deveria possuir, a legitimidade para impor às pessoas sua concepção do que seja vida ou morte: (...) O fato de estar ou não entre os interesses fundamentais de uma pessoa ter um final de vida de um jeito ou de outro depende de tantas outras coisas que lhe são essenciais — a forma e o caráter de sua vida, seu senso de integridade e seus interesses críticos — que não se pode esperar que uma decisão coletiva uniforme sirva a todos de uma mesma maneira. É assim que alegamos razões de beneficência e autonomia em nome dos quais o Estado não deve impor uma concepção geral e única à guisa de lei soberana, mas deve, antes, estimular as pessoas a tomar as



melhores providências possíveis tendo em vista seu futuro. (DWORKIN, 2003, p. 201)

Dworkin, um dos mais influentes filósofos jurídicos contemporâneos, trouxe à discussão o fato de aqueles que são contra a eutanásia indicarem que, mesmo consciente e informada, a decisão autônoma de terminar a vida é errada porque contra os interesses do indivíduo. Logo, cabe ao Estado impedir a eutanásia porque o indivíduo não é capaz de saber o que é melhor para si (paternalismo). Refutou essa alegação sob o argumento de que existem dois tipos de interesses, os experienciais e os críticos, sendo estes aqueles interesses que refletem a individualidade de cada pessoa:

(...) O fato de estar ou não entre os interesses fundamentais de uma pessoa ter um final de vida de um jeito ou de outro depende de tantas outras coisas que lhe são essenciais — a forma e o caráter de sua vida, seu senso de integridade e seus interesses críticos — que não se pode esperar que uma decisão coletiva uniforme sirva a todos de uma mesma maneira. É assim que alegamos razões de beneficência e autonomia em nome dos quais o Estado não deve impor uma concepção geral e única à guisa de lei soberana, mas deve, antes, estimular as pessoas a tomar as melhores providências possíveis tendo em vista seu futuro. (DWORKIN, 2003, p. 301)

Ele, então, analisou profundamente a questão da inviolabilidade da vida. Em sua abordagem do "princípio da santidade da vida", externou que a percepção subjetiva da vida pode justificar a escolha de encerrar a própria existência, de modo que viver em um estado vegetativo pode, na verdade, violar o valor intrínseco da vida ao desrespeitar a contribuição humana despendida nela. Sob essa perspectiva, o ato de encerrar a vida pode, paradoxalmente, respeitar a sua inviolabilidade de forma mais ampla (2003, p. 201/202).

É o direito de autodeterminação que garantirá ao indivíduo o respeito aos seus interesses críticos, aos seus interesses mais fundamentais, que refletem a individualidade de sua personalidade, não uma postura estatal que tenta impor a todos sua concepção do que é certo ou errado.

Discutir eutanásia, portanto, não é uma questão de se realizar um juízo de ponderação entre a inviolabilidade da vida e outros direitos de natureza fundamental. Trata-se de reconhecer criticamente que a verdadeira inviolabilidade da vida só existe quando o direito à autonomia é respeitado e que, portanto, o Estado não possui legitimidade para impor ao cidadão uma concepção de vida diverso de cada individualidade:

Uma vez mais, a questão crítica consiste em saber se uma sociedade decente irá optar pela coerção ou pela responsabilidade, se tentará impor a todos os seus membros um juízo coletivo sobre assuntos de profundo caráter espiritual, ou se irá permitir e pedir a seus cidadãos que formulem, por si mesmos, os juízos mais crucialmente definidores de sua personalidade naquilo que diz respeito a suas próprias vidas.

(...) a questão colocada pela eutanásia não é saber se a santidade da vida deve ceder espaço a algum outro valor, como a humanidade ou a compaixão, mas de que modo a santidade deve ser entendida e respeitada. As grandes questões do aborto e da eutanásia, que dizem respeito à vida em seu início e seu fim, têm uma estrutura semelhante. Cada uma envolve decisões não apenas sobre os direitos e interesses de pessoas em particular, mas sobre a importância intrínseca e cósmica da vida humana em si. Em cada caso, as opiniões se dividem não porque alguns desprezam valores que para outros são fundamentais, mas, ao contrário, porque os valores em questão encontram-se no centro da vida de todos os seres humanos e porque nenhuma pessoa pode tratá-los como triviais a ponto de aceitar que outros lhe imponham seus pontos de vista sobre o significado desses valores. Levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania. (DWORKIN, 2003, p. 305).

É essencial afastar-se de uma visão estatal paternalista e moralista da vida. Impor a uma pessoa, plenamente capaz, sob a justificativa de proteção de seus interesses, uma concepção de vida que ela não reconhece é, em si, uma violação da própria vida e de sua dignidade. O respeito à dignidade humana, de fato, não se refere apenas ao reconhecimento da qualidade inerente que todo ser humano possui e deve ser respeitada. Engloba, também, uma ligação dessa mencionada qualidade humana intrínseca com algumas capacidades e com as próprias condições de vida:

(...) não se trata mais de afirmar o valor que se deve reconhecer a toda pessoa, independentemente de suas particularidades, mas, ao contrário, de ligar grandeza humana e certas capacidades e condições de vida. Dignidade vem designar a capacidade de decidir e de agir por si mesmo, que denominamos autonomia e autodeterminação, independência, e a qualidade da imagem que se oferece de si mesmo ao outro. A perda dessa capacidade e dessa imagem representa dura prova para quem tem consciência dela, e pode levar à perda do sentimento de auto-estima. Onde a visão clássica da dignidade humana reforça o valor inalienável da pessoa e uma postura de respeito, a linguagem da “morte com dignidade” leva a afirmar uma “perda de dignidade” que só uma morte voluntária antecipada poderia evitar. (VESPIEREN, APUD PESSINI, 2004, p.205)

O respeito a esse valor, assim, contém em si a liberdade individual de cada indivíduo. Sua percepção subjetiva de si mesmo é o que vai embasar o seu direito de viver e, igualmente, de morrer. É o próprio indivíduo que determina aquilo que entende por digno, não a sociedade (PESSINI, 2004, p.205). Essa autonomia resguarda não só aqueles que desejam morrer, como também aqueles que desejam com afincado lutar

até o fim de suas forças pela vida, mesmo que em meio a dores e sofrimentos (SIQUEIRA-BATISTA e SCHRAMM, 2008).

Entendimento contrário seria o mesmo que afirmar que o valor da vida se dissocia dos interesses do indivíduo, ou que a vida não pertence à pessoa, mas a terceiros. Essa visão concede uma proeminência excessiva ao aspecto natural (biológico) da vida, desconsiderando o aspecto material, que é o que lhe confere sentido:

El primer argumento en contra de la eutanasia lo he citado al principio de mi artículo. La vida humana es un regalo de Dios y los hombres no pueden eliminarla. Sin embargo, esta afirmación privilegia el sentido natural de la vida y subestima la importancia de la vida artificial a la hora de dar sentido a la natural. Valoramos nuestra vida no solo porque somos seres humanos, sino porque logramos unos objetivos y tenemos un comportamiento acorde con nuestras creencias. Es t a parte artificial de la vida es muy importante, no sólo desde un punto de vista laico, sino también religioso. Creo que El paradigma estricto no es correcto porque la vida no es sólo un regalo de Dios. Los católicos, por ejemplo, creen que el comportamiento es decisivo a la hora de ir al cielo o al infierno. (CALSAMIGLIA BLANCAFORT, 1993, p. 337-358)

O Supremo Tribunal Federal, em específicos momentos, adotou essa perspectiva da inviolabilidade da vida centrada no direito de autonomia/autodeterminação. Da ADPF 132, que tratou do reconhecimento da constitucionalidade de uniões homoafetivas, é possível extrair minimamente o ponto de vista constitucional sobre a autonomia privada nos moldes aqui tratados, ao afirmar que “não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice” (BRASIL, 2011).

O Supremo deixou claro, portanto, que, ante a inexistência de qualquer violação do direito de um terceiro na união entre pessoas do mesmo sexo, não haveria que se falar em proibição do reconhecimento da união estável. Consagrou-se que não cabe ao Estado interferir na vida privada enquanto não demonstrada uma justificativa idônea, como a violação de um interesse de terceiro ou da sociedade como um todo.

Dentro dessa perspectiva, difícil imaginar como a prática da eutanásia poderia ferir um interesse de terceiro ou da sociedade. Há sempre que se falar em violação aos interesses emocionais ou ao sentimento religiosos, mas estes não parecem ser critérios válidos para restringir a autodeterminação que é ínsita a uma vida digna. Imposições externas, baseadas em valores morais ou religiosos que não são

compartilhados pelo indivíduo, configuram uma forma de coerção que desrespeita a integridade pessoal.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que a conduta caracterizaria o tipo penal do homicídio (Art. 121 do Código Penal) e que, por ser crime, seria contra os interesses estatais de resguardar a vida com bem juridicamente tutelado. Eutanásia, porém, não é homicídio, não é assassinato (KOVACS, 2003). Como já dito, no homicídio o fim almejado pelo agente que pratica a conduta é retirar a vida, ao passo que na eutanásia o término da vida é somente o meio utilizado para aliviar o sofrimento do paciente. Justamente por isso, a eutanásia não viola, mas enaltece o bem jurídico vida como aspecto da individualidade de cada pessoa.

Nesse mesmo julgamento, O Ministro Ayres Brito, dissertando sobre o direito à “livre disposição da sexualidade de um indivíduo”, afirmou:

Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo (cito de memória). (BRASIL, 2011).

E o Ministro Marco Aurélio, por sua vez, trouxe as seguintes considerações:

A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano. A dificuldade de extrair o exato significado da expressão “dignidade humana” conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma “zona de certeza positiva” no tocante aos elementos essenciais do conceito.

A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana.

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos

Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo versus Peru, Cantoral Benavides versus Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. (...)

(...)

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie. (BRASIL, 2011).

É o direito à autonomia ou autodeterminação que permite a cada indivíduo a criação de uma identidade individual plena. No âmago dessa individualidade é que cada pessoa decide sobre os rumos de sua vida e até sobre o que é vida para si. É ela, a pessoa, a mais capaz para, livre e consciente, dizer que sua vida, em determinada condição, já não é mais vida; é ela que decide que seu ciclo de vida chegou ao fim. Mesmo que se possa falar em vida do ponto de vista biológico, para aquela pessoa, a condição em que se encontra já não é mais vida, mas uma tortura diária, um verdadeiro dever de viver.

Nessa linha, o direito de autonomia protege tanto aqueles que acreditam na eutanásia como sua forma de libertação de todo o sofrimento, e, portanto, em sua subjetividade acreditam que vida é outra coisa, algo muito mais que um simples estar vivo, quanto aqueles que, em sua individualidade, moldaram sua vida de modo a acreditar que o estar vivo já é algo especial.

A defesa da autonomia no caso da eutanásia se baseia na inexistência de uma visão universalmente correta sobre o que é vida. Portanto, a individualidade de cada pessoa em julgar e decidir o que é vida para si deve ser respeitada pela sociedade e pelo Estado, mesmo que essa decisão leve à eutanásia.

Bastante elucidativa é a lição do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da ADI 3510, que versava sobre a constitucionalidade das células tronco embrionárias, utilizando-se da doutrina de Daniel Sarmiento:

Por outro lado, e valendo-me das palavras de Daniel Sarmiento, entendo que "a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno. Esta autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios

interesses, de 'autogoverno de uma esfera jurídica', e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios. Esta é uma idéia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, na expressão de Canotilho, baseia-se no 'princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual'". (BRASIL, 2010).

Já no julgamento da ADPF 54, que tratou da possibilidade de aborto de fetos anencéfalos, o Ministro Marco Aurélio trouxe as seguintes considerações:

Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que "se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças"¹⁰⁵. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. Conforme bem enfatizado pelo Dr. Mário Ghisi, representante do Ministério Público na audiência pública, "é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam.

(...)

(...) O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura¹⁰⁹ ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

(...)

(...) Compete ao Supremo assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero.

Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal. (BRASIL, 2012).

Também não cabe na eutanásia, assim como não coube no aborto de anencéfalos, a ideia de que outra pessoa, no caso o Estado, decida o que cada indivíduo deve fazer. Deve ser respeitado o direito de autodeterminação para que a pessoa opte ou não pela eutanásia de acordo com os valores que adotou ao longo sua trajetória de vida, ao longo da formação de sua intrínseca individualidade.

É preciso reconhecer, portanto, que a vida possui uma carga axiológica tão complexa e tão absolutamente pessoal, que não se pode pensar em vida dissociada de autonomia. Proibir a eutanásia absolutamente seria desconsiderar todo o investimento humano que foi feito na mesma quando o indivíduo, no cerne de sua individualidade, entende que a situação em que se encontra não é mais vida.

O que se encontra em debate não é uma questão ponderação de valores; não é o fato de que um valor deve ceder ao interesse público da sociedade; trata-se, em realidade, de estabelecer a melhor interpretação da vida, que não pode ser outra senão aquela em que se leva em consideração não apenas seu aspecto natural/biológico, mas também, com mesma importância, o investimento humano consubstanciado nos interesses críticos e na percepção pessoal de cada indivíduo.

4. CONCLUSÃO

A eutanásia é, ainda hoje, um tema que gera relevantes discussões morais e sociais. Normalmente essa discussão se fundamenta, primordialmente, no caráter inviolável da vida, que é protegida pela Constituição brasileira como um direito de natureza fundamental e, portanto, inafastável.

Essa inviolabilidade, contudo, deve ser vista em uma concepção mais ampla, que engloba uma proteção tanto de seu aspecto natural/biológico quanto o seu aspecto humano e, conseqüentemente, o direito de autonomia/autodeterminação. Proteger a dimensão humana da vida implica respeitar a capacidade de cada pessoa de definir o que significa viver com dignidade e decidir quando sua vida deve terminar, de modo que se reconheça a integridade e a individualidade que cada pessoa desenvolve ao longo de sua existência.

Aceitar a eutanásia é permitir que cada pessoa decida qual o significado de vida com base em sua individualidade e, assim, que cada indivíduo possa exercer de maneira plena seu direito à vida. A resistência a essa ideia muitas vezes deriva de um paternalismo estatal e social que desconsidera a autonomia individual. O Supremo Tribunal Federal, nas ADPFs 54 e 132 e na ADI 3510, já adotou uma postura que valoriza a autonomia e a dignidade, sugerindo a necessidade de se repensar essa interpretação da inviolabilidade da vida.

A conclusão é que a eutanásia, ao respeitar a autonomia individual, não viola a inviolabilidade da vida, mas a reforça, permitindo que cada pessoa viva (e morra) de acordo com sua concepção de dignidade. A sociedade e o Estado devem evoluir para



reconhecer e respeitar essa autonomia, promovendo uma compreensão mais humana e integral da vida.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 18, jan/dez 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011.

CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. "Sobre la eutanasia". *Doxa*. N. 14 (1993). ISSN 0214-8876, pp. 337-358. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10687>. Acesso em 07 jul. 2024.

DINIZ, Debora. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 8, Aug. 2006.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FABRIZ, Daury Cezar. *Bioética e direito fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

KOVACS, Maria Julia. *Bioética nas questões da vida e da morte*. Psicol. USP, São Paulo, v. 14, n. 2, 2003.

PESSINI, Leo. *Eutanásia, porque abreviar a vida?*. Editora Centro Universitário São Camilo; Editora Loyola, São Paulo, 2004.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Suspensão de esforço terapêutico*. Cadernos de Direito Clínico, Brasília, Ano 1, n. 1, Out. 2005.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *A eutanásia e os paradoxos da autonomia*. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v.13, n.1, fev. 2008.



VESPIEREN, Patrick. A dignidade dos debates políticos. IN: PESSINI, Leo. Eutanásia, porque abreviar a vida? Editora Centro Universitário São Camilo; Editora Loyola, São Paulo, 2004.

A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO

THE THEORY OF CONSUMER PRODUCTION DEVIATION AND THE POSSIBILITY OF EXTENSION OF THE SCOPE OF APPLICATION

João Lucas de Freitas Paschoalim de Mello¹

Resumo: A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor (TDPC) foi elaborada pelo Advogado Marcos Dessaune, a qual consiste na tentativa de quantificar o prejuízo experimentado pelo consumidor nas tratativas para solucionar um determinado problema de consumo. O objetivo principal desta quantificação é possibilitar ao consumidor requerer a indenização pelo dano extrapatrimonial decorrente, o qual ocorre sob forma da perda do tempo útil por parte da pessoa consumidora. A teoria obteve projeção no cenário jurídico nacional ao ser referenciada expressamente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2018, a partir de julgados sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a exemplo do REsp 1.634.851. O objetivo do presente artigo é analisar a TDPC, bem como expor sobre a possível ampliação no escopo de aplicação da referida teoria.

Palavras-Chave: desvio produtivo do consumidor; Direito do Consumidor; tempo útil do consumidor; Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo; Teoria do Desvio Produtivo; vulnerabilidade do consumidor.

Abstract: The Theory of Consumer Productive Deviation (TDPC) was developed by Lawyer Marcos Dessaune, which consists of an attempt to quantify the loss experienced by the consumer in the negotiations to solve a certain consumption problem. The main objective of this quantification is to enable the consumer to request compensation for the resulting extra-patrimonial damage, which occurs in the form of loss of useful time on the part of the consumer. The theory gained prominence in the national legal scenario when it was expressly referenced by the Superior Court of Justice (STJ) in 2018, based on judgments under the report of Minister Nancy Andrighi, such as REsp 1,634,851. The objective of this article is to analyze the TDPC, as well as expose the possible expansion in the scope of application of the aforementioned theory.

Keywords: consumer productive diversion; Consumer Law; consumer useful time; In-depth Theory of Productive Deviation; Productive Deviation Theory; consumer vulnerability.

1. INTRODUÇÃO

Segundo Marcos Dessaune (2019, p. 15), a TDPC possui como objeto o desvio produtivo do consumidor, este desvio consiste na perda de tempo útil por parte da pessoa consumidora. O também denominado tempo vital, corresponde ao período

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pós-graduado em Direito Civil Contemporâneo pela Faculdade de São Vicente – FSV.

temporal no qual o comprador poderia realizar os afazeres próprios de sua existência, mas que acaba por ser despendido com a resolução de um problema de consumo.

Com isso, percebe-se que o desvio do tempo útil acarreta prejuízo à esfera de existência do consumidor, pelo que é relevante expor o art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). O referido artigo define os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo (PNRC), e em seu caput prevê que:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) [...] (BRASIL, 1990).

Em relação ao objeto do presente artigo, é importante destacar especificamente o objetivo da PNRC de “respeito à sua dignidade [do consumidor]”. Isto porque, o prejuízo ao tempo vital, no qual a pessoa consumidora realizaria os afazeres básicos da vida cotidiana, representa potencial afronta à dignidade do adquirente de bens e serviços.

No mesmo sentido preleciona Marcos Dessaune (2019, p. 15-16), ao expor que o desvio produtivo do consumidor aflige a própria dignidade do sujeito afetado, o que resulta em um dano extrapatrimonial relacionado à própria existência do indivíduo. O autor aduz, ainda, que a caracterização deste dano ocorre de forma presumida (*in re ipsa*), o que é pertinente para fins de caracterizar o direito a uma indenização.

Neste ponto, cabe destacar o paralelo realizado por Dessaune (2022, p. 305) em relação à atual jurisprudência, a qual, costumeiramente, caracteriza a perda de tempo por parte do consumidor como “mero aborrecimento”. Por isso, mostra-se de especial relevância analisar a TDPC, a fim de fomentar a aplicação da teoria, bem como estudar a possibilidade de expansão de seu âmbito de incidência.

No próximo capítulo será analisado o âmbito atual de aplicação da TDPC, com base em investigação que terá como escopo a doutrina e a jurisprudência. Esta opção metodológica decorre da necessidade de se analisar de que forma os tribunais se utilizaram dos ensinamentos doutrinários para subsumir a teoria aos casos concretos.

Relembre-se que o presente artigo se propõe a avaliar a possibilidade de extensão do âmbito de aplicação da TDPC, o que será feito com base nos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência. A opção por delinear a investigação

desta pesquisa a partir dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais possui o objetivo de oferecer concretude ao estudo, em especial caso seja apresentada uma proposta de extensão da teoria, o que se avaliará no terceiro capítulo deste artigo.

2. A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A SUA APLICAÇÃO

2.1 Conceituação e delimitação da teoria a partir de seu autor, Marcos Dessaune

O responsável pela criação da TDPC, Marcos Dessaune (2019, p. 17-18), justifica a proteção do tempo do consumidor a partir de uma abordagem sobre o desenvolvimento do consumo na sociedade pós-industrial. Segundo o autor, a lógica de consumo após a revolução industrial possibilitou a delegação da criação de bens e serviços para os fornecedores, os quais desempenham a atividade de modo habitual e especializado.

Com isso, foi possibilitado aos consumidores poupar o tempo que despenderiam para criar os respectivos bens e serviços. Neste ponto, Dessaune (2019, p. 18-19) realiza um contraponto entre esta lógica de consumo pós-industrial e os empecilhos aos quais os adquirentes de bens e serviços são submetidos diariamente pelos fornecedores.

Esta contrariedade reside no fato de que o ato de consumir deveria possibilitar ao consumidor poupar tempo, mas o que se evidencia atualmente é que o consumidor comumente precisa despende um período temporal significativo para a resolução dos problemas relacionados ao consumo. Como exemplos utilizados por Dessaune (2019, p. 18-19), cita-se a disposição de produtos no mercado de consumo sem a qualidade adequada, ou a utilização de práticas abusivas por parte dos fornecedores.

Dessaune (2019, p. 19) ainda expõe que esses atos abusivos podem ser praticados inclusive pelo Estado, o que é relevante para o objeto do presente artigo por conta do estudo sobre o âmbito de aplicação da TDPC. Com base na parte conceitual apresentada, se passará agora à análise do âmbito de incidência da teoria. Para tanto, será considerada a última edição do livro de Marcos Dessaune, que traz como proposta principal justamente ampliar o escopo da teoria.

A 3ª edição do livro de Marcos Dessaune lançada em 2022 denomina-se “Teoria ampliada do Desvio Produtivo”, a qual teve como diferencial a tentativa de aplicação da teoria também para as searas da Administração Pública e do Direito do Trabalho. Para justificar esta ampliação, Dessaune (2022) expõe que na relação

empregatícia é possível evidenciar a vulnerabilidade do trabalhador, enquanto no serviço público é possível verificar a vulnerabilidade do cidadão-usuário.

Dessaune (2022) argumenta que em decorrência da superioridade do empregador e da Administração Pública, é possível que eles se omitam ou se recusem a cumprir determinada obrigação legal ou contratual que lhes caibam. Em razão disso, haveria a possibilidade de o empregado e o cidadão-usuário desperdiçarem o seu tempo útil, de modo a abdicar de afazeres próprios de sua existência, o que seria semelhante ao que ocorre na relação de consumo.

2.2 O REsp 1.634.851: o primeiro julgado do STJ a aplicar a teoria

O REsp 1.634.851, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, trata-se de um dos casos mais relevantes em relação à aplicação da TDPC, o qual inclusive foi noticiado no sítio eletrônico do E. STJ (STJ, 2022). Isto porque, por ocasião do julgamento do referido Recurso Especial, houve pela primeira vez a aplicação da TDPC pelo respectivo E. Tribunal Superior, a partir do voto da douta Min. relatora.

Na origem, trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado Rio de Janeiro (MPRJ) contra a empresa “Via Varejo S.A”, a qual é proprietária e operadora das lojas “Casas Bahia”, “Extra.com.br” e “Ponto Frio”. A lide foi iniciada pela acusação do *parquet* estadual de que a “Via Varejo S.A.” adotou a prática de estabelecer um prazo de 3 dias úteis para que o consumidor troque um produto na loja, de forma que, após o prazo, o consumidor deveria procurar diretamente a assistência técnica.²

Com o regular curso processual e deslinde da controvérsia, a Via Varejo S.A. interpôs Recurso Especial, a fim de reformar o acórdão de apelação cível que condenou a empresa a “receber os produtos comercializados que apresentem vícios, desde que a reclamação realizada pelo consumidor seja efetuada no prazo de 30 e 90 dias, em se tratando de produtos não duráveis e duráveis, respectivamente.” (BRASIL, 2014, p. 13).

Remetido o Recurso Especial para o E. STJ, e após o trâmite do feito, foi negado provimento ao recurso, nos termos do voto da Min. relatora Nancy Andrighi.

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública nº 0003099-19.2013.8.19.0001. DJe: 01 de outubro de 2023. p. 1-7. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/visproc/#!/36k6YkOe6evapK1nlhCwmB5H9mPddfoFOd0CCs%2Fvg7XAAtFDxaAvpIOnI%2BFijNmdndhsjyeqnmhVde9giS%2BUN8w%3D%3D>>. Acesso em: 30 jun. 2024.

Em relação ao voto proferido, é pertinente ao objeto do presente artigo o trecho em que a douta Min. expõe que a imposição, por parte do fornecedor, para que o consumidor leve o produto defeituoso à assistência técnica, pode configurar a “responsabilidade civil pela perda injusta e intolerável do tempo útil” (BRASIL, 2018, p. 11).

Para reforçar a configuração da perda do tempo útil por parte do comprador em casos como o dos autos, a Min. relatora (BRASIL, 2018, p. 12) utilizou como exemplo a hipótese em que o consumidor adquire o produto em um estabelecimento próximo de sua residência, mas a assistência técnica está situada em uma localidade distante. Diante desses casos, a relatora Min. Nancy Andrichi encerrou o voto com a conclusão de que:

É o consumidor quem deve escolher a alternativa que lhe pareça menos onerosa ou embaraçosa para exercer seu direito de ter sanado o vício em 30 dias – levar o produto ao comerciante, à assistência técnica ou diretamente ao fabricante –, não cabendo ao fornecedor impor-lhe a opção que mais convém. (BRASIL, 2018, p. 13-14).

Destaca-se ainda que a douta Min. relatora mencionou outros doutrinadores que possuem produções bibliográficas que corroboram com a tese da perda do tempo útil por parte da pessoa consumidora, ao elencar “Pablo Stolze (Responsabilidade civil pela perda do tempo) [...] e Vitor Vilela Guglinski (Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade) [...]” (BRASIL, 2018, p. 11-12).

Ressalte-se que este artigo optou por analisar especificamente a TDPC, a fim de oferecer uma análise aprofundada sobre o tema. Dessa forma, a menção aos outros doutrinadores que investigaram a tutela do tempo do consumidor, é motivada apenas para fins demonstrativos ao leitor. Isto estabelecido, o presente artigo passará a analisar a possibilidade de extensão do âmbito de aplicação da teoria.

3. UMA ANÁLISE SOBRE A EXTENSÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA TEORIA

3.1 O REsp 2.017.194: a aplicação exclusiva para as relações de consumo

O propósito recursal no REsp 2.017.194 consistia em definir se incide na hipótese a TDPC, a partir do exame de se a teoria seria aplicável em causas fora da seara do Direito do Consumidor. Isto porque a controvérsia trata da demora na transferência definitiva de propriedade, bem como da morosidade na expedição da

carta de adjudicação compulsória, ambas motivadas pela protelação no encerramento de processo de inventário.³

Com isso, a autora pleiteou indenização por danos morais pela perda de tempo, com base na TDPC. A 3ª Turma do STJ negou provimento ao REsp 2.017.194, nos termos do voto da Min. relatora. Nancy Andrighi (BRASIL, 2022, p. 11), que nas razões de não provimento do recurso expôs que a teoria deve ser aplicada exclusivamente às relações consumeristas, porquanto o caso dos autos tratava de Direito Civil.

A Min. relatora Nancy Andrighi (BRASIL, 2022, p. 10-11) utilizou como justificativa o fato de que na seara consumerista há uma assimetria na relação entre o consumidor e o fornecedor, bem como há a presença da vulnerabilidade da pessoa consumidora. Esta desigualdade inerente justifica a tutela do tempo útil do consumidor, o que não se justifica na seara do Direito Civil.

Como ponto relevante do voto para o presente artigo, cabe destacar que a douta relatora frisou que a importação acrítica de teorias de outros ramos para o Direito Civil pode ocasionar efeitos perniciosos. A Min. relatora Nancy Andrighi (BRASIL, 2022, p. 11) ainda expôs que esta utilização caracterizaria o denominado “sincretismo metodológico”, o qual pode resultar na ideologização do Direito.

Ao se considerar que a Min. Nancy Andrighi foi a precursora da teoria no âmbito do STJ, reveste-se de especial relevância o posicionamento da douta Min. sobre a delimitação de aplicação da TDPC à seara consumerista. Isto porque a perda de tempo é um fenômeno inerente à vida cotidiana, e a falta de critérios para a utilização da teoria poderia resultar na banalização de sua utilização, como ocorre com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (DPH), por exemplo.

Em relação à delimitação da teoria pela 3ª Turma do STJ, é importante lembrar que o presente artigo se propõe a analisar a possibilidade de extensão do âmbito de aplicação da TDPC. Com isso, cabe pontuar que o precedente do STJ servirá de orientação para o estudo sobre a ampliação da teoria, de forma que uma eventual proposta de extensão se delimitará à seara do Direito do Consumidor, conforme se verá no próximo subcapítulo.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.017.194. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJe: 27 de outubro de 2022. p. 1-16. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo-/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2231036&num_registro=202201610411&data=20221027&formato=PDF>. Acesso em: 28 jun. 2024.

3.2 Uma possível extensão da teoria compatível com o precedente do STJ

Como se viu, apesar de o autor da TDPC defender a aplicação da noção de desvio produtivo para outros ramos do direito, o entendimento do STJ é de que a teoria deve ser aplicada exclusivamente no âmbito do Direito do Consumidor. Isto considerado, o presente artigo pretende respeitar o precedente do STJ, de forma que a análise da extensão da teoria será sediada exclusivamente na seara consumerista.

Com a finalidade de analisar a possibilidade de extensão da aplicação da TDPC, optou-se por investigar a hipótese do caso dos anúncios na plataforma de streaming “Netflix”. Para este fim, é relevante expor que o plano de assinatura mais acessível da plataforma é denominado “Padrão com anúncios”, o qual possui um custo financeiro de menos da metade do plano “Padrão” (sem anúncios).

Em primeiro lugar, é importante destacar que a escolha da hipótese está abarcada pelo precedente do STJ, uma vez que a assinatura de um serviço de streaming caracteriza uma relação de consumo. Contudo, o ponto relevante é que, no caso dos anúncios na plataforma “Netflix”, há dúvida sobre a incidência da TDPC em razão da própria conceituação da teoria.

Como se viu, Marcos Dessaune (2019, p. 17-19) pontua que a justificativa para a proteção do tempo útil surge da contrariedade entre a lógica de consumo pós-industrial e os problemas de consumo atuais. Isto é, enquanto a delegação da elaboração de produtos e serviços aos fornecedores deveria possibilitar ao consumidor poupar tempo, os empecilhos aos quais os compradores são submetidos atualmente, acabam por ocasionar o dispêndio de períodos temporais por parte da pessoa consumidora.

O cerne da dúvida sobre a incidência da TDPC à hipótese escolhida é que a plataforma de streaming “Netflix” é um serviço de entretenimento, no qual há o dispêndio temporal de forma proposital pelo usuário. Com isso, há dúvida de se os anúncios, veiculados entre os conteúdos audiovisuais disponibilizados ao consumidor, poderiam caracterizar a perda do tempo útil.

Outro ponto a se considerar é que a contratação do serviço de streaming ocorre através de uma contrapartida financeira por parte do consumidor, o qual precisou exercer atividades laborativas para obter a quantia necessária. Certamente, o momento de exercício do labor por parte da pessoa consumidora integra o denominado tempo útil, pelo que a contratação do serviço “Netflix” indiretamente resulta em um dispêndio do período temporal produtivo do consumidor.

Contudo, importa destacar que o precedente estabelecido no REsp 2.017.194 do E. STJ, sobre a necessidade de restringir a aplicação da TDPC, é um fator de desestímulo para a extensão da aplicação da teoria. Em adição, percebe-se que o autor Marcos Dessaune se empenhou para a ampliação do escopo da teoria, notadamente pela escrita de uma edição especial de seu livro com o objetivo principal de estender a aplicação para o Direito Administrativo e para o Direito do Trabalho.

Porém, percebe-se que o próprio autor sequer mencionou a aplicação da TDPC para a hipótese da perda do tempo útil do consumidor decorrente de anúncios em plataforma de streaming, pelo que parece inadequado tentar estender a aplicação da teoria para a referida hipótese. Cabe pontuar, porém, que a reflexão neste caso se apresentou relevante a fim de entender o alcance do termo “tempo útil”, bem como expor a necessidade de delimitação de teorias pertencentes a um determinado ramo do Direito.

4. CONCLUSÃO

Como se demonstrou, a TDPC consiste em um importante mecanismo para tutelar a perda do tempo útil por parte da pessoa consumidora. Especialmente ao se considerar o posicionamento jurisprudencial anterior demonstrado por Dessaune (2022, p. 305), no qual o desvio produtivo do consumidor para resolver um problema de consumo e o dispêndio temporal decorrente eram considerados como “mero aborrecimento”.

Nesta perspectiva o REsp 1.634.851, ao inaugurar a aplicação da TDPC no âmbito do E. STJ, representou um importante precedente que serviu de direcionamento para o julgamento de processos judiciais, mais especificamente aqueles que tratam da perda de tempo por parte do consumidor.⁴ Com isso, foi possibilitado amenizar a contradição evidenciada por Dessaune (2019, p. 17-19) entre a lógica de consumo pós-industrial e os problemas de consumo comumente evidenciados na atualidade.

Ademais, o REsp 2.017.194 representou relevante marco de delimitação da teoria, ao restringir a aplicação da TDPC à seara do Direito do Consumidor. A

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.634.851. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJe: 15 de fevereiro de 2018. p. 1-34. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/-documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1576048&num_registro=201502262739&data=20180215&formato=PDF>. Acesso em: 24 jun. 2024.



importância do delineamento da teoria reside na necessidade de se evitar a banalização da tutela do tempo útil o que, segundo a relatora Min. Nancy Andrighi (BRASIL, 2022, p. 10-11), poderia resultar no fenômeno do sincretismo metodológico, o qual pode ocasionar a ideologização do Direito.

A pertinência da hipótese sobre a aplicação da TDPC aos anúncios na plataforma “Netflix”, consiste no incentivo à reflexão sobre o conceito de tempo útil trazido por Marcos Dessaune. Em adição, a opção por restringir a aplicação da tutela do tempo útil se mostra relevante, na medida em que o dispêndio de tempo é um fenômeno onipresente na sociedade contemporânea. Com isso, evita-se a banalização da teoria, para que se obste o que ocorreu, por exemplo, com o princípio da DPH.



REFERÊNCIAS

A teoria do desvio produtivo: inovação na jurisprudência do STJ em respeito ao tempo do consumidor. Superior Tribunal de Justiça. Secretária de Comunicação Social. 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/-Comunicacao/Noticias/26062022-A-teoria-do-desvio-produtivo-inovacao-na-jurisprudencia-do-STJ-em-respeito-ao-tempo-do-consumidor.aspx>>. Acesso em: 24 jun. 2024.

BRASIL. **Lei no. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 24 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.634.851.** Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJe: 15 de fevereiro de 2018. p. 1-34. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1576048&num_registro=201502262739&data=20180215&formato=PD>. Acesso em: 24 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2.017.194.** Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJe: 27 de outubro de 2022. p. 1-16. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2231036&num_registro=202201610411&data=20221027&formato=PDF>. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação Civil Pública nº 0003099-19.2013.8.19.0001.** DJe: 01 de outubro de 2023. p. 1-7. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/visproc/#!/36k6YkOe6evapK1nIhCwmB5H9mPddfoFOd0CCs%2Fvg7XAtFDxaAvpIONI%2BFijNmdndhsjyeqnmhVde9giS%2BUN8w%3D%3D>>. Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0003099-19.2013.8.19.0001.** DJe: 16 de dezembro de 2014. p. 1-13. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/visproc/#!/36k6YkOe6evapK1nIhCwmNpryhvbuVY%2FVBPR OezY5sntxl3H2nOqoLh7YgxdIacj0cE93TtZsMrz9L03IVy3Jg%3D%3D>>. Acesso em 30 jun. 2024.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria ampliada do desvio produtivo do consumidor, do cidadão-usuário e do empregado.** 3ª ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2022.



DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo Do Consumidor: Um Panorama**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 17, nº 1, p. 15-31, jan.-jun. 2019.



**ABANDONO AFETIVO INVERSO COMO CAUSA ENSEJADORA DE
RESPONSABILIDADE CIVIL POR PARTE DOS FILHOS**
INVERSE AFFECTIVE ABANDONMENT AS A CAUSE OF
CIVIL LIABILITY ON THE PART OF CHILDREN

Marcio Costa Gomes¹

Resumo: O abandono afetivo inverso, fenômeno que tem ganhado destaque no contexto jurídico e sociocultural, refere-se à situação em que filhos buscam responsabilizar legalmente os pais por uma suposta falta de afeto, atenção ou cuidados. Este estudo visa analisar o abandono afetivo inverso como causa ensejadora de responsabilidade civil por parte dos filhos. O objetivo deste estudo foi investigar a natureza e as implicações jurídicas do abandono afetivo inverso, bem como analisar se filhos têm justificativas legais sólidas para buscar reparação por supostas carências afetivas. Para alcançar esses objetivos, este estudo empregará a revisão da literatura jurídica, análise de casos reais, e considerações éticas e sociais. Serão explorados os fundamentos legais e os precedentes judiciais relacionados ao abandono afetivo inverso. Ao concluir esta pesquisa, esperamos obter uma compreensão mais abrangente do abandono afetivo inverso e sua relação com a responsabilidade civil por parte dos filhos. Em última análise, esta pesquisa busca fornecer informações relevantes para orientar decisões legais e promover o entendimento sobre abandono afetivo inverso na sociedade.

Palavras-Chave: Família. Abandono afetivo inverso. Responsabilidade Civil.

Abstract: Reverse emotional abandonment, a phenomenon that has gained prominence in the legal and sociocultural context, refers to the situation in which children seek to hold their parents legally responsible for a supposed lack of affection, attention or care. This study aims to analyze reverse emotional abandonment as a cause of civil liability on the part of children. The objective of this study was to investigate the nature and legal implications of reverse emotional abandonment, as well as to analyze whether children have solid legal justifications to seek compensation for supposed emotional needs. To achieve these objectives, this study will employ a review of legal literature, analysis of real cases, and ethical and social considerations. The legal foundations and judicial precedents related to reverse emotional abandonment will be explored. By completing this research, we hope to obtain a more comprehensive understanding of reverse affective abandonment and its relationship with civil responsibility on the part of children. Ultimately, this research seeks to provide relevant information to guide legal decisions and promote understanding about reverse affective abandonment in society.

Keywords: Family. Reverse affective abandonment. Civil responsibility.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima (UFRR), Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pelo Centro Universitário Celso Lisboa. Diretor de Secretaria da 1ª Vara de Família da Comarca de Boa Vista/RR. E-mail: marcio.gomes@tjrr.jus.br

1. INTRODUÇÃO

De início, para melhor entendimento acerca do tema, no primeiro capítulo deste trabalho há um apanhado histórico acerca do Direito de Família, demonstrando a evolução jurídica e social de acordo com as mudanças de pensamentos. Ainda no primeiro capítulo, se destaca o surgimento do afeto como valor jurídico no Direito brasileiro e sua valorização nas relações familiares.

Com a presença do afeto nas relações familiares e a importância desse instituto nas famílias, muitos foram os casos de procura ao judiciário a fim de que vítimas sofridas pela ausência do afeto pudessem ter reparado, de forma pecuniária, o dano extrapatrimonial sofrido. Todavia, algumas lacunas são vistas na doutrina acerca do Abandono efetivo Inverso em comparação ao Abandono Afetivo, e assim, de certa forma a eficiência da aplicabilidade no segundo caso fica deficiente em relação ao abandono sofrido pelo filho na infância (Almeida, 2015).

Em contrapartida, temos, paralelamente, porém um pouco menos debatido, o abandono afetivo inverso que se trata do caminho inverso, ou seja, a omissão e negligência agora praticada pelos filhos com os pais idosos, carentes ou enfermos. Em outras palavras, a violência contra os pais em situação de vulnerabilidade consiste em atos ou omissões cometidas uma vez ou diversas vezes, o que pode levar a interferir na integridade física e/ou prejudicar o emocional da vítima do abandono, que neste caso trata-se, agora, do ascendente (Angelini, 2016).

De início, o tema que versa sobre o abandono afetivo inverso é pouco debatido, pois a maior parte da literatura jurídica é voltada apenas ao abandono afetivo de pais com relação aos filhos. Porém, ele representa um fenômeno jurídico e social de relevância que merece ser discutido pelo direito. Dito isso, responsabilidade significa o dever jurídico resultante da violação de determinado direito, através da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico e que, conseqüentemente, causa danos a terceiros (Fuentes, 2021).

Em outras palavras, a responsabilização civil presume a presença do ato ilícito do descumprimento de um dever legal, o nexo causal e a culpa daquele que possui o dever legal de cuidar e dar atenção a um certo indivíduo, o que é previsto no Código Civil em seu art. 927, caput aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (Rolf, 2015).

De certa maneira, para que o convívio social não se torne uma desordem, é fundamental que as pessoas sigam e obedeçam a algumas regras de comportamento.



Resumidamente, a responsabilidade civil, concerne na disciplina que dispõe sobre como os indivíduos devem agir e se comportar e quais as consequências no caso de não cumprir com o previsto no ordenamento jurídico.

O objetivo pretendeu-se analisar se os filhos têm justificativas legais sólidas para buscar reparação por supostas carências afetivas e avaliar os desafios éticos e sociais associados a esse fenômeno. O estudo visou contribuir para uma compreensão mais abrangente dessa questão complexa e oferecer informações relevantes para orientar decisões legais e promover um debate informado na sociedade sobre o abandono afetivo inverso.

2. METODOLOGIA

A metodologia de revisão da literatura para o estudo, o processo seguiu uma abordagem sistemática e rigorosa, conforme detalhado a seguir. Inicialmente, definimos claramente o escopo da revisão da literatura, identificando os tópicos e subtemas específicos que seriam abordados. Isso incluiu a estabelecimento de critérios claros para a inclusão e exclusão de estudos.

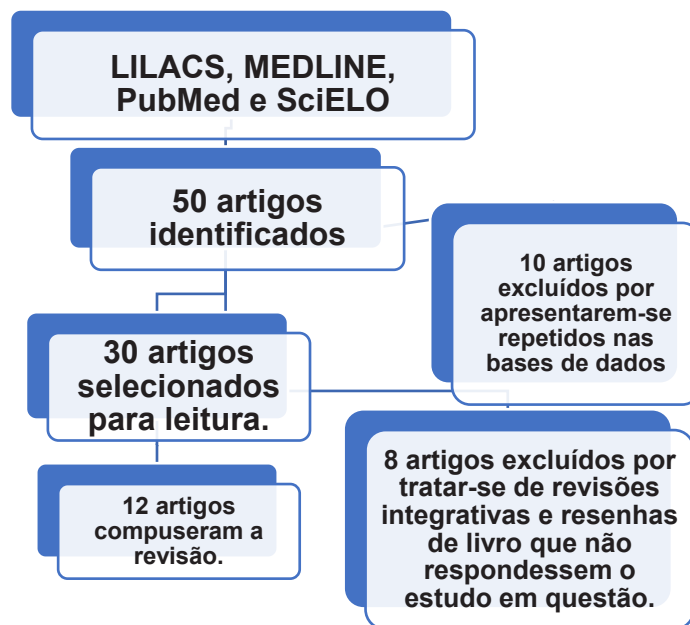
Realizamos uma busca abrangente em várias fontes de pesquisa, incluindo bases de dados acadêmicas, bibliotecas digitais e repositórios relevantes. Utilizamos palavras-chave específicas relacionadas ao abandono afetivo inverso e responsabilidade civil dos filhos para localizar estudos relevantes. Após a busca inicial, analisamos os resultados para identificar estudos que atendiam aos critérios de inclusão. Isso envolveu a leitura dos resumos e, quando necessário, dos textos completos dos estudos para avaliar sua relevância para o tópico.

Criamos uma planilha para extrair informações essenciais de cada estudo selecionado, incluindo detalhes sobre autor(es), ano de publicação, metodologia utilizada, principais resultados e conclusões. Os estudos selecionados foram classificados com base em categorias relevantes, como jurisprudência, legislação, casos reais, estudos de caso, análise ética, entre outros, para facilitar a organização das informações.

Realizamos uma análise crítica dos estudos selecionados, comparando suas abordagens, resultados e conclusões. Identificamos tendências, pontos em comum e divergências entre os estudos e, em seguida, sintetizamos as informações em um formato coerente. Destacamos quaisquer lacunas na literatura existente que nossa

revisão tenha revelado, a fim de identificar áreas que podem requerer pesquisas adicionais no futuro.

Figura 1: Fluxograma para seleção dos artigos.



Fonte: Elaborado pelo autor.

Contextualizamos os resultados da revisão dentro do contexto mais amplo do abandono afetivo inverso e da responsabilidade civil dos filhos. Discutimos as implicações das descobertas e como elas se relacionam com questões legais, éticas e sociais. Certificamo-nos de que todas as fontes e estudos revisados fossem citados adequadamente em conformidade com o estilo de citação apropriado.

3. DISCUSSÃO

O abandono afetivo inverso é um tema que tem ganhado destaque nos últimos anos, suscitando debates e questionamentos sobre a responsabilidade civil nas relações familiares. Como destaca Felipe Cunha de Almeida em sua obra "Responsabilidade civil no direito de família: angústias e aflições nas relações familiares" (Almeida, 2015), esse fenômeno refere-se à falta de afeto e cuidado por parte de um filho em relação aos pais, especialmente na fase da velhice. Esse tipo de abandono não se limita apenas à negligência material, mas também envolve a ausência de apoio emocional e afetivo.

O abandono afetivo inverso tem sido objeto de reflexão no âmbito jurídico, como destaca Jones Figueirêdo Alves em seu artigo "Abandono afetivo inverso pode



gerar indenização" (Alves, 2013). O autor argumenta que, em casos extremos, a falta de apoio emocional por parte dos filhos pode gerar a necessidade de indenização por danos morais aos pais, considerando que o abandono afetivo pode causar sofrimento psicológico e emocional.

Ainah Hohenfeld Angelini Neta, em sua obra "Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo" (Angelini Neta, 2016), também aborda essa questão, enfatizando a importância da convivência entre pais e filhos e a possível responsabilidade civil em casos de abandono afetivo inverso.

A responsabilidade civil nas relações familiares, incluindo o abandono afetivo inverso, é um tema complexo, como salienta Sérgio Cavalieri Filho em seu "Programa de Responsabilidade civil" (Cavalieri Filho, 2015). A aplicação dos princípios de responsabilidade civil no contexto familiar requer análise cuidadosa, levando em consideração o bem-estar emocional das partes envolvidas.

O abandono afetivo inverso também pode ser relacionado aos direitos dos idosos, conforme observado por Roberto Mendes de Freitas Junior em seu livro "Direitos e Garantias do Idoso" (Freitas Junior, 2014). A falta de apoio emocional e afetivo por parte dos filhos pode agravar a vulnerabilidade dos idosos e ser considerada uma forma de violência, como apontado por Patrick Fuentes em um artigo de 2021 (Fuentes, 2021).

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) alerta que a quarentena, como a ocorrida em 2020, pode agravar as situações de abandono afetivo de crianças e pessoas idosas (IBDFAM, 2021). O distanciamento social pode aumentar a falta de contato e afeto entre familiares, exacerbando o problema do abandono afetivo inverso. A responsabilidade civil no direito de família é um tema que merece atenção e análise aprofundada, como sugerido por Madaleno Rolf em "Responsabilidade Civil no Direito de Família" (Rolf, 2015). É necessário considerar o contexto familiar e os impactos psicológicos do abandono afetivo inverso ao avaliar possíveis medidas legais.

Flavio Tartuce, em suas obras "Manual de Direito Civil - Volume Único" (Tartuce, 2020) e "Manual de Direito Civil" (Tartuce, 2017), aborda os aspectos jurídicos das relações familiares, incluindo questões relacionadas à responsabilidade civil, que podem ser relevantes para casos de abandono afetivo inverso.

Em suma, o abandono afetivo inverso é um fenômeno complexo que envolve a falta de apoio emocional e afetivo por parte dos filhos em relação aos pais idosos. O debate sobre a responsabilidade civil nesses casos é importante, mas requer uma



análise cuidadosa das circunstâncias individuais e do contexto familiar, levando em consideração o bem-estar emocional das partes envolvidas.

O abandono afetivo é um tema complexo que envolve questões emocionais profundas e pode causar danos significativos às pessoas envolvidas. Neste texto, abordaremos os danos decorrentes do abandono afetivo, trazendo contribuições de diversos autores para enriquecer a discussão sobre esse importante aspecto das relações familiares.

Cavaleri Filho (2015), destaca que o abandono afetivo pode gerar danos morais consideráveis, afetando a autoestima, a saúde emocional e o desenvolvimento psicológico das pessoas afetadas. O autor argumenta que a ausência de afeto e cuidado por parte dos familiares pode deixar marcas profundas que perduram ao longo da vida.

Rolf (2015), em sua obra sobre responsabilidade civil no direito de família, ressalta que o abandono afetivo pode causar danos emocionais irreparáveis, especialmente quando ocorre durante a infância ou na terceira idade. O autor destaca que a negligência emocional por parte dos pais ou dos filhos pode gerar sentimentos de rejeição, solidão e desamparo, afetando negativamente a qualidade de vida e o bem-estar das pessoas afetadas.

Alves (2013), em um artigo sobre abandono afetivo inverso, argumenta que os danos decorrentes do abandono afetivo não se restringem apenas às vítimas diretas, mas também podem afetar indiretamente outras pessoas próximas, como cônjuges, irmãos e amigos. O autor ressalta que o rompimento dos laços afetivos familiares pode gerar um sentimento de desamparo e desestruturação emocional que se estende além da pessoa diretamente afetada.

Angelini Neta (2016), em sua obra sobre convivência parental e responsabilidade civil, destaca que o abandono afetivo pode impactar negativamente todas as áreas da vida da pessoa afetada, incluindo sua saúde física, social e profissional. A autora ressalta que o sentimento de abandono e desvalorização pode levar a problemas de saúde mental, como depressão, ansiedade e baixa autoestima, além de dificuldades de relacionamento e inserção social.

Tartuce (2020), em seu Manual de Direito Civil, pondera que os danos decorrentes do abandono afetivo são difíceis de quantificar e reparar, pois envolvem aspectos subjetivos e emocionais. O autor ressalta a importância de uma abordagem



sensível e empática por parte dos operadores do direito ao lidar com casos de abandono afetivo, buscando compreender e mitigar os danos causados às vítimas.

Diante disso, é possível concluir que os danos decorrentes do abandono afetivo são reais e podem ter impactos duradouros na vida das pessoas afetadas. A responsabilidade civil no âmbito do direito de família tem um papel importante na proteção dos direitos das vítimas e na reparação dos danos causados, contribuindo para promover o bem-estar e a dignidade das pessoas envolvidas em casos de abandono afetivo.

O abandono afetivo de idosos é uma questão complexa e preocupante que pode ter sérias consequências psicológicas para os idosos envolvidos. Como aponta Freitas Junior (2014), a falta de apoio emocional e afetivo por parte de familiares pode desencadear uma série de problemas psicológicos nos idosos, como a depressão, a ansiedade e a solidão.

Alves (2013), ressalta que o abandono afetivo inverso, ou seja, a falta de cuidado e afeto por parte dos filhos, pode causar danos emocionais significativos aos idosos, levando a um agravamento das condições de saúde mental.

Segundo Fuentes (2021), o aumento dos casos de violência contra idosos demonstra a falta de políticas públicas eficazes para proteger essa parcela vulnerável da população. O abandono afetivo é uma forma de violência psicológica, que pode deixar os idosos traumatizados e emocionalmente fragilizados. Angelini Neta (2016), destaca que a falta de afeto e cuidado por parte dos filhos pode levar os idosos a sentimentos de desamparo e abandono, afetando diretamente sua saúde mental.

Tartuce (2017), observa que a ausência de apoio emocional pode desencadear quadros de depressão e ansiedade nos idosos, prejudicando sua qualidade de vida e bem-estar psicológico.

Rolf (2015), argumenta que a responsabilidade civil pode ser aplicada em casos de abandono afetivo de idosos, uma vez que os danos psicológicos causados por essa negligência afetiva podem ser graves e merecem reparação. Em resumo, o abandono afetivo de idosos pode ter sérias consequências psicológicas, incluindo depressão, ansiedade, solidão e desamparo. A falta de apoio emocional por parte dos familiares é um problema que merece atenção e medidas legais para proteger o bem-estar emocional e psicológico dos idosos.

A ausência do dever de cuidar é uma questão central no contexto da responsabilidade civil, especialmente no âmbito do direito de família. Este tema



levanta questões éticas e legais importantes sobre os deveres familiares e as consequências jurídicas da negligência ou descaso para com os membros da família. Neste texto, vamos explorar a ausência do dever de cuidar como valor jurídico para a responsabilidade civil, trazendo contribuições de diversos autores para enriquecer essa discussão.

Cavaliere Filho (2015), destaca a importância do dever de cuidar como um valor jurídico fundamental nas relações familiares. O autor ressalta que a negligência ou o descaso para com os membros da família pode configurar conduta ilícita passível de responsabilização civil. Para ele, a ausência do dever de cuidar é um fator relevante na análise de casos de abandono afetivo e outras formas de violência familiar.

Rolf (2015), enfatiza que o dever de cuidar é inerente às relações familiares e decorre do princípio da solidariedade familiar. O autor argumenta que a falta de cuidado e afeto por parte dos familiares pode causar danos emocionais irreparáveis, justificando a intervenção do Estado para proteger os direitos das vítimas e responsabilizar os infratores.

Alves (2013), ressalta que a ausência do dever de cuidar pode gerar danos morais significativos, afetando a dignidade e o bem-estar dos membros da família. O autor destaca que a negligência emocional por parte dos pais ou dos filhos pode resultar em sentimentos de abandono, solidão e desamparo, configurando conduta ilícita passível de reparação civil.

Angelini Neta (2016), argumenta que a falta de cuidado e afeto no ambiente familiar pode caracterizar violação de direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito à proteção da integridade emocional e psicológica dos membros da família. A autora destaca a importância de reconhecer o dever de cuidar como um valor jurídico essencial para a promoção da justiça e da equidade nas relações familiares.

Tartuce (2020), pondera que a ausência do dever de cuidar pode ser interpretada de maneira subjetiva e deve ser analisada caso a caso, levando em consideração as circunstâncias específicas de cada situação. O autor ressalta a importância de uma abordagem sensível e empática por parte dos operadores do direito ao lidar com casos envolvendo negligência ou descaso familiar, buscando sempre proteger os direitos das vítimas e promover a responsabilização dos infratores.

Diante disso, é possível concluir que a ausência do dever de cuidar é um valor jurídico fundamental para a responsabilidade civil no âmbito do direito de família. A



negligência ou o descaso para com os membros da família pode configurar conduta ilícita passível de responsabilização civil, especialmente quando resulta em danos emocionais ou psicológicos significativos. A proteção do dever de cuidar é essencial para promover a justiça e a equidade nas relações familiares, garantindo o respeito aos direitos fundamentais de todos os envolvidos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, ficou evidente que o abandono afetivo inverso é um fenômeno complexo e multifacetado que tem recebido crescente atenção na sociedade contemporânea. A busca por reparação por supostas carências afetivas por parte dos filhos levanta questões importantes relacionadas ao equilíbrio entre as obrigações familiares e os direitos individuais.

Analisando a questão sob uma perspectiva jurídica, fica claro que os casos de abandono afetivo inverso são desafiadores para o sistema legal. A legislação geralmente se concentra nas obrigações dos pais em relação aos filhos, mas o reconhecimento de que os filhos também podem buscar reparação representa uma evolução nas interpretações das leis civis.

No entanto, é importante ressaltar que a implementação de medidas legais para responsabilizar os pais por abandono afetivo inverso deve ser feita com cautela. A natureza subjetiva da afetividade torna complexa a determinação de quando e como a falta de afeto pode ser considerada uma violação de direitos passível de reparação civil.

Além disso, os aspectos éticos e sociais desse fenômeno também foram discutidos. Questões relacionadas à reciprocidade nas relações familiares, à influência da cultura e à capacidade de prever as consequências psicológicas e sociais desempenham um papel importante na análise do abandono afetivo inverso.

Portanto, conclui-se que o abandono afetivo inverso é um tema complexo que exige uma abordagem equilibrada e cautelosa por parte do sistema jurídico e da sociedade em geral. A busca por responsabilidade civil por parte dos filhos deve ser avaliada caso a caso, considerando a natureza única de cada situação. Além disso, é importante que haja uma compreensão mais ampla e empática das dinâmicas familiares, promovendo o diálogo e o entendimento mútuo como formas de resolver conflitos emocionais.



Em última análise, o estudo do abandono afetivo inverso destaca a necessidade de um olhar multidisciplinar e sensível para lidar com questões familiares complexas, buscando um equilíbrio entre as obrigações e os direitos dos envolvidos.

Esta pesquisa pode demonstrar como pode ser mais eficiente a reparação civil em casos de abandono afetivo, mas não em casos de abandono afetivo inverso, vez que o que o idoso, por exemplo, em muitos casos, necessita essencialmente não se trata de valor pecuniário, mas o que precisa e deseja é a presença de seu descendente na sua fase final e a possibilidade de se sentir amado e amparado por seus familiares.

O tema sobre o abandono afetivo inverso é considerado recente e ainda incontroverso, vez que ainda não possui um amparo específico no ordenamento jurídico e os direitos dos idosos são, apenas, garantidos pelo Estatuto do idoso e possui respaldo na Constituição Federal.

Dessa maneira, ainda como forma de demonstrar que este tema deve ser considerado de bastante relevância foi trazido na pesquisa dados do aumento de violência e abandono da população idosa em virtude da Pandemia de Covid-19 que, até hoje, ainda assola o nosso país e, com isso, a necessidade de que os legisladores amparem de forma mais afetiva e específica sobre o abandono com os idosos do Brasil, vez que a população brasileira cada vez mais sofre o chamado “envelhecimento populacional”.

De certa forma, este trabalho traz a possibilidade de que a reciprocidade existente na relação seja um limite e/ou um norte para a apreciação do Abandono Afetivo inverso, ou seja, como a questão de já ter havido um abandono afetivo poderia desobrigar o descendente a indenizar aquele genitor.

Desde modo, como tese de defesa deste descendente, esta pesquisa, trouxe a reciprocidade como causa atípica de excludente de responsabilidade civil, trazendo como alegação a ausência de culpa do agente, que no caso é o descendente, vez que ele não teve a chance de criar vínculos com este genitor, pelo mesmo ser distante até o dia do requerimento da ação indenizatória por abandono afetivo inverso.

Ademais, a pesquisa traz como fundamento e prova para a tese de causa atípica é a necessidade de uma sentença transitada em julgada que comprove que, de fato, houve a reciprocidade nesta relação e que, hoje, o descendente não possui culpa por ter “abandonado” o genitor, pois isto foi alheio a sua vontade, tendo em vista que não foi estabelecido laços afetivos com o genitor.



Portanto, este trabalho, apesar de não possuir discussões doutrinárias, casos concretos e entendimento pacífico dos Tribunais, enxerga essa possibilidade de alegação e tese como algo inovador e possível de ser objeto em lides de Abandono Afetivo Inverso, tendo em vista que muitos são os casos de abandono afetivo e abandono afetivo inverso no Brasil.

Logo, este trabalho conclui que há, de certa forma, a possibilidade de se limitar a responsabilização por abandono ao genitor quando este não cumpriu, anteriormente, com as suas obrigações constitucionais inerentes ao poder familiar. Sendo assim, desobriga o descendente a ser responsabilizado civilmente por “abandonar” o genitor afetuosamente e/ou ampará-lo.



REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade civil no direito de família**: angústias e aflições nas relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALVES, Jones Figueirêdo. Abandono afetivo inverso pode gerar indenização. **Revista IBDFAM** – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 16 jul. 2013.

ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. **Convivência parental e responsabilidade civil**: indenização por abandono afetivo. Curitiba: Juruá, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 12a. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso**: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. 3ª edição. Atlas, nov. 2014.

FUENTES, Patrick. Aumento de casos de violência contra idosos demonstra falta de políticas públicas. **Jornal da USP**. 2021.

IBDFAM. **Quarentena agrava situações de abandono afetivo de crianças e pessoas idosas**. 25 mar. 2021.

ROLF, Madaleno. Barbosa, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. [Atlas]: Grupo GEN, 2015.

SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil**: Uma Biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. 7.^a ed. Volume Único. [SI]: Editora Método, 2017.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil** - Volume Único. [SI]: Editora Método, 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono Afetivo Inverso: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 06-14-21, fev. 2017.



A COMPETÊNCIA DISCIPLINAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E DA RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

THE DISCIPLINARY COMPETENCE OF THE NATIONAL JUSTICE COUNCIL
UNDER THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF INDEPENDENCE AND THE
LIABILITY OF THE JUDICIARY

Lílian Ferreira Borges¹

Resumo: Pretende-se, com o presente trabalho, analisar a competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça sob um plano polarizado por duas forças, a saber: de um lado, a independência judicial e, de outro, a responsabilização do Poder Judiciário, especialmente dos seus membros individualmente considerados, no exercício de suas funções. No viés de analisar tal embate, busca-se contextualizar a criação do Conselho Nacional de Justiça, apresentar brevemente sua estrutura, funcionamento e competências e discutir, de maneira mais profunda, o exercício da competência disciplinar do Conselho sob a perspectiva da independência e autonomia dos juízes e a necessidade da responsabilização ético-disciplinar dos agentes do Poder Judiciário. Alcança-se, por fim, o estudo sobre a natureza da competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça e a discussão se tal competência possui caráter concorrente ou subsidiário frente às atribuições das corregedorias dos tribunais em geral. Assim, utilizando-se um referencial teórico analítico-procedimental, constrói-se o entendimento a partir da reunião, leitura e análise crítica dos dispositivos normativos, da doutrina e abordagem da comunidade jurídica sobre o tema.

Palavras-Chave: Conselho Nacional de Justiça. Competência. Competência disciplinar. Princípio da Independência. Responsabilização do Poder Judiciário.

Abstract: The aim of this work is to analyze the disciplinary competence of the National Council of Justice under a plan polarized by two forces, namely: on one hand, judicial independence and on the other, the accountability of the Judiciary, especially the individual members in the exercise of their functions. In order to analyze this conflict, the aim is to contextualize the creation of the National Justice Council, to briefly present its structure, functioning and competences and to discuss in a deeper way the exercise of the Council's disciplinary competence under the perspective of independence and autonomy of judges and the need for ethical-disciplinary liability of agents of the judiciary. Lastly, it is intended to study the nature of the disciplinary competence of the National Council of Justice and to discuss whether this competence has a concurrent or subsidiary character in relation to the attributions of the of the courts in general. Thus, using an analytical-procedural theoretical framework, the understanding is built based on the meeting, reading and critical analysis of normative devices, doctrine and approach of the legal community on the subject.

Keywords: National Council of Justice. Competence. Disciplinary competence. Principle of Independence. Liability of the Judiciary.

¹ Bacharela em Direito, Advogada, Pós-graduada em Prática Judicial pela Residência Judicial – Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Pós-graduada em Advocacia Cível pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). E-mail: lilian.borges2@hotmail.com.



1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, ao introduzir a reforma do Poder Judiciário, criou o Conselho Nacional de Justiça, representando um dos mais evidentes reflexos das mudanças importantes para a democracia desse poder.

A instituição de um órgão destinado à fiscalização da atividade administrativa e financeira do Judiciário e controle ético-disciplinar dos seus membros trouxe a lume, em pouco tempo, a discussão em âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre sua constitucionalidade, especialmente no que diz respeito a sua atuação e o Princípio da Separação dos Poderes, bem como a análise de suas competências.

Entretanto, em que pese a discussão constitucional da matéria, o que se observa é que o Poder Judiciário brasileiro carecia de um órgão central para administração do sistema de Justiça, zelando por sua autonomia ao tempo em que define e promove planejamentos estratégicos, metas e programas de avaliação institucional. Lado outro, demandava-se, também, maior aproximação do Poder Judiciário com a sociedade, possibilitando o oferecimento de reclamações e representações contra os membros desse poder, preocupando-se com a moralidade, eficiência e transparência na prestação dos serviços judiciais e, ainda, com a efetiva punição de desvios de conduta dos seus agentes.

Dentre as competências do Conselho Nacional de Justiça, destaca-se, nesse contexto, a sua competência disciplinar, a qual busca o delicado equilíbrio entre a independência e a responsabilização do Poder Judiciário, ponto em que surge a discussão central do presente trabalho.

Para isso, perquire-se com o estudo em tela, como objetivos específicos: a) compreender os aspectos principais da competência do Conselho Nacional de Justiça e, mais especificamente, a sua competência disciplinar; b) analisar a competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça sob a perspectiva do Princípio da Independência e da necessidade de responsabilização do Poder Judiciário; e c) buscar compreender se essa competência tem natureza concorrente ou subsidiária frente às atribuições das corregedorias dos tribunais.

No afã de perseguir os referidos objetivos, o artigo é construído em três capítulos, para além das considerações iniciais e finais. No primeiro deles, busca-se realizar um esboço sobre os pontos principais concernentes à competência do Conselho Nacional de Justiça, partindo-se de um breve diagnóstico do Poder

Judiciário no momento anterior à Reforma que culminou na necessidade de alterações no seio daquele poder. Aborda-se também, sucintamente, a estrutura e funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, bem como sobre alguns pontos considerados de maior relevância acerca de suas competências e atribuições, destacando-se a competência disciplinar.

No segundo capítulo, analisa-se a competência disciplinar em um plano polarizado por duas forças, a saber: de um lado, a independência judicial e, de outro, a responsabilização do Poder Judiciário como um todo e dos seus membros individualmente considerados, no exercício de suas funções. Outrossim, após essa discussão, associa-se a competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça ao conceito de *accountability*, explicando-se tal instituto e sua aplicação dentro do exercício de tal competência.

Por fim, no terceiro capítulo chega-se ao estudo da natureza da competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça e à discussão se seria de caráter concorrente ou subsidiário frente às atribuições das corregedorias dos tribunais em geral.

Para a elaboração do presente estudo, foi utilizado como referencial teórico o analítico-procedimental, haja vista a construção das proposições a partir da reunião, leitura e análise crítica dos dispositivos normativos, da doutrina e da abordagem de toda comunidade jurídica sobre o tema.

2. ASPECTOS PRINCIPAIS CONCERNENTES À COMPETÊNCIA GERAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça surge com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, conhecida como “reforma do Poder Judiciário”, em meio às insatisfações em torno das deficiências dos serviços judiciais, bem como pela necessidade de realização de um controle externo do Poder Judiciário, muitas vezes designado como sendo excessivamente corporativista. Dessa necessidade emergiu o projeto de Emenda Constitucional que resultou na alteração de diversos dispositivos constitucionais e inclusão de alguns novos, os quais foram responsáveis por reformular significativamente a estruturação do Poder Judiciário no país.

Composto por quinze integrantes, os membros do Conselho Nacional de Justiça possuem mandato de dois anos, admitida uma recondução. São escolhidos para integrá-lo: um ministro do Superior Tribunal de Justiça, um ministro do Tribunal



Superior do Trabalho, um desembargador de Tribunal de Justiça do país, um juiz estadual, um juiz de Tribunal Regional Federal, um juiz federal, um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, um juiz do trabalho, um membro do Ministério Público da União, um membro de Ministério Público estadual, dois advogados e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, sob a presidência do presidente do Supremo Tribunal Federal².

Quanto à sua competência, o órgão desempenha função de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como atua na fiscalização dos deveres funcionais dos juízes e membros do Poder Judiciário. Para tanto, possui competência, por exemplo, para expedir atos regulamentares e recomendações, pode rever processos disciplinares, elaborar relatórios acerca de assuntos relacionados à atuação do Judiciário, bem como do próprio órgão. Não possui, por outro lado, funções jurisdicionais, limitando-se a atuar de maneira administrativa, paralela à atuação dos respectivos tribunais, com vistas a dar mais efetividade, transparência e moralidade à atuação do Poder Judiciário brasileiro, bem como fomentar a sua autonomia e cumprimento do Estatuto da Magistratura.

Nesse sentido, tendo em vista o caráter eminentemente administrativo das competências do Conselho, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 132), sob a abordagem do Direito do Estado, conceitua a competência como sendo o “círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos”. Desse conceito, então, extrai-se a estreita

² Conforme o artigo 103-B, os membros do Conselho Nacional de Justiça são indicados pelas respectivas instituições:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

II um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

[...]

relação entre o desempenho das funções administrativas do Conselho Nacional de Justiça e a finalidade de atender ao interesse público, o qual norteia sua atuação, de modo a configurar um poder-dever desta instituição.

Sendo, portanto, competências que se caracterizam como verdadeiros deveres de atuação, isto é substancialmente observável no que diz respeito às competências administrativas, já que o Estado é responsável por satisfazer interesses públicos através de seus órgãos e agentes, para que atendam as finalidades públicas (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 134). A atuação do Conselho Nacional de Justiça, está, assim, imbricada com a consecução dos fins sociais e voltados ao interesse coletivo.

Cumprе salientar que o Conselho possui atuação em todo território nacional, de modo que qualquer juiz ou tribunal pode ser alvo de controle externo proveniente do órgão. Com poderes para investigar, aplicar sanções, corrigir e punir irregularidades, o Conselho Nacional de Justiça tem atribuições importantes no que diz respeito à apuração dos desvios de conduta funcional praticados pelos magistrados de todo o país, ainda que sua atuação, na prática, possa ser alvo de críticas. Não se pode olvidar a importância do órgão na tentativa de conter o corporativismo que atinge diversas instituições, e com a magistratura não é diferente.

Ademais, também é responsável por desempenhar atividades que buscam garantir a celeridade dos processos judiciais, além de contribuir para a transparência do Poder Judiciário, na medida em que fomenta ações e realiza parcerias que visam instruir os cidadãos e possibilitar o direto acompanhamento da atuação do Judiciário. A aproximação entre jurisdicionados e Judiciário, viabilizada inclusive pelo Conselho, é especialmente louvável, sobretudo diante do Estado Democrático que foi instaurado com a Constituição de 1988.

José Adércio Leite Sampaio (2007, p. 117), discorrendo acerca da temática, pontua que “a independência do Judiciário configura, primeiro, pressuposto para a limitação efetiva dos poderes e garantia dos direitos”. Para ele, “sem essa prerrogativa de Poder [...], o Judiciário não poderia exercer livremente o controle de constitucionalidade e de legalidade dos atos do governo, comprometendo seriamente o Estado de Direito e, com eles, as liberdades”. Por sua vez, segundo José Afonso da Silva (2010, p. 46), são três as perspectivas de apreciação da independência dos poderes, quais sejam: “(a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que,



no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros, nem necessitam de sua autorização;” e que, por fim, “(c) na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais”. Dessa forma, o Conselho Nacional de Justiça também desempenha fundamental papel para a garantia de independência do Poder Judiciário, necessidade que se coaduna com os ditames legais e, principalmente, constitucionais.

Sob esse aspecto, a abordagem do trabalho com enfoque na competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça contribui para a reflexão acerca das instituições e dos seus agentes integrantes, tendo em vista que os anseios sociais e democráticos não se contentam com um atuar alheio aos problemas internos dos órgãos. Desconsiderar essas questões não é algo ansiado e, se tem uma competência especialmente essencial, esta é competência disciplinar externa em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Certamente, algumas atividades desenvolvidas pelo Conselho estão ligadas ao conceito de controle da Administração Pública (GASPARINI, 1995, p. 532), sendo o controle externo ou heterocontrole aquele que possui atribuição de vigilância, correção e orientação de um órgão ou agente público perante outro, ou mesmo em relação ao próprio órgão, configurando o aspecto do controle interno ou autocontrole, com o objetivo de confirmar ou não a atuação, conforme seja adequado, legal e eficiente.

Por oportuno, sem desconsiderar as importantes atuações do Conselho Nacional de Justiça em atividades diversas das relacionadas à apuração de desvios funcionais dos agentes públicos integrantes do Poder Judiciário, como por exemplo a instituição de metas e avaliação de estatísticas feitas pelo órgão – o que de certa forma também reflete na adequação da conduta dos magistrados para com as obrigações funcionais –, o enfoque principal se localiza justamente nesse poder conferido ao órgão de apurar e poder punir esses agentes, ou seja, este poder disciplinar, que Odete Medauar (2005, p. 353-354) afirma ter como objetivo “apurar e punir faltas funcionais, condutas contrárias à realização normal das atividades do órgão, irregularidades de diversos tipos”. A atividade possui escopo de “punição de condutas, qualificadas em estatutos ou em outros instrumentos normativos, como infrações funcionais”, para as quais a finalidade seria “preservar, de modo imediato, a ordem interna do serviço, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação e sem desvirtuamentos, dentro da legalidade e da lisura”. Assim, passa-

se a à análise da relação entre essa competência disciplinar com a responsabilização e independência do Poder Judiciário.

3. A COMPETÊNCIA DISCIPLINAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E DA RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

3.1 O princípio da independência e competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça

A criação do Conselho Nacional de Justiça como órgão independente, responsável pela fiscalização e controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário, destinado, também, ao controle ético-disciplinar dos seus membros, gerou significativos questionamentos quanto a sua constitucionalidade e possível ofensa à separação dos Poderes e violação do Pacto- Federativo. Havia, inevitavelmente, a preocupação da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), parte autora da ADI nº 3367, quanto ao risco à independência do Poder Judiciário e dos seus membros, considerando as atribuições conferidas ao CNJ.

É de se reconhecer, inicialmente, a necessidade da garantia de manutenção de um Judiciário efetivamente independente, situação que possibilita aos magistrados certa proteção contra a ameaça de retaliações por suas decisões e que sua esfera de autoridade esteja resguardada contra qualquer influência externa. “O que se requer é a liberdade do juiz para decidir com independência, imparcialidade, integridade, igualdade e competência” (CHAVES, 2008).

Sucedee que, assim como entendeu o Relator da ADI nº 3367, o Ex-Ministro Cezar Peluzo, não se pode afirmar que ofende a autonomia e independência do Poder Judiciário a instituição de um órgão próprio à sua estrutura e harmônico a sua composição, destinado, tão somente, ao controle administrativo, financeiro e disciplinar. Frise-se que a questão da independência do Poder Judiciário e dos seus membros, especialmente os magistrados, refere-se a teores diversos dos poderes conferidos ao CNJ, conforme propõe a Constituição Federal.

Quer-se dizer que não há uma confusão ou conflito de atribuições entre o Conselho Nacional de Justiça e o Poder Judiciário, tampouco aquele estaria usurpando a competência deste. Sabe-se que, consoante a disciplina constitucional da matéria, o CNJ não possui competência jurisdicional de modo a interferir no desempenho da função típica do Judiciário. Sendo assim, o redesenho da

organização e redistribuição das competências administrativas, financeiras e disciplinares, no âmbito da estrutura interna, não obsta a independência do Poder Judiciário e dos seus membros.

Conforme já explicado no capítulo anterior, o Conselho Nacional de Justiça – instituído através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 – possui, basicamente, duas atribuições, a saber: controlar a atividade administrativa e financeira do Judiciário e fazer o controle ético-disciplinar dos seus membros, inspecionando o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Nesse ponto, é importante destacar duas premissas da discussão em tela. A primeira refere-se ao fato de que as competências do CNJ não afetam o autogoverno do Poder Judiciário. Isso porque, segundo os esclarecimentos de Erik Frederico Gramstrup (2005, p. 193), ao Conselho cabe, somente, “rever, quanto ao aspecto da legalidade, os atos administrativos dos órgãos judiciários”. Ou seja, não foram retiradas as competências constitucionais privativas dos tribunais³, de maneira que continuam exercendo-as plenamente, como por exemplo, elegendo os corpos diretivos, organizando as secretarias e serviços auxiliares, elaborando os respectivos regimentos internos, desempenhando os atos necessários à administração da justiça, provendo os cargos de juiz de carreira, dentre outras.

Faz-se a ressalva quanto às limitações constitucionais⁴ conferidas aos órgãos do Poder Judiciário concernentes à elaboração dos orçamentos, à criação e extinção

³ Art. 96, CRFB/88

Compete privativamente:

I - aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

⁴ Art. 96, CRFB/88

Compete privativamente:

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
- b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;



dos tribunais, à alteração no número dos seus membros, dentre outras, que dependem da aprovação do Poder Legislativo. Porém, reforça-se que a instituição do Conselho Nacional de Justiça em nada alterou a capacidade de autogoverno, tampouco a independência da gestão do Judiciário, constitucionalmente prevista.

A segunda premissa, indispensável para o debate sobre o princípio da independência do Poder Judiciário e a competência disciplinar do CNJ, repousa na outra modalidade de atribuição do Conselho, qual seja, o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Nesse quesito, há a preocupação quanto às interferências externas, pressões e retaliações que os magistrados podem sofrer, especialmente influências impertinentes no processo de formação do convencimento, razão pela qual fala-se na importância da independência funcional do juiz.

Segundo José Renato Nalini (2011, p. 67), o princípio da independência dos magistrados elimina quaisquer vínculos interferentes na ação profissional do direito, capazes de condicionar ou orientar sua atuação de forma diversa ao interesse da justiça. Significa dizer, assim, que a independência é atributo consagrado ao operador do direito, especialmente ao juiz, que deve saber harmonizar essa liberdade com os demais princípios constitucionais do processo.

Discute-se, ainda, a importância da independência funcional dos magistrados no que tange ao seu compromisso com a imparcialidade. Entretanto, a atribuição do Conselho Nacional de Justiça de controlar o cumprimento dos deveres funcionais do juiz não hostiliza a imparcialidade jurisdicional.

O que se verifica, em conformidade com o entendimento de Mauro Cappelletti (1989), é a necessidade de um “equilíbrio entre o valor da garantia instrumental da independência, externa e interna, dos juízes e o outro valor moderno do dever democrático de prestar contas”. Ora, há de se reconhecer a conquista do Estado Democrático de Direito no momento em que constituiu mecanismos de responsabilização dos juízes quando não observam suas obrigações funcionais, obrigações essas imprescindíveis a boa prestação jurisdicional.

O fato é que a fiscalização e responsabilização dos magistrados é o outro lado da moeda da independência, ou seja, se comporta como sua contrapartida. Em prol da legitimidade das decisões, da segurança jurídica e da atuação de um Judiciário de

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

maneira justa e coerente, não mais se aceita uma postura omissiva e passiva desse Poder.

Isso se dá, principalmente, pela aproximação do Judiciário com a sociedade, sendo um significativo partícipe da construção dos destinos dessa, e, ao mesmo tempo, responsável pelo seu bem comum. Consoante afirma Alfredo Baracho (1995, p. 29), no Estado de Direito exige-se grande esforço do juiz para o exercício do desenvolvimento da função promocional do Direito, qual seja, consagrar valores constitucionais de igualdade e solidariedade.

Sob essa perspectiva, assim como todas as atividades públicas, a prestação jurisdicional também deve estar sujeita ao controle. Busca-se a instituição de mecanismos eficientes de inspeção do regular exercício do Direito, sem, contudo, interferir no mérito da decisão judicial e da atividade típica do Judiciário em si (JOBIM, 2012, p. 37).

Constatando, dessa feita, o relevante papel social e político do Poder Judiciário e, mais especificamente, do trabalho do juiz, surge a reflexão sobre aspectos mais profundos de sua independência, de modo a se questionar: quais razões levam o desejo de independência da magistratura? Quais os objetivos dessa independência? Ora, trata-se apenas de uma garantia pessoal do juiz? Ou tem-se um propósito maior?

Dalmo Dallari (2008, p. 47-49) aponta justificativas para a necessidade de se assegurar a independência funcional do Poder Judiciário. Inicialmente, afirma o autor que a independência do juiz é o meio eficaz para se chegar ao ideal de justiça. Nesse ponto, enfatiza que um Judiciário independente garante a concretização de direitos e a eficácia das normas do ordenamento jurídico, sem interferências externas, se orientando, tão somente, pelo senso de justiça. Lado outro, afirma Dallari que o Judiciário deve ser independente por ser a independência um valor instrumental, responsável por garantir a possibilidade de novas conquistas sociais, ao tempo em que elimina as injustiças.

Outrossim, Luigi Ferrajoli (2010, p. 352) pontua que a independência judicial, subdividida em independência da magistratura e independência pessoal do juiz, deve ser assegurada tanto à Magistratura em si, quanto aos juízes individualmente. Enfatiza, ainda, que o juiz não pode sofrer qualquer espécie de retaliação, violência, ameaça ou constrangimento material, moral ou psicológico. A independência é, assim, imprescindível para o desempenho pleno das funções jurisdicionais.

Entretanto, há de se erradicar a pretensão de uma independência absoluta do juiz, o qual, no uso ilimitado de suas liberdades e garantias, poderá desvirtuar-se do seu papel como promissor da justiça e cumprir inversamente o que se espera da atividade jurisdicional do Estado.

Assim, diante das possibilidades de, por vezes, o Poder Judiciário se tornar desacreditado devido à atuação deturpada de alguns dos seus membros; considerando, ainda, que os anseios da sociedade devem ser atendidos e que deve haver legitimidade no exercício de qualquer uma das funções do Estado, é de se reconhecer a necessidade de adotar um instrumento eficaz de controle e desempenho do Judiciário, a fim de melhor adaptar-se à característica democrática do sistema jurídico brasileiro.

Surge, então, o Conselho Nacional de Justiça que, no uso de sua competência disciplinar – conforme os ditames trabalhados no capítulo anterior desse trabalho – se impõe como órgão indispensável ao atendimento de tal necessidade, sem prejuízo à autonomia e independência do Judiciário, distante também de causar males a esse Poder, mas, ao contrário, instituído no afã de protegê-lo, sobretudo no que concerne a sua função política e social.

É sob essa perspectiva que se fala em responsabilização do Judiciário enquanto instituição como um todo, como também no que diz respeito aos seus membros individualmente considerados, tema esse que será abordado a seguir.

3.2 A responsabilização do poder judiciário por intermédio da competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça

O contraponto da independência judicial, conforme explicado no tópico anterior, é dado pela necessidade de responsabilização do Poder Judiciário. Nas palavras de Thomas Jefferson, escritas em 1820, dirigias a Thomas Ritchie, “um Judiciário independente de um rei ou governante, em si, é uma boa coisa; mas independência da vontade da nação é um erro, ao menos em um governo republicano”⁵. Quer-se dizer que, tendo em vista sua função primordial de atender às necessidades do povo, jamais pode-se considerar o Poder Judiciário absolutamente independente daquele a quem deva beneficiar.

⁵ Tradução livre de carta de Thomas Jefferson a Thomas Ritchie, datada de 25 de dezembro de 1820, disponível em <<http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jeffl263.php>>. Acesso em 22 de abril de 2018.

Em concordância com esse pensamento, Di Pietro (2012, p. 97) afirma que as garantias de que se cerca a magistratura do direito brasileiro, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram, em via oposta, falsas ideias de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, que consequentemente isentam o Estado da responsabilidade pelos prejuízos injustamente causados àqueles que procuram o Poder Judiciário.

Porém, não se pode admitir tal isenção, considerando que responsabilizar é preciso. Ora, já em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão continha no artigo 15 o preceito segundo o qual “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público”⁶. É antiga, portanto, a concepção de que todo e qualquer ato que emane do Estado, e de seus agentes que exercem sua função, ensejarão a responsabilidade e, obviamente, não seria diferente quanto à função jurisdicional. Nesse mesmo sentido, Edmir Netto Araújo (2007, p. 233) questiona “pois, na verdade, os atos judiciais não são do gênero ‘atos do serviço público’? E, por acaso, os atos jurisdicionais não possuem esse mesmo relacionamento de espécie e gênero com os atos judiciais em geral?”

Não há, assim, diferença estrutural entre os atos judiciais e aqueles praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo, considerando que as funções estatais públicas são exercidas por esses três poderes e todos esses são passíveis de responsabilização.

No que se refere à responsabilidade do Poder Judiciário, especificamente, Mauro Cappelletti (1989, p. 17) esclarece que essa pode significar tanto o poder dos juízes, quanto seu dever de prestar contas no exercício do seu poder-responsabilidade. Dessa feita, considera que há certa conexão entre as duas acepções de responsabilidade judicial, a saber, a responsabilidade como poder-função e a responsabilidade como dever de prestar contas.

Significa dizer que, considerando que os juízes exercitam determinada faceta de poder e esse exercício interfere fortemente na vida das pessoas, onde há poder, há, necessariamente, responsabilidade.

Mauro Capelletti (1989, p. 19) expõe, também, uma importante tipologia da responsabilidade judicial. Para o autor, tal responsabilidade subdivide-se em política,

⁶ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, disponível em <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integra-do-documento-original.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

social e jurídica (pessoal) do juiz. No estudo em questão – destinado à análise junto à competência disciplinar do CNJ – interessa mais o debate sobre a responsabilidade jurídica (pessoal) do juiz, a qual pode ser civil, penal ou disciplinar.

Com foco no estudo da responsabilidade jurídica (pessoal) do juiz e, mais especificamente, a de caráter disciplinar, cumpre-nos, a princípio, fazer uma breve distinção entre responsabilidade civil e disciplinar do magistrado, senão vejamos. A responsabilidade civil do juiz encontra fundamento no art. 142 do Código de Processo Civil⁷, disciplinando que o juiz somente responderá por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, ou quando recusar, omitir ou retardar, sem motivo justo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. De modo semelhante dispõe o art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Tem-se, nesse contexto, que a responsabilidade civil é caracterizada por seu conteúdo privado, com finalidade primária de obter o ressarcimento do dano causado, através do comportamento lesivo do juiz, a um ou mais indivíduos que são partes litigantes do processo.

Por outro lado, no que concerne à responsabilidade disciplinar, esta incide nas hipóteses de violação das vedações e dos deveres funcionais impostos aos magistrados. As sanções disciplinares estão previstas também na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em seu art.42⁸, variando desde a advertência até a aposentadoria compulsória e demissão. Trata-se, assim, de uma responsabilidade de caráter público, haja vista sua finalidade principal se comprometa em assegurar que os juízes observem seus deveres de ofício perante o Estado e a sociedade (SAMPAIO, 2007, p. 133)

⁷ Código de Processo Civil, Art. 143. O juiz responderá por perdas e danos quando:

I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único.

As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o pedido não for apreciado no prazo de dez dias.

⁸ Lei Orgânica da Magistratura Nacional, art. 42 - São penas disciplinares:

I - advertência;

II - censura;

III - remoção compulsória;

IV - disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

V - aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

VI - demissão.

Parágrafo único - As penas de advertência e de censura somente são aplicáveis aos Juízes de primeira instância.

Além disso, deve-se frisar que a responsabilidade disciplinar tem como principal objetivo resguardar a competência profissional do juiz e, ao mesmo tempo, a confiabilidade do Poder Judiciário, para que os seus usuários possam a esse se dirigir com segurança. Destina-se, portanto, a uma responsabilização com preocupações futuras, no que diz respeito à análise da conduta do magistrado, o seu alcance e, sobretudo, se o referido juiz ainda possui condições de ser agente da atividade jurisdicional do Estado.

Nesse íterim, o Conselho Nacional de Justiça, no exercício de sua competência disciplinar, é o órgão que possui a atribuição de responsabilizar pessoalmente o magistrado que, por suas ações, cause prejuízos aos jurisdicionados e ao Poder Judiciário como um todo, sendo ao juiz aplicada as sanções disciplinares previstas.

É nesse contexto que surge a ideia defendida por Robl Filho (2012, p. 235-237) relacionada à responsabilização do Poder Judiciário através do *accountability*. Segundo o autor, o instituto do *accountability* é composto por elementos de informações, justificações e sanção. Ou seja, inicialmente se conhece os fatos e apura-os. Em seguida, tais fatos precisam ser informados àqueles que deles devem ter conhecimento e, por fim, analisa-se a possibilidade de aplicação das sanções ao infrator.

Com base nisso, Leandro Rodrigues (2008, p. 39) menciona que, ao pesquisar sobre a atuação do Conselho Nacional de Justiça, no exercício de sua competência disciplinar, especialmente nos períodos de 2005 a 2010, observou nitidamente dentro do desenho institucional do Conselho fortes fundamentos do instituto *accountability*, destacando-se os poderes de supervisão, investigação e sanção dos membros do Judiciário, conferidos constitucionalmente ao CNJ.

Outros pesquisadores do tema como Taylor e Buranelli (2005), defendem que, para que o Conselho Nacional de Justiça possa ser considerado uma agência de *accountability*, é fundamental que se identifique três características básicas, quais sejam: a) a capacidade de supervisão do órgão; b) o potencial de investigação e c) o poder de sancionar.

Nas lições de Robl Filho (2012, p. 238), ao analisar os instrumentos e meios de responsabilização disciplinar utilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, constata-se, significativamente, elementos do *accountability* judicial institucional, esse

entendido como o poder de fiscalizar e sancionar os membros do Poder Judiciário no exercício de suas funções.

Depreende-se, portanto, que o Conselho Nacional de Justiça detém poderes de *accountabilities* que caracterizam sua competência disciplinar. Pode-se dizer, nesse sentido, que o Conselho é agente estatal judicial interno, como parte do Poder Judiciário, atuando na apuração e responsabilização de condutas ilícitas disciplinares apuradas dentro do exercício da atividade jurisdicional, por seus membros.

Ante o exposto e certo da constitucionalidade da competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça, resta saber se, diante das atribuições das corregedorias dos tribunais, tal competência tem caráter concorrente ou subsidiário, tema do próximo capítulo.

4. NATUREZA JURÍDICA DA COMPETÊNCIA DISCIPLINAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Considerando que a competência disciplinar do Conselho Nacional de Justiça é eminentemente administrativa, afastando-se qualquer concepção que possa atribuir competência de caráter jurisdicional, cumpre analisar em que medida ela se coaduna com a competência das corregedorias dos tribunais, a fim de perquirir sobre sua natureza jurídica.

Nesse viés, necessário se faz compatibilizar a competência disciplinar, de natureza constitucional, afeita ao Conselho, com o princípio da autonomia dos tribunais, consoante se extrai dos artigos 96, inciso I, e 99, ambos da Constituição. Referidos dispositivos são responsáveis por garantir aos tribunais o exercício das autonomias administrativa, orçamentária e financeira, bem como seu autogoverno (LENZA, 2011, p. 719).

Inicialmente, cumpre salientar que esta competência não se restringe ao âmbito de atuação dos magistrados, de modo que serventuários, auxiliares e demais órgãos vinculados ao Poder Judiciário podem ser alvo de controle disciplinar por parte do Conselho. Pode-se dizer, por conseguinte, que a Constituição atribuiu amplos poderes disciplinares a esse órgão do Judiciário, de modo a situá-lo como órgão de cúpula nas questões relativas a desvios funcionais em todo o país, desempenhando funções fundamentais no controle financeiro e administrativo do Judiciário e, sobretudo, no controle correcional dos magistrados e órgãos auxiliares desse poder.

As competências disciplinares do Conselho Nacional de Justiça, presentes no artigo 103-B da Constituição, se coadunam com a competência disciplinar das corregedorias dos tribunais locais, ou seja, uma competência não exclui a outra, na medida em que são competências concorrentes. Tanto os tribunais locais quanto o órgão administrativo de cúpula do Judiciário podem investigar, apurar e punir eventuais desvios funcionais de seus agentes, sem que haja uma ordem de preferência de atuação ou mesmo subsidiariedade de um em relação ao outro.

O próprio texto constitucional é claro ao dizer que o Conselho Nacional de Justiça possui poder correicional e disciplinar originário, sem prejuízo da competência das corregedorias dos tribunais locais, o que demonstra que ambos podem atuar paralelamente, concorrentemente⁹. A expressão “sem prejuízo de”, presente no texto da norma, denota a não exclusão da competência pré-existente dos tribunais e corregedorias nos assuntos relacionados a processos disciplinares de seus membros. Em verdade, buscou-se estabelecer o controle administrativo de legalidade efetivo de modo centralizado sobre a atuação dos diversos magistrados e tribunais, sem desconsiderar a possibilidade de exercício desse controle pelos próprios tribunais e do controle jurisdicional, sem prejuízo, ademais, da autonomia financeira e administrativa que a própria Constituição estabeleceu em seu texto original, pelo poder constituinte originário, mantido pelo poder constituinte derivado reformador através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Nesse ponto, convém ressaltar que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), posteriormente ao advento da Emenda Constitucional que deu origem ao

⁹ Os incisos II e III do parágrafo 4º do artigo 103-B da Constituição exemplificam bem a possibilidade de atuação concorrente do Conselho Nacional de Justiça, juntamente com os demais órgãos, ao afirmar que a competência daquele não prejudica a atuação dos demais. Veja-se:

[...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

[...]

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

[...]

Conselho Nacional de Justiça, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3367, de relatoria do Ministro Cesar Peluzo), questionando a constitucionalidade da atuação do Conselho. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu não só pela constitucionalidade, mas, também, apontou a relação de concorrência existente entre a atuação do Conselho e das corregedorias locais, tendo em vista que aquele não estaria limitado a atuar somente quando estas quedarem-se inertes. Alegada tese de que a competência desse Conselho é subsidiária, por conseguinte, não se compatibiliza com o caráter unitário do Poder Judiciário, salientado na ação proposta.

Ademais disso, convém esclarecer que o Conselho Nacional de Justiça se subordina ao Supremo Tribunal Federal e, quanto a este, não exerce suas funções precípuas. Isto, inclusive, está previsto na Constituição, em seu artigo 102, inciso I, alínea “r”, quando afirma que o Supremo Tribunal Federal é o órgão do Judiciário competente para apreciar as ações contra o Conselho. Dessa forma, não há que se falar em competência disciplinar deste órgão em relação ao Supremo Tribunal Federal, já que este é o órgão máximo do Judiciário e a nenhum outro está sujeito.

Alexandre de Moraes (2007, p. 534), ao analisar o tema, faz a consideração de que a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça também é garantida ao se reforçar e centralizar:

[...] na força do Supremo Tribunal Federal todo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, tornando-o não só a cúpula jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro, como tradicionalmente estabelecido, mas também, a partir da EC nº 45/04, sua cúpula administrativa, financeira e disciplinar, pois todas as decisões do Conselho Nacional de Justiça sobre o controle da atuação administrativa e financeira dos diversos tribunais e sobre a atuação funcional dos magistrados serão passíveis de controle jurisdicional do STF (CF, art. 102, I, r).

Por sua vez, cumpre assinalar que a criação do Conselho Nacional de Justiça se consolidou em virtude da considerável perda da credibilidade na atuação das corregedorias locais, refletindo, inclusive, na queda de confiança em torno da prestação jurisdicional, haja vista a ineficiência, ou mesmo ausência, de punições adequadas aos ilícitos funcionais praticados. Assim, o Conselho Nacional de Justiça foi criado também como órgão de planejamento e gestão do Poder Judiciário brasileiro, haja vista as dificuldades e deficiências práticas verificáveis anteriormente à sua criação.

O que se observa, atualmente, é que a competência dos tribunais e suas corregedorias se mantém mesmo com a competência do Conselho Nacional de Justiça, de modo que continuam organizando sua estrutura e funcionamento, bem como apurando e punindo irregularidades. O que mudou com a edição da supracitada emenda constitucional foi que, desde então, os tribunais não são os únicos a desempenhar funções relativas ao controle disciplinar dos seus agentes, já que a competência atribuída ao Conselho possui natureza jurídica concorrente, de modo que as decisões daqueles não são únicas e exclusivas, podendo os órgãos atuar paralelamente, com vistas a dar mais efetividade, transparência e confiança para a atuação, especialmente, dos magistrados.

Entender de modo diverso, isto é, considerando que a competência disciplinar do Conselho somente se configuraria após o pronunciamento das corregedorias dos tribunais locais seria colocar sua atuação à mercê desses órgãos, o que acabaria por desfigurar a instituição, bem como descaracterizaria o intuito de sua criação, qual seja, justamente, combater a inércia existente quando se falava em desvios de comportamento éticos e funcionais dos magistrados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em torno das competências do Conselho Nacional de Justiça e, especialmente, de sua competência disciplinar, apresenta-se como de fundamental importância na temática dos controles da atuação dos agentes públicos. O Poder Judiciário possui, e costumava possuir ainda mais em tempos pretéritos, sérios déficits de investigação, apuração e punição de desvios funcionais de seus magistrados e agentes, o que contribui, em larga medida, para o descrédito e falta de confiança da sociedade nesse poder constitucional.

Por sua vez, se por um lado é imprescindível fiscalizar sua atuação, a fim de compatibilizá-la com um verdadeiro Estado Democrático de Direito, de outro, faz-se necessário garantir a independência dos órgãos, sob pena de contribuir para a deslegitimação do poder conferido. Nesse sentido, foi possível observar que a criação do Conselho, a partir da reforma do Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, contribuiu e vem contribuindo consideravelmente para o aprimoramento das instituições, bem como para a garantia de transparência e imparcialidade que deve permear o Poder Judiciário.



Ademais, não se pode desconsiderar o importante papel do Conselho no desenvolvimento e modernização do sistema de justiça brasileiro, com vistas a dar mais celeridade e efetividade para a prestação jurisdicional, de modo, inclusive, a aproximar o jurisdicionado do Poder Judiciário. A ideia de “prestação de contas” à sociedade serve a um ideal republicano louvável e, portanto, necessário, já que as punições de condutas desviantes e a reflexão em torno de regalias são cada vez mais pensadas por toda a sociedade.

Nesse sentido, constata-se que o Conselho Nacional de Justiça também é responsável pela garantia e concretização de direitos fundamentais ao desempenhar importantes papéis de planejamento, administração e gestão da política judiciária brasileira com vistas à celeridade e prestação jurisdicional efetiva e adequada.

Finalmente, não se pode esquecer o papel individual de cada pessoa a fim de contribuir para o adequado desenvolvimento constitucional e democrático das instituições e, assim, do Poder Judiciário. É imprescindível, por conseguinte, que os agentes se conscientizem da necessidade de fiscalização e punição, mas, sobretudo, do dever de atuar em conformidade com os ditames legais e constitucionais, prescindindo de desvios funcionais.

**REFERÊNCIAS**

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARACHO, José Alfredo. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 01 maio 2018.

CAPPELLETTI, Mauro (1989). **Juízes Irresponsáveis?** Trad. De Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre.

CHAVES, Arthur Pinheiro. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 20, n. 9, set. 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.47-49.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**, in CABONELL, Miguel (Coord.), Neoconstitucionalismo(s), 4ª ed., Madrid: Trotta - UNAM, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Conselho nacional de justiça e controle externo**: roteiro geral. In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim et alli (org.). Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos à EC n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

JOBIM, Nelson. **A estrutura do sistema judiciário brasileiro sob o prisma histórico**. In: WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra S; PRADO, Ney (org): o direito brasileiro e os desafios da economia globalizada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.



MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 8. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROBL FILHO, Iton Noberto. **Accountability e a independência judicial: o desenho institucional do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça do Estado Democrático de Direito Brasileiro**. Tese de doutorado apresentada à Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

RODRIGUES, Leandro Nascimento. **O Conselho Nacional de Justiça como instrumento de accountability horizontal: análise do período 2005-2010**. Brasília, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Site institucional oficial do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

TAYLOR, Matthew; BURANELLI, Vinicius. **Acabando em pizza: o processo de responsabilização pela corrupção no governo federal**. Disponível em <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=3786&Itemid=318>. Acesso em: 22 abr. 2018.



A PROVA NO PROCESSO PENAL: PRODUÇÃO E VALIDADE, SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA CONTEMPORÂNEA

EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE: PRODUCTION AND VALIDITY ACCORDING TO CONTEMPORARY JURISPRUDENCE

Francisco de Carvalho Lapa¹

Resumo: A temática da regularidade da produção probatória na persecução penal é, possivelmente, a disciplina de maior recorrência no cotidiano dos Tribunais de superposição, em especial do Superior Tribunal de Justiça. O conhecimento prévio da ampla normativa a respeito da produção probatória, notadamente das provas cautelares, não mais se mostra suficiente para manutenção da higidez da instrução processual, reclamando-se dos agentes participantes da persecução penal o acompanhamento da jurisprudência dos tribunais superiores. Exploram-se neste artigo os temas de significativa sensibilidade das investigações criminais atuais, como a aplicação da teoria da aparência e das nuances afetas à inviolabilidade domiciliar.

Palavras-Chave: produção de prova; nulidades; inviolabilidade domiciliar.

Abstract: The thematic of the regularity in the production of evidence in the criminal persecution is probably the most recurring subject in the routine of superior Courts, specially the Brazilian Superior Court of Justice. Previous knowledge regarding evidence production, specifically in the case of precautionary evidence is no longer sufficient for the maintenance of a sound procedural instruction, requiring of the agents involved in the criminal persecution that they follow the jurisprudence of superior courts. In the current article, the themes of the significant sensitivity of current criminal investigations such as the application of the theory of appearance and its nuances related to the inviolability of homes.

Keywords: Production of evidence, nullities, inviolability of homes.

1. INTRODUÇÃO

A produção de prova no processo penal brasileiro é objeto constante da atenção dos tribunais superiores, sendo usual mudanças de entendimento acerca da validade e licitude das técnicas empregadas na colheita de elementos para o acervo fático probatório amalhado nos autos de ações penais. Tais entendimentos jurisprudenciais impactam diretamente nas atividades investigativas a cargo dos órgãos de persecução.

Pretende-se, a partir do presente estudo, lançar luzes sobre a interpretação dada pelas diversas Cortes Jurisdicionais a respeito das disposições normativas da

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Rondonópolis, Agente de Polícia Federal responsável pelo setor de Operações e Análises da Delegacia Especializada Combate a Crimes Financeiros e Desvio de Recursos Públicos na Superintendência de Polícia Federal no Estado da Paraíba.

produção de provas, explorando as nuances e limites da atuação dos órgãos de polícia judiciária, de maneira a manter hígido o conjunto probatório a ser levado a juízo, permitindo, posteriormente, que eventuais decretos condenatórios se lastreiem em prova sólida.

Nesse sentido, destaca-se que o tema ocupa espaço relevante nas pautas das Cortes Superiores, em especial quanto: à colheita de prova em sede de busca domiciliar sem autorização judicial prévia; e aos procedimentos de reconhecimento de pessoas e de busca pessoal – questões estas submetidas a significativas viradas jurisprudenciais recentes.

2. A PROVA NO PROCESSO PENAL

De início, é imperioso destacar que o direito à prova tem lastro constitucional e, assim como os demais direitos fundamentais, não se reveste de caráter absoluto. A própria Constituição Federal de 1988 erige à categoria de direito fundamental a vedação ao uso de provas ilícitas no processo, conforme disposto no seu art. 5, LVI.

É importante notar que já houve um momento histórico em que se admitiu que o Estado buscasse, a qualquer custo, a dita “verdade real”. Nesse período, do sistema inquisitório, admitia-se a tortura como meio de prova, sendo a confissão de suspeitos tida como “rainha das provas”, aptas a produzir diversas condenações.

Tal período fora superado com a instituição do sistema acusatório, fundando-se, pois, na premissa de que ao Estado não é dado agir com arbítrio – violando garantias na busca da punição a qualquer custo –, sob o risco de ele, Estado, transformar-se em maior violador de direitos que os próprios criminosos. Assim, sob a égide do Estado Democrático de Direito, não há como se admitir a lógica de que os fins justificam os meios.

Perceba-se que, além da vedação imposta ao Estado em admitir provas ilegais com o intuito de preservar direitos dos jurisdicionados, há uma outra faceta de tal proibição que se vincula a um caráter pedagógico, pois anuncia aos órgãos da persecução penal que a produção de provas ilícitas será punida com a invalidade, desestimulando condutas abusivas. Nesse sentido, tome-se a lição de Paulo de Souza Mendes, *in verbis*:

[...] de resto, a proibição de utilização (valoração) de provas proibidas, afigura-se como a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obtenção de provas a qualquer preço, por parte das instâncias formais de

controle social. É como se o legislado anunciasse aos virtuais prevaricadores: não sucumbais ao canto da sereia da obtenção de prova a qualquer preço, pois isso vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente obtidos, nem sequer se podendo repetir essas provas por outros meios! (MENDES, 2009, p.182-183).

Observe-se que, embora a Constituição afaste a utilização das provas ilícitas do processo, não se ocupou de conceituá-las, restando a cargo da doutrina fixar alguns contornos dogmáticos relevantes, sendo a distinção de provas obtidas por meios ilícitos e meios ilegítimos o principal deles.

Tomam-se, aqui, as lições da professora Ada Pellegrini Grinover como arcabouço teórico a impor a mencionada distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas, ambas espécies do gênero provas ilegais. Consideram-se provas ilícitas, então, aquelas produzidas ao arrepio de regras e princípios de direito material, notadamente as disposições da Constituição.

Encontram-se nesse contexto o direito à privacidade, ao domicílio, à liberdade de reunião, à preservação da integridade física e psíquica, à presunção de não culpabilidade, dentre outros. Assim, considera-se prova ilícita, a título ilustrativo, uma confissão realizada sob tortura.

Outra característica relevante da prova ilícita é observada sob uma perspectiva temporal. Usualmente, tal prova é produzida em momento anterior ao processo, justamente porque diante do magistrado são menores as chances de que haja uma violação às normas materiais. Uma exceção seria um interrogatório judicial sem que o magistrado concedesse ao réu o direito ao silêncio.

Lado outro, as provas ilegítimas são aquelas cuja produção se dera em desrespeito às normas processuais que estabelecem determinados ritos próprios de produção da prova. Tome-se, como exemplo, a oitiva de testemunha em sede judicial, sem que lhe seja tomado o compromisso de dizer a verdade, conforme apregoa o artigo 203, do Decreto-Lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal):

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade (BRASIL, 1941).



Estendendo um pouco mais as considerações conceituais, convém mencionar que nem sempre é clara a distinção entre norma de direito material e norma de direito processual, sendo recorrente que os próprios tribunais pátrios oscilem diante de casos concretos. Frise-se que há extrema relevância no correto enquadramento de uma norma, entre própria de direito material ou processual, justamente porque, a depender de tal classificação, eventuais violações na colheita da prova conduzirão a resultados absolutamente distintos, como será detalhado a seguir - o maior e mais recente exemplo de tal penumbra entre a natureza dos institutos se deu quanto ao conteúdo do art. 226, do Código de Processo Penal.

2.1 O impacto das nulidades processuais na persecução penal

Com habitualidade, tornam-se de conhecimento público decisões judiciais que decretam a invalidade de determinadas provas em sede de importantes investigações – que, por vezes, tomaram anos de esforços para produção de elementos de informação e provas cautelares/antecipadas. Põe-se, então, a problemática de como enfrentar a crise de efetividade que parte importante dos trabalhos investigativos enfrenta, ao esbarrar no parâmetro da licitude da prova. Como, então, minimizar os riscos de ter extensos elementos probatórios desentranhados dos autos em razão de seu colhimento irregular? Como identificar e evitar irregularidades procedimentais e materiais da produção de provas?

A perspectiva da atividade policial como ferramenta de identificação e colheita de elementos de informação e produção de provas pressupõe, necessariamente, o entendimento de tal atividade como parte da engrenagem do sistema persecutório, cuja eficiência está intimamente ligada ao respeito ao devido processo legal em sua perspectiva formal e material.

Propõe-se, assim, oferecer uma base teórica a respeito dos principais conceitos correlatos à validade da prova no processo penal, buscando, posteriormente, pormenorizar os fundamentos de entendimentos jurisprudenciais recentes sobre a legitimidade ou não de diversos meios de obtenção de prova, de maneira a criar um arcabouço informacional que viabilize técnicas investigativas idôneas.

Em atendimento ao referido propósito, coloca-se a tarefa de retomar alguns conceitos jurídicos iniciais. No Brasil, a partir da Constituição de 1988, inaugurou-se a sistemática acusatória, em lugar de um processo penal até então marcado pela adoção de um sistema misto, com características acusatórias e inquisitivas. Como

desdobramento dessa nova conjuntura da persecução penal, não mais cabe ao magistrado conduzir ativamente a produção probatória, restando essa a cargo essencialmente do Ministério Público na condição de titular da ação penal, sobre quem recai o ônus de provar a materialidade de crimes e imputá-los a determinado agente.

Para o campo do presente estudo, ganham relevo as provas ditas cautelares ou não repetíveis, uma vez que são produzidas, em sua maioria, na fase extrajudicial – notadamente pelas polícias judiciárias. Certamente, no contexto das provas cautelares e não repetíveis é que se encontram os maiores impactos de declarações judiciais de ilicitude probatória, impactando diretamente no resultado das investigações conduzidas por aqueles órgãos.

A Carta da República, além de conceder a titularidade da ação penal pública incondicionada ao Ministério Público, traz em seu rol de garantias fundamentais a inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Nesse contexto, a doutrina sustenta que a terminologia “provas obtidas por meios ilícitos” é gênero que comporta duas espécies: provas ilícitas e provas ilegítimas, conforme defende Grinover (2011).

As provas ilícitas são entendidas como aquelas cuja produção se dera com violação de norma de direito material, notadamente normas constitucionais e de direito penal. Ventilada violação dessa natureza, o ordenamento jurídico impõe a instauração de incidente processual, nos termos do artigo 157, do Código de Processo Penal, hipótese em que, reconhecida ilicitude da prova, determinar-se-á o seu desentranhamento dos autos.

Ao revés, a prova produzida a partir de violação à norma de natureza processual, no mais das vezes em desobediência ao rito prescrito, será reconhecida como prova ilegítima, sujeita à disciplina das nulidades processuais. Dessa feita, a análise minudente da natureza do vício causado a partir do desrespeito à norma procedimental imporá uma de três consequências: reconhecimento de mera irregularidade sem prejuízo ao curso do processo; reconhecimento da nulidade relativa ou, por fim, reconhecimento de uma nulidade de natureza absoluta.

Tem-se por hipótese, então, que diagnosticar as causas determinantes da ilicitude da produção de prova é fundamental para se produzir investigações eficazes que preservem a higidez do acervo dos dados colhidos. Para tanto, é imprescindível

realizar estudo minudente das decisões judiciais paradigmáticas na área da produção probatória penal.

3. A JURISPRUDÊNCIA E OS STANDARDS PROBATÓRIOS DA BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR

Para que se obtenham resultados otimizados das investigações policiais, faz-se necessário compreender a fundo a orientação dos tribunais de vértice, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, a fim de resguardar a higidez da prova produzida pelos órgãos encarregados da investigação criminal e blindar os esforços investigativos da incidência de eventuais nulidades que impliquem no seu desentranhamento do processo, por vezes, anos após sua produção.

Nesse sentido, tem ocupado espaço central nas discussões das turmas criminais do Tribunal da Cidadania os limites do que seriam as fundadas razões que admitiriam a atuação policial nos casos concretos.

De início, rememore-se a dicção do artigo 244 do Decreto-Lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal):

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. (grifo nosso) (BRASIL, 1941).

Assim, para que se legitime a atuação dos órgãos de investigação ou repressão policial, há de se fundamentar, de maneira concreta, quais os elementos fáticos observados pelos policiais compõem as fundadas razões para a abordagem, seguida da busca pessoal. De se considerar que tais elementos devem constar de eventual auto de prisão em flagrante lavrado como desdobramento da busca pessoal, isso porque somente a partir dessa formalização será possível sindicá-la judicialmente, a posteriori, a regularidade da atuação dos agentes estatais.

3.1 Da necessidade de comprovação da existência de elementos concretos

Nessa perspectiva, têm os tribunais adotado como parâmetro de aferição das fundadas razões o instituto do *standard* probatório. Como conceitua Gustavo Henrique Badaró (2019), *standards* de prova representam critérios indicadores do grau de

confirmação probatória que viabilizam condições para que o julgador possa identificar um determinado enunciado fático como efetivamente provado ou não.

A evolução jurisprudencial da análise das fundadas suspeitas é notória. Outrora admitida como prova quase que inconteste do testemunho de policiais a respeito das circunstâncias em que se dera a busca pessoal - ao argumento da presunção de legitimidade e veracidade que acompanha os atos administrativos -, a fundada suspeita não mais prevalece no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Ao menos, não mais como critério único e incontestável de valoração da regularidade das buscas pessoais.

Ao revés, impõe-se ao Estado o ônus de comprovar que sua atuação se dera nos limites e em obediência às disposições procedimentais de colheita de elementos informativos e probatórios. No caso das buscas pessoais e domiciliares, tal ônus recai, notadamente, quanto a prova do consentimento válido para ingresso no domicílio e a existência de elementos concretos que denotem estar o agente “na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito” (op.cit.).

Pretende-se com tal exigência minorar o risco das recorrentes buscas pessoais fundadas tão somente em elementos subjetivos, especialmente o chamado tirocínio, ao fundamento exclusivo de suposta atitude suspeita do abordado. Em última análise, pretende-se que tais medidas investigativas e probatórias não se reproduzam em razão de perfilamento racial. Tome-se, como exemplo, o Recurso em Habeas Corpus 158.580-BA, de Relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, concluindo nos seguintes termos: “A mera alegação genérica de ‘atitude suspeita’ é insuficiente para a licitude da busca pessoal” (BRASIL, 2022).

No mesmo sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou a necessidade de elementos objetivos para a busca, ao firmar a seguinte tese de julgamento, no Habeas Corpus n.º 208.240/SP:

A busca pessoal, independente de mandado judicial, deve estar fundada em elementos indiciários objetivos de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não sendo lícita a realização da medida com base na raça, sexo, orientação sexual, cor da pele, ou aparência física (BRASIL, 2024).

Note-se, ainda, que não é a eventual situação de flagrância comprovada em momento posterior à busca pessoal ou domiciliar que viabiliza o reconhecimento da validade da prova. As fundadas razões que autorizam a ação policial são aferidas “ex

ante”, a partir dos elementos colhidos nos momentos que antecederam a atuação do aparato policial. Eventual flagrante delito em decorrência da atuação não se presta a convalidar uma atuação irregular, realizada ao arrepio das exigências legais.

3.2 Do fundo constitucional das garantias individuais

É fundamental, para delimitação das proposições deste trabalho, que se observem distinções entre a proteção constitucional conferida à inviolabilidade do domicílio daquelas disposições da Carta da República, a partir das quais se extrai a garantia individual contra abordagens e buscas pessoais randômicas.

O artigo 5º, XII da Constituição Federal prevê expressamente a inviolabilidade do domicílio como garantia individual, típico instrumento de defesa contra o arbítrio do Estado. Como cediço, não há direitos absolutos no ordenamento, sendo admissível, inclusive por expressa disposição constitucional, que ocorra o ingresso no domicílio alheio nos casos de desastre, prestação de socorro ou mediante ordem judicial no período do dia. O ingresso em domicílio é, ainda, admitido nos casos de consentimento do morador.

Diversamente do que ocorre quanto à proteção da residência, não há disposição direta da Constituição Federal expondo uma vedação à busca pessoal infundada. Entretanto, é notório que a atuação policial nos casos de ausência de fundadas razões para busca pessoal fere o direito de liberdade de ir e vir (ainda que momentaneamente) e a própria liberdade de autodeterminação, com impactos indetermináveis sobre a dignidade da pessoa humana.

Há de se observar a divergência dos bens jurídicos tutelados ante a ocorrência das buscas domiciliares e pessoais irregulares. No caso das buscas domiciliares, há uma violação que transborda a esfera dos bens jurídicos do indivíduo, impactando a vida de diversas pessoas que compõem aquele núcleo familiar. Noutro giro, a busca pessoal irregular traduz um impacto menos abrangente, recaindo os efeitos deletérios da ação estatal tão somente pelo indivíduo abordado.

Essas sutis diferenças entre os fundamentos de cada direito e os efeitos de eventuais violações foram captadas pelo Superior Tribunal de Justiça e resultaram na elaboração de tese jurídica firmada em julgamento de recurso especial apreciado pela 3ª Seção, conforme se verá.

3.3 O entendimento firmado em sede do Habeas Corpus 877.943-MS, julgado em 18/4/2024

Conforme exposto, há uma grande relevância em se delinear os contornos do que seriam as “fundadas suspeitas” autorizativas da busca pessoal e domiciliar para fins processuais penais. Com efeito, grande polêmica recai sobre a fuga do agente ao avistar uma guarnição policial. Seria tal comportamento apto a lastrear a busca pessoal? É possível aplicar a mesma conclusão à busca domiciliar?

Essas perguntas foram enfrentadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo recentemente.

De um lado, a Corte Constitucional, em sede do Habeas Corpus nº 169.788/SP, afirmou que a fuga do agente para o interior da residência, no caso concreto, autorizaria o ingresso dos policiais.

Ao revés, o Tribunal da Cidadania, em decisão posterior, no HC 877.943-MS, traçou importantes distinções entre os casos. De início, consignou o voto vencedor que a decisão do Supremo não se dera por meio de seu plenário e tampouco fora formalizada em precedente qualificado na forma do artigo 927, do Código de Processo Civil.

Ademais, o voto vencedor ainda teceu as diferenças entre as garantias da inviolabilidade domiciliar e a da vedação a buscas pessoais irregulares, nos exatos termos já expostos em tópico anterior. Assim, concluiu o Tribunal da Cidadania que, embora não se legitime o ingresso no domicílio alheio em razão exclusivamente do ingresso do agente em fuga para seu interior, o mesmo comportamento de fugir, em via pública, ao avistar guarnição policial autorizaria a busca pessoal. Segue trecho relevante do voto do Ministro Schietti, do Superior Tribunal de Justiça:

Com base nessas premissas, diante da considerável variabilidade de possíveis explicações para essa atitude, entende-se que fugir correndo repentinamente ao avistar uma guarnição policial não configura, por si só, flagrante delito, nem algo próximo disso para justificar que se excepcione a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Trata-se, todavia, de conduta intensa e marcante que consiste em fato objetivo - não meramente subjetivo ou intuitivo -, visível, controlável pelo judiciário e que, embora possa ter outras explicações, no mínimo gera suspeita razoável, amparada em juízo de probabilidade, sobre a posse de objeto que constitua corpo de delito (conceito mais amplo do que situação de flagrante delito) (BRASIL, 2024).

Assim, prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a fuga como elemento apto a justificar a ação policial a título de fundadas suspeitas se limita às hipóteses de buscas pessoais, excluindo-se o ingresso domiciliar.

É relevante, ainda, trazer à lume a necessidade de sindicabilidade da prova oriunda do testemunho de policiais.

O julgado é incisivo ao impor aos magistrados a função de aferir as teses formuladas pelos agentes públicos quanto à existência das fundadas razões para busca pessoal. Tal exigência, de acordo com as ponderações de Renato Brasileiro de Lima (2022), encontra lastro no sistema da valoração racional da prova e na inexistência de provas tarifadas em nosso ordenamento, do que se extrai a necessidade de cotejo do depoimento policial com as demais provas colacionadas aos autos.

Ora, se mesmo a confissão não impera como prova absoluta no sistema acusatório, reclamando o exame comparativo com os demais elementos do caderno probatório, não há de se reconhecer tratamento diverso à oitiva de policiais.

Frise-se que não se está aqui a dizer que tais testemunhos devem receber um peso relativo diminuto a priori. Ao revés, o que se pretende é que tal espécie probatória receba a mesma valoração que as demais, notadamente sob o ponto de vista da coerência interna e externa. Com efeito, deve-se observar se o relato policial é coerente e factível, minudente no desencadear dos fatos narrados no processo.

Essa medida, em última análise, garante que o processo se desenvolva a partir de um hígido conjunto probatório, evitando posteriores anulações em sede de recurso e enfraquecimento da persecução penal.

4. CONCLUSÃO

Diante do cenário outrora exposto – de invalidação judicial de longas cadeias probatórias que acarretam, no mais das vezes, na inviabilidade da responsabilização penal no caso concreto por ausência de provas –, é imperioso que os órgãos do sistema penal sob os quais recaiam o ônus de provar condutas criminosas estejam em sintonia com os ditames legais e jurisprudenciais de produção de provas. O combate à sensação de impunidade passa, necessariamente, pela otimização da produção probatória na seara penal.

Assim, para fins de identificação das “fundadas razões” autorizativas da medida de busca pessoal, é necessária observância aos parâmetros fixados pelo Superior



Tribunal de Justiça, notadamente quanto às exigências de comprovação de elementos, passível de análise concreta a posteriori pelo Poder Judiciário, atendendo a premissa da garantia da inafastabilidade da jurisdição.

Por fim, acredita-se que, uma vez resguardadas as cautelas exigidas pela jurisprudência no campo probatório, maior eficácia há de recair sobre a atuação das polícias, especialmente aquelas afetas à polícia judiciária propriamente dita.



REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo H. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus 158.580/BA**. Recurso em Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Busca pessoal. Ausência de fundada suspeita. Alegação vaga de “atitude suspeita”. Insuficiência. Ilícitude da prova obtida. Trancamento do processo. Recurso provido. Recorrente: Mateus Soares Rocha. Recorrido: Ministério Público da Bahia. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25%2F04%2F2022>. Acesso em: 5/07/2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Habeas Corpus 877.943/MS**. Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Busca Pessoal. Art. 244 do CPP. Fuga do réu ao avistar a guarnição policial. Fundada suspeita quanto à posse de corpo de delito. Configuração. Absolvção. Impossibilidade. Provas Lícitas. Ordem denegada. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 18 de abril de 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202304561279&dt_publicacao=15/05/2024>. Acesso em: 5/07/2024>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 208.240/SP**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 11 de abril de 2024. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365041600&ext=.pdf>>. Acesso em: 5/07/2024.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de direito processual penal**, São Paulo, Editora Juspodium, 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O simples fato de os policiais terem considerado a atitude do morador suspeita não justifica o ingresso forçado no domicílio**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/26fd45817c0a0bb1e951d17fa7df947c>>. Acesso em: 05/04/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O simples fato de o acusado ter antecedente por tráfico de drogas não autoriza a realização de busca domiciliar**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/abb451a12cf1a9d93292e81f0d4fdd7a>>. Acesso em: 05/04/2023.



DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo, Malheiros, 2001.

Eugênio Pacelli, Douglas Fischer. **Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência**. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2019.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **As nulidades no processo penal**; São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.



ALCANCE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: O ESTADO TEM O DEVER DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA)?

SCOPE OF THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO HEALTH: DOES THE STATE HAVE A DUTY TO PROVIDE MEDICINES NOT REGISTERED WITH THE NATIONAL HEALTH SURVEILLANCE AGENCY (ANVISA)?

Leonardo Felipe Marques Tiradentes¹

Resumo: Ao Estado é atribuído verdadeiro dever jurídico de fornecer medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA? Dada a relevância do tema, uma vez presente no dia a dia dos tribunais brasileiros, objetiva-se, com este artigo, dar uma resposta dogmática satisfatória à indagação por meio de consulta à bibliografia especializada. A conclusão é no sentido de que uma das políticas públicas editadas pelo Brasil para o atendimento do direito à saúde (art. 196 da Constituição da República) consubstancia-se, justamente, na vedação à importação, industrialização e comercialização, em território nacional, de medicamentos sem registro na ANVISA — constatação essa que corrobora a tese de que inexistente um autêntico dever estatal neste sentido.

Palavras-Chave: Constitucional. Políticas públicas. Medicamentos. ANVISA.

Abstract: Is the State given a true legal duty to supply medicines without registration with the National Health Surveillance Agency – ANVISA? Given the relevance of the theme, once present in the daily life of the Brazilian courts, the objective of this article is to provide a satisfactory dogmatic answer to the question by consulting the specialized bibliography. The conclusion is that one of the public policies enacted by Brazil to meet the right to health (article 196 of the Constitution of the Republic) is precisely the prohibition of the importation, industrialization and commercialization, in the national territory, of medicines without registration with ANVISA – a finding that corroborates the thesis that there is no authentic state duty in this sense.

Keywords: Constitutional. Public policies. Medicines. ANVISA.

1. INTRODUÇÃO

Desde a entrada em vigor da Constituição de 1988 (doravante apenas CF/88), muito se tem produzido na doutrina e inúmeras controvérsias têm chegado ao crivo dos tribunais pátrios envolvendo o direito fundamental social à saúde.² Uma delas,

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. E-mail: leonardofelipe.marques@gmail.com.

² Pontua-se a pertinente crítica de Lúcia Léa Guimarães Tavares acerca do resultado a que a grande maioria dessas demandas está sujeita: “o que se verifica de um rápido levantamento das decisões existentes sobre essa matéria é que elas são, na sua quase totalidade, no sentido de que o Poder Público está constitucionalmente obrigado a garantir a saúde de seus cidadãos; que o direito à vida

com efeito, consiste na seguinte inquietação: é possível afirmar que existe um dever jurídico, devidamente atribuído ao Estado, de fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA?

Com efeito, os recursos públicos são escassos — situação que demanda da Administração Pública seu emprego eficiente e a tomada de difíceis decisões na seara da alocação. Concomitantemente a esse dado fático inafastável relacionado à escassez dos recursos, a CF/88 atribui ao Poder Público verdadeiro dever jurídico de implementar as políticas públicas necessárias para o atendimento universal e igualitário da saúde das pessoas — dever este que, para ser concretizado, gera uma série de gastos para aquele.

No que tange, especificamente, aos gastos públicos com a saúde, vê-se que, além de o Estado dispendar recursos para formular e implementar suas políticas públicas, diversas ações judiciais (mormente aquelas de caráter individual) envolvendo prestações sanitárias — como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA — comprometem injustamente suas finanças, pois a usual gravidade ou emergência das situações fáticas que são levadas ao Poder Judiciário afastam-no, via de regra, da adoção de critérios racionais que possibilitem a correta aplicação do Direito nesses casos.

À luz de toda essa problemática, é pertinente a crítica de Marina Domingues de Castro Camargo Aranha e Felipe Chiarello de Souza Pinto quando pontuam que os juízes, “imbuídos do espírito paternalista que inspirou a Constituição cidadã”, dificultam a alocação eficiente dos recursos públicos ao proferir decisões que não observam a regulamentação administrativa do direito à saúde.³

Assim, diante da relevância e oportunidade do tema, com vistas a contribuir para o debate, é objetivo deste trabalho fornecer, a partir de consulta à bibliografia especializada, uma resposta teórica segura acerca do questionamento proposto.

prevalece sobre os demais (...)” (cf. TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. O fornecimento de medicamentos pelo Estado. In: **Revista da Procuradoria-Geral**, v. 55. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=779835>>. Acesso em: 25/02/2018. p. 105).

³ “Isso se vê claramente na área da saúde: Brasil afora inúmeras decisões condenam a União, o Estado e o Município a custearem medicamentos e tratamentos que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou nem mesmo são aprovados pela Anvisa, pondo em risco a continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos” (ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela Anvisa. In: **Revista de Direito do Consumidor**, v. 23, n. 96, pp. 139-154, nov./dez. 2014. p. 141).

2. NATUREZA, CONTEÚDO E REGIME JURÍDICO DO DIREITO À SAÚDE

Ensina a doutrina que, no séc. XIX, após a Revolução Industrial, fomentou-se a “ideia da conformação da ordem social pelo Estado, a ele incumbindo a tarefa de intervir na economia, de modo a criar condições favoráveis a uma redução do desnível social”, além de ter-se colocado como objetivo dos Estados Nacionais a universalização dos direitos fundamentais.⁴

No Brasil, a CF/88 traz extenso rol de direitos e garantias fundamentais, de caráter negativo e positivo, os quais, nesse último aspecto, impõem ao Estado — em muito maior medida, pois — a tarefa de agir concreta e materialmente para sua respectiva satisfação. Aliás, o pioneirismo acerca da previsão do direito à saúde como autêntico direito fundamental de índole social⁵ coube à própria CF/88 (vide arts. 6º e 196 a 200).

O direito à saúde, de acordo com a legislação constitucional vigente, deve ser implementado por meio de políticas públicas e sociais, com vistas a assegurar um acesso igualitário e universal às medidas preventivas e repressivas (art. 196). Sua função primordial é, como aponta a doutrina, “garantir aos indivíduos condições materiais imprescindíveis para o pleno gozo dos demais Direitos”, eis que genuinamente indissociável do direito à vida.⁶

A despeito de toda a sua importância dentro do ordenamento jurídico, a extensão de seu conteúdo ainda gera muitas dúvidas. Para Ingo Wolfgang Sarlet, um problema que se identifica no campo da delimitação do conteúdo do direito fundamental à saúde é o fato de que a própria CF/88 não o elenca objetivamente, ou seja, não aponta quais seriam seus limites ou seu alcance, somente abordando-o de maneira genérica.⁷

⁴ Cf. OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à Saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. In: **Revista de Direito Brasileira**, vol. 1, pp. 77-99, jul./dez. 2011. p. 80.

⁵ Entende-se por direitos sociais aqueles “direitos fundamentais que têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais imprescindíveis para assegurar uma vida digna, que o indivíduo poderia obter também dos particulares, caso ostentasse condições financeiras para adquiri-los e os encontrasse disponíveis no mercado” (cf. HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205, nota de rodapé nº 1).

⁶ OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à Saúde... *cit.*, p. 82.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: **Interesse Público**, ano 3. n. 12. out./dez. p. 91-107. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001. p. 102.

Uma vez silente a CF/88, fatalmente questiona-se: há limites ao direito fundamental à saúde? Qual ordem de pretensões jurídicas jusfundamentais se pode razoavelmente extrair da proteção jurídica a ele conferida? O Estado está ou não obrigado a fornecer toda e qualquer espécie de medicamento e/ou prestação sanitária que lhe for pleiteada administrativa ou, principalmente, judicialmente? Dar uma resposta satisfatória a todas essas indagações é tarefa ingrata, mas é importante ter-se em mente, desde já, a observação feita por Ana Paula de Barcellos:

Se o critério para definir o que é exigível do Estado em matéria de prestações de saúde for a necessidade de evitar a morte, a dor ou o sofrimento físico, simplesmente não será possível definir coisa alguma. Praticamente toda e qualquer prestação de saúde poderá enquadrar-se nesse critérios, pois é exatamente para tentar evitar a morte, a dor ou o sofrimento que elas foram desenvolvidas.⁸

Segundo Kátia Cristine Santos de Oliveira e Jamille Coutinho Costa, os direitos sociais (como o direito à saúde), em que pese sejam dotados de força normativa e ocupem lugar de destaque na CF/88, não gozariam de autoaplicabilidade.⁹ Isso porque seriam normas de eficácia limitada,¹⁰ ou seja, que dependeriam de regulamentação pelo legislador infraconstitucional para produzirem seus principais efeitos.¹¹

Entretanto, à luz das formulações de Robert Alexy e Ronald Dworkin, entende-se que o direito à saúde é uma norma jurídica cuja estrutura de aplicação corresponde a um princípio jurídico (mandamento de otimização) — e que prescinde de legislação infraconstitucional para sua aplicação.¹²

Com efeito, os direitos sociais estão no mesmo patamar hierárquico dos demais direitos fundamentais, nada obstante a existência de ao menos três correntes de entendimento diversas.¹³ Logo, ostentam eles o regime jurídico reforçado dos direitos

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coords.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. pp. 803-804.

⁹ Este entendimento, aparentemente, vai de encontro à prescrição do art. 5º, § 1º, da CF/88, que dispõe: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹⁰ Em sentido diverso, apontando que seriam normas de eficácia plena, cf. OLIVEIRA, Leonardo Alves de. A cura do câncer, a droga experimental (fosfoetanolamina sintética) e suas implicações legais e jurídicas. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 962, dez./2015, pp. 53-62.

¹¹ OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à saúde... *cit.*, p. 91.

¹² FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde: regime jurídico constitucional e exigibilidade judicial. In: **Revista Thesis Juris**, vol. 3, jul.-dez/2014. p. 313.

¹³ Para uma análise pormenorizada dessas correntes, cf. FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde... *cit.*, p. 314 e ss.

fundamentais, estando protegidos, por exemplo, contra reformas constitucionais tendentes a aboli-los, na esteira do art. 60, § 4º, inc. IV,¹⁴ e gozando de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, ambos da CF/88.¹⁵

Mas, afinal, no que consiste esta aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais de que trata este último dispositivo constitucional? Afigura-se que a resposta perpassa pela análise do conteúdo do direito ao mínimo existencial.¹⁶

Oriundo do constitucionalismo alemão, no qual não há um rol expresso de direitos sociais,¹⁷ e derivado — por esse motivo — diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao mínimo existencial compele o Estado a garantir um “mínimo social” aos cidadãos, reforçando, assim, a efetivação dos direitos sociais.¹⁸

Partilha-se da ideia, originada em Ana Paula de Barcellos, que o direito ao mínimo existencial se delineia a partir de um rol preferencial constitucional,¹⁹ isto é, de um conjunto de prestações materiais mínimas ligadas à saúde básica, à educação básica, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça que, justamente por comporem este mínimo sociocultural, são oponíveis e exigíveis perante o Poder Público de tal modo que este não poderá se escusar de seu atendimento. Diz a referida autora:

... é claro que, além desse conjunto de prestações mínimas, o Poder Público poderá optar por atender outras necessidades de saúde, e é bom, e constitucional, que o faça. A diferença em relação ao mínimo existencial está em que, em relação a este, o Judiciário pode praticar um ato específico:

¹⁴ Cf., nesse sentido, LIMA, Ricardo Siebel Freitas de. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: **Direito Público**, ano 3, n.12, abr./jun.2006. p. 112.

¹⁵ Ingo Wolfgang Sarlet entende que o art. 5º, § 1º, da CF/88 enuncia verdadeira norma-princípio (mandamento de otimização), impondo ao Estado o dever de maximizar a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais na maior medida do possível, sem a necessidade de atuação do legislador infraconstitucional. Cf., a esse respeito, SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações... *cit.*, p. 99.

¹⁶ Segundo Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial seria “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais” (TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, apud FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde... *cit.*, p. 321). A doutrina ainda distingue o mínimo social vital (que seria correspondente a uma mera salvaguarda das condições de existência física da pessoa humana) do mínimo social sociocultural, que, além de englobar aquele, visa a abrir “possibilidades de uma real inserção na vida social a todos os cidadãos, oportunizando o livre desenvolvimento da personalidade de seu titular” (FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde... *cit.*, pp. 321-322).

¹⁷ Para os alemães, era possível extrair da Lei Fundamental, ainda que na ausência de regulamentação legislativa infraconstitucional, um direito subjetivo com a função de proporcionar a todos condições mínimas de existência digna. Cf. FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde... *cit.*, p. 321.

¹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹ A expressão é cunhada por Daniel Wunder Hachem. Cf. HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais... *ob. cit.*, pp. 213 e 217 e ss.

determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido. [...] o Judiciário poderá e deverá determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõem o mínimo, mas não deverá fazê-lo em relação a outras, que estejam fora desse conjunto. Salvo, é claro, quando as opções políticas dos poderes constituídos — afora e além do mínimo — hajam sido juridicizadas e tomem a forma de uma lei.²⁰

O entendimento, neste contexto, é de que o mínimo existencial não pode ser visto como um teto máximo para as prestações judiciais, senão como um piso mínimo, “cujo conteúdo é imediatamente exigível junto ao Judiciário, mas que não caracteriza uma ‘barreira ao reconhecimento da existência de outras parcelas normativas igualmente reclamáveis’”.²¹

Neste prisma, se o Estado está constitucionalmente obrigado a respeitar o mínimo existencial em qualquer cenário, conclui-se que a estrutura normativa deste direito implícito corresponde a uma regra jurídica (cuja observância o Estado não pode se escusar), ao passo que as parcelas de direitos fundamentais que exorbitam o conteúdo do direito ao mínimo existencial conformam estruturas normativas de verdadeiros princípios jurídicos, devendo ser aplicadas e efetivadas na maior medida do possível.²²

A partir do exposto, é nítido que o direito à saúde — no que se refere às posições jurídicas jusfundamentais extraídas de seu bojo que não integram a “saúde básica” — deve ser concretizado na maior medida do possível (estrutura normativa de princípio jurídico). Assim, como as parcelas deste direito que integram o conteúdo do mínimo existencial devem ser encaradas como um piso mínimo, é totalmente possível cogitar da efetivação, pela via judicial, das demais parcelas do direito à saúde.

Porém, relativamente a estas últimas, incidem algumas reservas legais.²³ De acordo com Jorge Reis Novais, há três ordens de restrições à efetivação dos direitos sociais, das quais se destaca somente duas: (1) reserva imanente de ponderação; e (2) reserva do politicamente adequado ou oportuno.²⁴

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde... *cit.*, p. 809.

²¹ FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde... *cit.*, pp. 322-323. Cf., também, HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais... *ob. cit.*, pp. 227-229.

²² FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde... *cit.*, p. 324; e HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais... *ob. cit.*, pp. 229-231.

²³ FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde... *cit.*, pp. 324-325.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2003, apud FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde... *cit.*, pp. 324-325.

A primeira delas autoriza “a restrição do dever de respeito a algum direito, se em face deste se opuserem outros. Para isto é necessária a ponderação entre os direitos conflitantes [...]”.²⁵ A reserva do politicamente adequado ou oportuno, por sua vez, sublinha o respeito às decisões legislativas e administrativas, eis que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo, por excelência e razões de legitimidade, definir os rumos da renda pública. No entanto, é papel do Poder Judiciário controlar a legalidade das decisões destes Poderes e, inclusive, suas omissões injustificadas.²⁶

Se assim o é, indaga-se: as pretensões jurídicas jusfundamentais voltadas ao fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA compõem o conteúdo do direito ao mínimo existencial ou exorbitam sua extensão, incidindo nas mencionadas reservas legais? Cumpre sintetizar algumas teses doutrinárias e apontar a que se julga mais esmerada.

3. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA: PERSPECTIVAS DOUTRINÁRIAS

Para Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Flichtiner Figueiredo — para quem sempre há de se reconhecer um direito subjetivo dos jurisdicionados à saúde em casos de urgência (“normalmente compreendid[o]s como aqueles em que a vida humana se encontrar em risco iminente”)²⁷ —, não se mostra adequado obrigar o ente público a fornecer às pessoas medicamentos ou serviços de saúde ainda em fase experimental, “assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes”,²⁸ sob pena de se violar a dignidade da pessoa humana por utilizá-la como “cobaia”.

²⁵ Exemplo disso seria, inclusive, a restrição, por parte da ANVISA, à comercialização de medicamentos que possam causar risco à saúde das pessoas, conforme art. 7º, XV, da Lei 9.782/1999 (cf. FARIA, Luzardo. *Direito fundamental à saúde... cit.*, p. 325).

²⁶ *Idem*, p. 326.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Orgs.). 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 43.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. Reserva do possível... *cit.*, p. 44. Usualmente, como se sabe, medicamentos neste estágio “experimental” não se encontram registrados na ANVISA, até porque, nos termos do art. 16, inc. II, da Lei 6.360/1976, o registro de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e semelhantes fica sujeito à comprovação científica e analítica de sua segurança e eficácia: “Art. 16. O registro de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, dadas as suas características sanitárias, medicamentosas ou profiláticas, curativas, paliativas, ou mesmo para fins de diagnóstico, fica sujeito, além do atendimento das exigências próprias, aos seguintes requisitos específicos: (...) II — que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias”.

Com efeito, especialmente em relação à controvérsia em destaque, sustentam os autores que as listas elaboradas no âmbito do SUS (compostas de medicamentos já aprovados pela ANVISA, portanto),²⁹ conquanto não deem conta de trazer em seus bojos todos os medicamentos e tratamentos capazes de combater todas as doenças existentes, asseguram, por outro lado, a segurança e eficiência dos produtos.

Porém, em seu entender, como — comumente — as pretensões desta estirpe (pleiteando medicamentos não listados no SUS, que podem ou não estar registrados perante aquela agência sanitária) deduzidas em juízo dizem respeito ao conteúdo do mínimo existencial,³⁰ o Poder Judiciário deve revisitar seu papel ativo quando do exercício da função judicante.

Isto é, desde que demonstradas a adequação e a necessidade do tratamento/medicamento, bem como a razoabilidade do caso, o juiz da causa deve tomar toda e qualquer providência necessária para se certificar da segurança e da eficácia do medicamento antes de indeferir o pedido, justamente porque “a necessária garantia de efetividade do mínimo existencial, ainda mais no que diz com a saúde, também passa pela consideração dos princípios da precaução e prevenção”.³¹

Luís Roberto Barroso propõe alguns parâmetros para que se racionalize o fornecimento de medicamentos por intermédio do Poder Judiciário, aduzindo, em suma, que no âmbito de ações individuais o fornecimento de fármacos só é possível se eles constarem, efetivamente, das listas elaboradas pelos entes federativos (ou seja, se também forem registrados na ANVISA).

Isso porque, segundo seu posicionamento, há uma presunção de que os órgãos e agentes encarregados de tal tarefa cotejaram, previamente, as necessidades primordiais a serem satisfeitas e a disponibilidade de recursos públicos para tanto, bem como analisaram a eficácia e qualidade dos medicamentos.³² Vale dizer, uma

²⁹ Somente podem integrar as listas do SUS os medicamentos ou fármacos que já possuam registro na ANVISA, nos termos do art. 19-T, inc. II, da Lei 8.080/1990.

³⁰ Cumpre lembrar que estes autores defendem que o conteúdo do mínimo existencial é totalmente variável no caso concreto, sendo impossível delimitar seu conteúdo aprioristicamente. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. Reserva do possível... *cit.*, pp. 26-27. Pensam de modo semelhante OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; e COSTA, Jamille Coutinho. Direito à saúde... *cit.*, p. 94. Em contraponto, HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, *passim*.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. Reserva do possível... *ob. cit.*, pp. 45-46.

³² O autor elenca outro argumento: “os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo — que paga os tributos — quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de

intervenção do Poder Judiciário, face a este cenário de organização e definição dos fármacos a serem disponibilizados às pessoas por parte do Poder Executivo, é algo irrazoável.³³

Neste contexto, considerando que, para o autor, somente os medicamentos previstos nas listas elaboradas por entes federativos (e, conseqüentemente, registrados na ANVISA) podem ser pleiteados por meio de uma ação individual, “a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente”, servindo-se, para tanto, das ações coletivas³⁴ (e, eventualmente, daquelas concernentes ao controle abstrato de constitucionalidade).³⁵

Kátia Cristine Santos de Oliveira e Jamille Coutinho Costa entendem que como o direito à saúde deve ser analisado “de forma ampla, englobando a possibilidade de garantir, por parte do Estado, um mínimo de dignidade e bem-estar ao hospitalizado [...]”,³⁶ inserem-se em seu conteúdo medicamentos e tratamentos que não são fornecidos pelo Sistema Único de Saúde — e, conseqüentemente, não são registrados na ANVISA —, mormente porque a norma que se extrai do art. 196 da CF/88 tem natureza “elástica” e caráter imperativo sobre as regulamentações do Poder Executivo.

Assim, para elas, o direito à saúde deve ser tutelado de forma incondicionada³⁷ pelo Estado, em todas as suas variantes: não se pode, à luz da aplicabilidade plena e imediata que ele possui, considerar conforme ao ordenamento qualquer tipo de restrição à sua concretização.

medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 897.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade... *cit.*, p. 898.

³⁴ Advirta-se que Luís Roberto Barroso elenca alguns critérios para a inclusão de novos medicamentos nas listas: i) somente podem ser incluídos aqueles fármacos com eficácia comprovada, excluindo-se, portanto, remédios experimentais e alternativos; ii) há de se privilegiar produtos disponíveis no Brasil; iii) o Poder Judiciário deve, quando da determinação, dar preferência a medicamentos genéricos, menos custosos; e iv) considerar, sobretudo, se o fármaco a ser incluído é indispensável para a manutenção da vida. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade... *cit.*, p. 900.

³⁵ Destaque-se que Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco se posicionam de maneira semelhante nesta seara: “... a cultura das pretensões coletivas seria um verdadeiro estímulo ao diálogo institucional e à preservação da isonomia e do atendimento dos titulares de direitos em iguais condições”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 694.

³⁶ OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à Saúde... *cit.*, p. 83-84.

³⁷ Defendendo a limitação da tutela do direito à saúde, ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. Judicialização da saúde... *cit.*, p. 146.

Já para Ricardo Siebel de Freitas Lima, a concretização dos direitos fundamentais deve ser efetuada mediante a observância de alguns critérios, dentre os quais se destaca o da necessidade de respeito às opiniões técnico-científicas que se encontram consubstanciadas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, já que a concessão de medicamentos tem por pressuposto a comprovação da eficácia do fármaco a ser entregue:

... tratamentos aventureiros, de eficácia duvidosa, com substâncias proibidas ou ainda não indicadas no País, ou, ainda, com preferência a determinadas marcas de medicamentos ou espécies de custo mais elevado não se enquadram em um direito à saúde efetivado mediante políticas públicas sérias.³⁸

Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo pontua, em livro específico destinado à temática da dispensação de medicamentos por meio de decisões judiciais, que a falta de registro de fármacos perante a ANVISA, além de impedir o rastreamento de lotes — e, assim, facilitar eventual necessidade de se retirar o medicamento do mercado —, acarreta, via de regra, as seguintes consequências:

a) não há avaliação se [o medicamento] agrega mais benefícios do que efeitos colaterais prejudiciais (segurança); b) não há avaliação se [o medicamento] age sobre a enfermidade para a qual foi desenvolvido (eficácia); c) não há conhecimento de se o fármaco está sendo produzido de acordo com as regras sanitárias brasileiras no tocante à qualidade de insumos e processos de fabricação (qualidade); d) não há análise se o medicamento que se pretende utilizar traz maiores benefícios do que aqueles já disponíveis no sistema e, em caso afirmativo, se o benefício justifica o gasto financeiro a ser realizado (custo-efetividade).³⁹

Todavia, o autor sustenta ser possível a concessão de fármacos que ainda não gozam de registro junto à ANVISA em situações excepcionais, isto é, naqueles casos em que não exista produto similar quanto à segurança, eficácia e qualidade nas listas do SUS, concomitantemente ao reconhecimento de que o fármaco ostenta registro em agências de países estrangeiros, como a FDA – *Food and Drug Administration*.⁴⁰

Luciano Pereira Vieira — cuja posição se adota neste trabalho —, ao se debruçar sobre o tema, entende que, em se tratando de medicamentos ainda em fase experimental, eventual ausência de sua disponibilização pelo SUS não pode ser

³⁸ LIMA, Ricardo Siebel Freitas de. *Direito à saúde... cit.*, p. 129.

³⁹ ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coêlho de. *Ob. cit.*, pp. 161-162.

⁴⁰ *Idem*, p. 163.

considerada como uma omissão estatal passível de controle pelo Poder Judiciário.⁴¹ Isso porque a vedação legal à comercialização, importação e industrialização destes fármacos, levada a efeito pelas Leis 6.360/1976 e 9.782/1999, “é a própria política pública adotada pelo Brasil para esse setor”.⁴²

Com efeito, nota-se que a própria CF/88 impõe limites à fruição do direito à saúde, “atribuindo ao Estado competência para regular, fiscalizar e controlar a área da saúde”.⁴³ Ora, se assim o é, e se o planejamento das políticas públicas, por meio das quais o direito à saúde deve ser efetivado, incumbe à Administração Pública,⁴⁴ concorda-se com Luciano Pereira Vieira quando pontua que deve ser observada, naturalmente, a política pública já existente no direito brasileiro, que consiste, em suma, na vedação da disponibilização destes fármacos.

Para o mencionado autor, esta específica política pública prevista pelas leis em questão está calcada na garantia da segurança sanitária dos usuários do SUS diante da falta de dados que comprovem a eficácia do fármaco. Assim, a proteção da saúde, nos termos do art. 196 da CF/88, “deve ser buscada pelo poder público por meio da regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde (art. 197 da CR/88)”, isto é, mediante o exercício do poder de polícia sanitária, identificado no seu art. 200.⁴⁵

De fato, é evidente que o registro do medicamento na ANVISA é de fundamental importância para a garantia do direito à saúde e para o próprio sistema.⁴⁶ Até porque, no Brasil — como já abordado —, o registro de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e assemelhados fica legalmente sujeito à devida comprovação científica e analítica de sua segurança e eficácia (Lei 6.360/1976, art. 16, inc. II).

Prossegue dizendo o articulista que, com o advento da Lei 9.782/1999, a União Federal — pela atuação do Ministério da Saúde — passou a ser a encarregada de elaborar a política nacional de vigilância sanitária, incumbindo à ANVISA a tarefa de “promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da

⁴¹ Em sentido diverso, ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coêlho de. **Fornecimento de medicamentos através de decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 164.

⁴² VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil? In: **Cadernos de Direito**, v. 12, n. 22, pp. 91-110, jan./jun. 2012. p. 100.

⁴³ ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. Judicialização da saúde... *cit.*, p. 143.

⁴⁴ FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde... *cit.*, p. 311.

⁴⁵ VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização... *cit.*, p. 101.

⁴⁶ ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. Judicialização da saúde... *cit.*, p. 143.

produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária”.⁴⁷

Com efeito, é a referida autarquia federal a responsável por checar a segurança, a qualidade e a eficácia dos fármacos — tanto é assim que veda a comercialização de medicamentos que possam causar risco à saúde, conforme art. 7º, inc. XV, da Lei 9.782/1999.

Defende-se que o entendimento mais adequado, portanto, é aquele que aponta para a impossibilidade de dispensação de medicamentos que não gozam de registro junto à ANVISA, mesmo em casos excepcionais ou urgentes, justamente porque, “nesse estágio, ainda não foram finalizados os estudos e pesquisas comprobatórios de sua segurança e eficácia”.⁴⁸ Observe-se que a própria inclusão de tais fármacos nas listas do SUS também é vedada, já que o prévio registro na ANVISA é condição *sine qua non* para tanto, conforme art. 19-T da Lei 8.080/1990 (incluído pela Lei 12.401/2011).⁴⁹

Se é a atividade administrativa da ANVISA verdadeira política pública para garantir o direito à saúde, havendo várias leis cuidando da temática (Leis 6.360/1976, 9.677/1998 e 12.401/2011) — bem como a Recomendação 31/2010 do CNJ⁵⁰ —, constata-se que o Estado não está juridicamente obrigado a conceder medicamentos sem registro naquela autarquia federal.

4 CONCLUSÃO

Apesar de sua posição de destaque, a extensão do conteúdo do direito à saúde é incerta, razão pela qual é grande o protagonismo dos magistrados quando envolvidos em casos desta natureza. Seria, então, essa previsão constitucional do direito à saúde um cheque em branco para o indivíduo ou para o Estado? Se a resposta for sempre mais favorável ao indivíduo, ter-se-á a delicada situação em que o interesse particular poderá se sobrepujar, em muitos casos, ao interesse coletivo. Se pender sempre em favor do Estado, corre-se o risco de a previsão constitucional, a depender das prioridades governamentais, constituir-se em uma “mera promessa inconsequente”, destituída de qualquer exigibilidade.⁵¹

⁴⁷ VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização... *cit.*, p. 102.

⁴⁸ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁹ *Idem*, pp. 103-104.

⁵⁰ *Idem*, *ibidem*.

⁵¹ VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização das políticas públicas... *cit.*, p. 93.



Ora, é certo — como anota de forma unânime a doutrina — que o direito ao recebimento de medicamentos do Estado integra o conteúdo do direito fundamental à saúde. Para a jurisprudência brasileira majoritária, inclusive, referido direito não poderia ser limitado a uma mera “atividade administrativa” (registro perante a ANVISA) em razão do princípio da dignidade da pessoa humana.⁵²

Entende-se, porém, que a resposta para esta questão repousa em identificar, primeiramente, se a pretensão ao recebimento de medicamentos não registrados na ANVISA encontra guarida no conteúdo do direito ao mínimo existencial — a qual é negativa.

Partindo-se do pressuposto de que a pretensão ao recebimento de medicamentos pelo Estado que não estejam devidamente registrados na ANVISA não integra a noção de saúde básica, entendida como aquele conjunto de prestações de que todos os indivíduos precisaram (como atendimento na hora do parto), precisam (como saneamento básico) e provavelmente precisarão (combate a doenças comuns na terceira idade, por exemplo),⁵³ não se pode enquadrá-la, sob a ótica do entendimento de que há um rol preferencial constitucional que delimita o conteúdo do mínimo existencial, como algo que o Estado está invariavelmente obrigado a disponibilizar quando demandado.

Com efeito, se a pretensão ao recebimento de medicamentos ainda não registrados na ANVISA não integra o conteúdo do direito ao mínimo existencial, a prescrição do art. 196 da CF/88, especificamente no que tange a esta questão, deve ser encarada como uma norma-princípio, admitindo a oposição de reservas por parte do Poder Público (principalmente a da reserva do politicamente adequado ou oportuno, que implica na necessária observância das decisões legislativas).

Veja-se que se o Estado não pode ser judicialmente compelido a fornecer um medicamento sem registro na ANVISA justamente porque, ao assim proceder, viola a própria política pública que editou para regular sua atuação. Ainda que a situação fática a que o jurisdicionado esteja submetido seja grave ou urgente, não se pode encontrar fundamento jurídico bastante que autorize a disponibilização de fármacos que ainda não passaram pelo crivo técnico e cauteloso do Estado.

⁵² Cf. ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo; PINTO, Felipe Chiarello de Souza Pinto. Judicialização da saúde... *cit.*, p. 143.

⁵³ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, pp. 218-220.



Isso porque chega-se à conclusão de que, sob este ponto de vista jurídico, “a Constituição não assegura o acesso irrestrito a qualquer medicamento, mas busca promover o uso racional e seguro desses produtos em termos de qualidade, quantidade e eficácia”⁵⁴ por intermédio da atuação da ANVISA.

Assim, é forçoso concluir que ao Estado não é imputado qualquer dever jurídico de conceder medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ainda que esteja em risco a sobrevivência do jurisdicionado.

⁵⁴ VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização das políticas públicas... *cit.*, p. 93.



REFERÊNCIAS

ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela Anvisa. *In: Revista de Direito do Consumidor*. v. 23, n. 96, nov./dez. 2014. pp. 139-154.

ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coêlho de. **Fornecimento de medicamentos através de decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. *In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Coord.). Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Coord.). Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde: regime jurídico constitucional e exigibilidade judicial. *In: Revista Thesis Juris*, vol. 3, jul.-dez/2014, pp. 307-337.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. *In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 205-240.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. *In: Direito Público*, ano 3, n.12, abr./jun.2006, pp. 112-132.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2003.



OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. *In: Revista de Direito Brasileira*, vol. 1, jul.-dez./2011, pp. 77-99.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. A cura do câncer, a droga experimental (fosfoetanolamina sintética) e suas implicações legais e jurídicas. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 962, dez./2015, pp. 53-62.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *In: Interesse Público*, ano 3. n. 12. out./dez. p. 91-107. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Orgs.). 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. O fornecimento de medicamentos pelo Estado. *In: Revista da Procuradoria-Geral*, v. 55. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=779835>>.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009,

VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil? *In: Cadernos de Direito*, v. 12, n. 22, pp. 91-110, jan./jun. 2012.



NOTAS INTRODUTÓRIAS À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

INTRODUCTORY NOTES TO THE JUDICIAL DISCRETION

Juliana Di Berardo¹

Resumo: A exposição consignada neste artigo tem por objetivo encontrar o significado perfectibilizado na expressão discricionariedade judicial nas matrizes teóricas do direito no positivismo jurídico de H. Hart, no pós-positivismo de R. Dworkin e, na contemporaneidade, da acepção teórica desenvolvida pela Crítica Hermenêutica do Direito de L. Streck. Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, com base na pesquisa bibliográfica referenciada, para ao fim, apresentar uma conclusão capaz de estabelecer as bases introdutórias do diálogo acerca da temática da discricionariedade judicial e superar seu uso como argumento de autoridade desprovido de conteúdo jurídico, seja por aqueles que dela se valem na prática judiciária, quanto na atividade acadêmica.

Palavras-Chave: Discricionariedade Judicial. Positivismo Jurídico. Pós-positivismo. Crítica Hermenêutica do Direito.

Abstract: The exposition contained in this article aims to find the perfected meaning in the expression judicial discretion in the theoretical matrices of law in the inclusive legal positivism of H. Hart, in the post-positivism of R. Dworkin and, in contemporary times, in the theoretical meaning developed in the Hermeneutic Criticism of Law of L. Streck. To this end, the hypothetical-deductive method was used, based on the referenced bibliographical research, in order to finally, present a conclusion capable of establishing the introductory bases of the dialogue on the theme of judicial discretion and overcoming its use as an argument of authority devoid of legal content, whether by those who use it in judicial practice or in academic activity.

Keywords: Judicial Discretion. Introductory Notes. Legal Positivism. Post-positivism. Hermeneutic Criticism of Law.

1. INTRODUÇÃO

A temática da discricionariedade judicial não é imune às dificuldades que circundam o veículo pelo qual é exteriorizada, a linguagem. É, pois, expressão que guarda variados significados, polissêmica, que pode firmar correlação à forma que são preenchidas as lacunas sistêmicas; ao método que empregado na solução de casos não regulados pelo ordenamento jurídico, os denominados casos difíceis; ou, ainda, como sinônimo da arbitrariedade do julgador.

Hodiernamente, alocada dentro das grandes problemáticas da ciência moderna do Direito, o conteúdo da discricionariedade judicial e o seu modo de enfrentamento

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Especialista em Direito Processual Civil e Direito Administrativo pela Faculdade IBMEC São Paulo e UNIMAIS. Advogada. julianadiberardo@gmail.com

pelo sistema jurídico, seja por limites ou controle, são questões postas pela doutrina e enfrentadas diuturnamente pelo Poder Judiciário em sua função institucional de dizer e aplicar o Direito ao caso concreto (STRECK, 2017, p. 83). Afinal, a liberdade de escolha do julgador é um caminho legítimo na solução de casos concretos?

De certa forma, a discricionariedade judicial está atrelada à percepção do caráter determinante que a linguagem exerce sobre o Direito e, por conseguinte, da relação possível entre intérprete e objeto a ser interpretado. Por isso o debate doutrinário, na qual parcela do pensamento defende a inevitabilidade da discricionariedade judicial (positivismo jurídico), ao passo que, em outros segmentos, sustenta-se que sua incidência ocorre como simples recurso argumentativo para influxos voluntaristas do julgador (pós-positivismo e crítica hermenêutica do direito).

Na defesa da similitude conceitual entre arbitrariedade e discricionariedade judicial, a Teoria Crítica Hermenêutica do Direito, expõe o vínculo indissociável com o exercício arbitrário da função judicial, que melhor se vislumbra no exemplo prático colhido da atuação do então Ministro Humberto Gomes de Barros, ocorrida no Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 279.889/AL, em 14 de agosto de 2002:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (BRASIL, 2002).

Nesse contexto, o intuito do presente artigo é desnudar o conteúdo da expressão discricionariedade judicial, à luz da concepção positivista de Hart (2009), do pós-positivismo de Dworkin (2002) e da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito apresentada por Streck (2024), na aspiração pela promoção de um pensamento

reflexivo sobre expressão tão usual, mas pouco compreendida, e permitir, ainda que de forma introdutória, o alcance de seu significado, sem prejuízo das contribuições das produções acadêmicas de Nóbrega (2021) e Neves (2023), para melhor elucidação da problemática.

Para tanto, parte-se da noção geral de discricionariedade judicial (método hipotético-dedutivo), para firmar as especificidades de seu significado nas vertentes teóricas abordadas, a qual formulada em três capítulos, na finalidade de melhor fixar as matrizes teóricas dos juristas referenciados.

2. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO POSITIVISMO JURÍDICO DE H. HART

Comumente, a discricionariedade é assimilada com a escolha realizada entre duas ou mais opções igualmente válidas. Em Hart (2009, p. 352), a discricionariedade se contrapõe à arbitrariedade judicial, uma vez que a escolha efetuada pelo intérprete se dá dentro de limites preconcebidos pelo Direito, ou seja, é instrumento de uso restrito aos denominados casos difíceis – *hard cases*, sem solução preexistente no ordenamento jurídico explícito (positivado), que necessariamente deve ser utilizado de modo justificado em razões gerais, semelhante ao atuar de um legislador consciencioso, guiado por sua convicção e valores, nominados de poderes legislativos intersticiais dos juízes.

Em Hart (2009, p. 351), a discricionariedade judicial surge como consequência da parcial indeterminação ou incompletude do Direito, da afirmação de que sempre existirá: “em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido”.

Tal inteligência é fruto da derrocada do positivismo legalista exegético, que enxergava nos textos normativos codificados a resposta para a regulação de todos os comportamentos sociais e, portanto, na supremacia da lei por meio da aplicação literal do texto pelo julgador.

No positivismo inclusivo de Hart (2009, p. 355), que vislumbra uma possível conexão entre Direito e Moral, constata-se que inexiste uma ordem hierárquica aprioristicamente determinada pelo Direito sobre os valores morais. Desta forma, não há num conjunto predeterminado de princípios, como aqueles fixados de antemão em posição superior ou inferior em relação a outros.

Nesses termos é a crítica operada Hart (2009) acerca da completude do Direito e da necessidade de se encontrar a única solução adequada ao caso concreto afirmada por Dworkin (2002), em virtude da consequência irreal de se supor um tabelamento prévio, a viabilizar a pretendida escala principiológica do pós-positivista. Pensamento similar à outrora ilusão de que as leis prescreveriam todas as condutas sociais possíveis, que como apontado por Streck (2024, p.30), equivale à falácia do positivismo legalista exegético, já superado no início do século XIX por Kelsen (2003).

Deste modo, verifica-se que a discricionariedade judicial para Hart (2009) é uma ferramenta essencial para a adaptação do Direito às mudanças sociais, e para a resolução de novas questões jurídicas que surgem no decurso do tempo, plasmadas em casos difíceis - hard cases, ou seja, em um campo de penumbra da regulação pelo direito positivado.

A inevitabilidade da discricionariedade judicial é assim um dado inafastável do sistema jurídico positivista, ainda que exercido de forma limitada pelo julgador, em consideração de: razões e princípios gerais; valores sociais e particularidades do caso concreto. Afasta-se da arbitrariedade, por não ser compreendida como escolha sem limitações. Conforme deduzido por Hart (2009, p. 354):

É verdade que, quando leis ou precedentes específicos se mostram imprecisos, ou quando o direito explícito silencia a respeito, os juízes não deixam de lado seus livros de direito e simplesmente começam a legislar, sem nenhuma orientação ulterior dada pelo direito. Ao decidirem tais casos, citam frequentemente algum princípio geral, ou algum objetivo ou propósito abrangente, que se possa considerar exemplificativo ou suprido por uma área conexa do direito existente e que remeta a uma resposta definida para o problema em questão.

Portanto, a discricionariedade judicial assume a natureza de um ato de escolha do intérprete, conquanto restringida, acaso realizada dentro dos contornos das limitações sistêmicas, é facultado ao julgador decidir e fundamentar sua escolha conforme sua livre convicção motivada. Caso assim não o fosse permitido, retirar-se-ia a oportunidade para a criação judicial do Direito (HART, 2009, p. 355). Nesse ponto, a discricionariedade judicial é um dado inafastável do Direito, por ser admitida para a solução de casos não previamente regulados pelo ordenamento positivo.

3.A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO PÓS-POSITIVISMO DE R. DWORKIN

Em contraponto à indeterminabilidade e incompletude do Direito, ressoa a posição de Dworkin (2002), para quem o Direito não é incompleto, mas tão apenas a imagem que dele é formulada pelo positivista em si refletida, visto que o ordenamento jurídico é composto não somente pelo direito explícito positivado, mas também por princípios implícitos, os quais fornecem a completude ao sistema jurídico. O julgador não buscará respostas fora do âmbito do direito, pois este resta uno e acabado (HART, 2009, p. 352).

No pós-positivismo de Dworkin (2002), em que a relação entre Direito e Moral é não apenas possível, mas necessária, ao fornecer parâmetros para sua validade, a atividade criativa judicial é compreendida como uma forma de injustiça, considerada equivalente ao legislar retroativo ou ex post facto, o que não se coadunaria a um modelo harmônico, íntegro e previsível (HART, 2009, p. 356).

Nesse diapasão, destaca-se a compreensão particionada de discricionariedade judicial formulada por Dworkin (2002, p. 51-57) em fraca e forte, a primeira vinculada à noção de limites ou à impossibilidade de controle superior hierárquico, pela falta de instância revisora e, portanto, admitida. Já a segunda, é dissociada de qualquer limitação ou padrão de autoridade superior, na qual enquadrrou a compreensão pretendida por Hart, eis que o positivista não se reporta ou se limita a padrões superiores, mas sim aos padrões que emprega, no qual fundamenta suas decisões, isto é, na força persuasiva que é dada em favor de determinada leitura normativa (Nóbrega, 2021, p. 37).

Na acepção *dworkiana*, a decisão judicial é proferida por um julgador ideal, nominado de juiz Hércules, que ao descortinar a completude sistêmica do Direito, localiza a única solução adequada para o caso concreto, por meio das normas-princípios em decorrência dos pontos de conexão entre a Moral e o Direito, enquanto relação necessária.

A crítica é formulada pelo realismo, diante da constatação fática da inexistência de ser humano capaz de concretizar tal missão sobre-humana. Contudo, em defesa da compreensão que a solução correta é o ponto de partida do julgador, uma metáfora para expressar o grau de dificuldade da tarefa, sem a possibilidade de verificação objetiva de seu alcance, está a proposição de Carneiro (2011), pois se a:

[...] linguagem é condição de possibilidade para o resgate da razão moral prática, não podemos admitir que haja, independente das dificuldades que iremos enfrentar no desvelamento de sentido, mais de uma resposta correta para um mesmo problema. A divergência sobre a correta solução de um caso que, até certo ponto, torna-se insolúvel, não pode ser considerada razão pela qual deveríamos abandonar a ideia de resposta correta (CARNEIRO, 2011, p. 272).

Assim, a superação da discricionariedade judicial se dá no encontro pelo julgador da única solução correta ao caso posto sob exame, somada à observância da integridade sistêmica pelo intérprete que, nas palavras de Streck (2024), à luz da concepção *dworkiana*, assim consigna:

Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso – a morte do personagem – fosse condição para a construção do capítulo seguinte (STRECK, 2024, p. 21)

Em suma, Dworkin (2002) recorre aos princípios para suprir as lacunas normativas das regras, ao sustentar a obrigatoriedade e força normativa dos princípios, que ao apontar para direções, sem o estabelecimento de respostas pré-concebidas, retirando sua força vinculante da tradição social e jurídica, estabelecem, nos termos do que assentado por Nóbrega (2021, p. 33): “um dever moral, uma responsabilidade política por parte dos juízes de buscar, de descobrir o direito a que as partes façam jus, em lugar de livremente escolher como decidir”.

Dito de outra forma, em Dworkin (2002) rejeita-se a ideia de uma discricionariedade judicial como esquite de um sistema jurídico frente aos casos difíceis – *hard cases*, ou uma suposta incompletude sistêmica, porquanto a moral passa a fornecer princípios implícitos que conferem validade ao conteúdo da norma, sendo capazes de conferir unidade e integridade ao direito, fator que obsta a discricionariedade judicial, por ser externa ao ordenamento jurídico.

4. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE L. STRECK

Com a ruptura do paradigma metodológico, que era assentado na busca pelo conhecimento da verdade objetiva por meio de um método (Descartes), Gadamer (1999) fixa a compreensão textual por sua projeção de sentido, a pré-compreensão,

numa simbiose entre intérprete e objeto, já que os preconceitos que o intérprete carrega consigo são produto de um passado experienciado, agora relido pelas influências do presente. O sujeito integra a linguagem. Não há certeza que possa ser alcançada através de um método racional (LAWN, 2007, p. 12).

Nas palavras bem elucidadas de Neves (2023), apresentando o pensando Gadamer (1999):

É por conta disso que o intérprete deve estar disposto a “escutar o texto”, deixando que lhe diga algo. Sob a perspectiva hermenêutica, sujeitos e objetos são indivisíveis, o que provoca a morte do método. Afinal, a linguagem é considerada uma forma de expressão da vida humana, e não um terceiro elemento entre o sujeito e o objeto (NEVES, 2023, p. 55).

Na Crítica Hermenêutica do Direito, a discricionariedade possui um vínculo indissociável com o exercício de comportamentos judiciais ativistas e, portanto, arbitrários (NEVES, 2023, p. 48), seu conteúdo é a substituição da razão pela vontade do aplicador do direito, um retorno às bases do positivismo jurídico, conforme já apresentado no Capítulo um e decerto sintetizado por Neves (2023, p. 54):

Nesse sentido, a ideia de um poder criativo, fundamentado na indeterminação semântica das normas e na superação da subsunção, se converte num poder de disposição ilegítimo, uma vez que invade a competência política. Esse ponto é fundamental pois explicita a íntima relação entre ativismo judicial e discricionariedade interpretativa, ligados pela ideia de um poder criativo concedido ao juiz diante do problema da indeterminação semântica.

A atual conjuntura brasileira é revelada por Streck (2024), ao constatar que o estado da arte das decisões judiciais é fruto da institucionalização de um realismo jurídico de viés pragmático: “Resultado: o Direito é aquilo que as Cortes Superiores dizem que é. E as decisões são resultantes de um ato de vontade”.

A discricionariedade, agora com roupagem judicial exsurge no Brasil, para Streck (2015, p. 94-126), fruto de uma mixagem teórica, desde à aplicação da literalidade do texto legal e suas “óbvias” razões imanentes, até o entendimento dissociativo entre texto e norma, donde aquele compõe o ponto de início da atividade interpretativa do julgador, e este o produto da ação intelectual, tudo conforme a conveniência hermenêutica exigida para a aparente conformação de jurídica à decisão judicial, em um interminável retorno teórico. No mesmo sentido, conclui Nóbrega ao sintetizar as conclusões de Streck (2017), que:

[...] de modo geral, e no Brasil, em particular, o panorama acima findou por revelar um verdadeiro entulhamento teórico. Ora, alimentamos um exegetismo da letra fria da lei, relegando à irracionalidade qualquer razão fora do texto e reforçando o mito das razões imanentes; ora a lei é somente ponto de partida contendo cláusulas gerais que admitem desenvoltura interpretativa por parte do julgador. Convivem paradoxalmente nuances positivo-herméticas e realismo. Texto e norma podem se fundir ou se afastar, bem assim o direito e a moral. Ponderação e proporcionalidade são capazes de afiançar visões distintas, reavivando em Alexy a Jurisprudência dos Interesses — ou seria a dos Valores? Somos uma miscigenação de institutos de tradição civil e common law, com enunciados assumindo lugar da lei para dar respostas antes das perguntas.¹⁵⁹ Somos uma quimera — ou um repertório infinito de formas de pensar, invocadas de forma voluntarista ao sabor de como se queira decidir. (NÓBREGA, 2021, p. 40-41).

Na tentativa de combate à discricionariedade judicial, a Crítica Hermenêutica do Direito firmada por Streck (2016, p. 222), questiona as bases filosóficas em que resta assentada, e a sua incompatibilidade com sistemas democráticos, ao controverter a metodologia positivista: sujeito-objeto; texto-norma; interpretação-aplicação; direito-fato; e prescrição-proposição. Isto é, o dualismo metodológico, que desconsidera o giro hermenêutico produzido já em Gadamer (1999), com a unificação sujeito-objeto e, por conseguinte, da indissociabilidade entre o momento de interpretação e de aplicação do Direito.

Isto posto, nota-se que a Crítica Hermenêutica do Direito requer o abandono do paradigma positivista da discricionariedade judicial, bem como a sua consequente afirmação da existência de diversas respostas tidas por corretas à disposição da seleção do julgador no momento de dizer o Direito. Propõe-se, como fator obstativo à discricionariedade judicial, que a decisão judicial esteja alinhada aos princípios constitucionais, a funcionar como parâmetro de controle das interpretações permitidas a partir de uma mesma redação legal (NEVES, 2023, p. 54).

Para tal intuito, conforme defendido por Streck (2024), adotado por Nóbrega (2021) e Neves (2023), cumpre à doutrina realizar o constrangimento epistêmico das decisões judiciais que se utilizam da discricionariedade judicial como fundamento retórico argumentativo, uma vez que se tratando das cortes superiores, é o único mecanismo disponível para a modificação do comportamento judiciário, no intuito de se obter respostas judiciais constitucionalmente adequadas.

Nessa missão resolutiva é que Neves (2023, p. 32) assume o esforço argumentativo, ao apresentar parâmetros para o controle da discricionariedade (ativismo judicial), com a formulação de uma base teórica para a decisão judicial brasileira, por meio de três perguntas fundamentais: uma de Teoria da Constituição,

acerca da exigibilidade do direito perquirido; outra de Teoria do Estado, sobre a viabilidade de universalização do direito pleiteado; e por fim, uma Teoria de Justiça, a analisar a igualdade na distribuição dos recursos públicos necessários para a implantação das promessas constitucionais, principalmente os de cunho social.

Já a proposta de Nóbrega (2021, p. 15) enraizada pela Crítica Hermenêutica do Direito, orienta-se pela impossibilidade de assimilação da discricionariedade no âmbito judicial, e vislumbra a possibilidade de absorção da subjetividade pelo sistema jurídico por intermédio de outros mecanismos como, por exemplo, um processo civil concretamente dialógico.

5. CONCLUSÃO

O conhecimento doutrinário acerca da discricionariedade judicial se revela fundamental para o aprofundamento da crítica às decisões judiciais, seu reconhecimento no caso concreto e, até mesmo, seu constrangimento epistêmico.

A discricionariedade judicial na Teoria Crítica Hermenêutica do Direito aparece como sinônimo de arbitrariedade, uma vez que se traduz na livre escolha do intérprete para a solução do caso concreto, tal qual como compreendido no pós-positivismo de Dworkin (2002), para quem é imperativo ao intérprete o encontro da única solução adequada ao caso concreto e dentro do próprio sistema composto de regras e princípios. Ambos em contraponto à posição sustentada por Hart (2009) em seu positivismo jurídico inclusivo, por ser indeclinável a discricionariedade do julgador na solução de casos não abrangidos pelo direito positivado, em razão da incompletude do sistema de regras.

Assim, diante da dificuldade de se estabelecer a real noção terminológica da expressão discricionariedade judicial, recomenda-se cautela aos leitores quando do surgimento do vocábulo no meio acadêmico ou judiciário, a fim de descortinar qual o real sentido empregado por seu autor, superando-se os aguilhões semânticos que muitas vezes são ocultos de forma propositada.

Superada a controvérsia que reside na compreensão do conteúdo da discricionariedade judicial, que, no tempo presente, parece estar atrelada em grande medida ao positivismo de Hart (2009), haja vista que a discricionariedade judicial, ainda que rechaçada nesta nomenclatura pela doutrina contemporânea, assumiu nova roupagem jurídica (proporcionalidade, ponderação), sem, contudo, desvincular-se da noção sustentada pelo positivismo jurídico inclusivo, principalmente, pós-Dworkin. Ou



seja, de uma discricionariedade judicial entendida como a escolha realizada pelo julgador dentro de limites predeterminados pelo ordenamento jurídico, com a possibilidade de influxos morais nesse ato, como razões de força persuasiva para a escolha normativa operada.

Novas indagações ecoam sobre a seriedade da problemática da discricionariedade judicial, principalmente nas instâncias inferiores, em virtude da recorribilidade das decisões judiciais. Questões que não podem ser levadas a cabo num projeto introdutório de conhecimento do significado carregado pela expressão discricionariedade judicial, mas que talvez possa aclarar a situação judiciária e acadêmica, notadamente, a retirar a carga ideológica fetichizada do termo linguístico.

Afinal, a que se presta a teoria do direito, se não a extrair sua relevância na medida em que for possível sua aplicação ao mundo concreto, na finalidade da compreensão dos intersubjetivíssimos a que todos estamos emaranhados fático e juridicamente?

Nesse prisma, a total liberdade de escolha do julgador não parece ser um caminho legítimo na solução de casos concretos, principalmente em um Estado Democrático de Direito, em que a observância da Constituição permeia todo o sistema jurídico, não sendo legítima a significação a depender do julgador do dia.

Contudo, os limites e contornos de uma teoria da decisão judicial, que verdadeiramente enfrente a problemática da discricionariedade judicial, ainda não permeia o intelecto da grande maioria daqueles que operam o direito, como consequência de uma defasagem educacional, doutrinária e até política. O resultado, mormente, é a supremacia das decisões judiciais dos Tribunais Superiores e, mais comumente, dos julgadores das instâncias ordinárias, ainda que sem qualquer menção ao vocábulo da discricionariedade judicial.



REFERÊNCIAS

BRASIL. **STJ – Superior Tribunal de Justiça**. 1ª Seção. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 279.889/AL**. Rel. para o acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em: 14.08.2002, DJe 28.10.2003. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101540593&dt_publicacao=07/04/2003>. Acesso em: 10.06.2024.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**: Uma teoria dialógica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Trad.: Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes. 2007.

NEVES, Isadora Ferreira. **Ativismo Judicial e Judicialização da Política**: Três perguntas fundamentais para uma distinção. São Paulo: JusPodivm, 2023.

NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Jurisdi (scri) ção**: a discricionariedade judicial como estratégia e sua (in) validade perante o direito. 2021. Disponível em: <<http://52.186.153.119/handle/123456789/3672>>. Acesso em: 10.06.2024.

STRECK, Lênio Luiz. **A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18 n. 1, p. 221-245, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010. Disponível em: <<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.14210/nej.v15n1.p158-173>>. Acesso em: 23.06.2024.



STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2024.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

**O JUIZ DE GARANTIAS INSTITUÍDO PELA LEI 13.964/2019, A DECISÃO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIS 6298, 6299, 6300 E 6305 E O
REFORÇO DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

THE GUARANTEE JUDGE INSTITUTED BY LAW 13,964/2019, THE DECISION OF
THE FEDERAL SUPREME COURT IN ADDIS 6298, 6299, 6300 AND 6305 AND
THE REINFORCEMENT OF THE ACCUSATORY SYSTEM

Nícolas Dorado de Oliveira¹

Resumo: Este trabalho analisa os impactos da mudança legislativa veiculada pela Lei do pacote anticrime no ano de 2019. O foco específico do trabalho é analisar a dimensão de aplicação do instituto do juízo de garantias instituído pela referida Lei, bem como quais foram os delineamentos jurídicos determinados pelo Supremo Tribunal Federal acerca do instituto em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Destaca-se a importância de análise do instituto haja vista a grande correlação com a aplicação e garantia de direitos fundamentais garantidos aos investigados e réus em processo penal. O juiz de garantias, em breve síntese, serve como um instrumento de reforço ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro em relação à instrução e marcha processual penal. O instituto firma pilares sólidos na tentativa de garantir que os julgamentos em processos penais sejam realizados sob a égide de proteção de direitos, a partir da implantação de um sistema que mitiga eventual violação ao princípio do juízo natural.

Palavras-Chave: Pacote anticrime; Juiz de garantias; Sistema acusatório; Proteção de Direitos Fundamentais. Controle concentrado de constitucionalidade.

Abstract: This work analyzes the impacts of the legislative change conveyed by the Anti-Crime Package Law in 2019. The specific focus of the work is to analyze the dimension of application of the institute of the right to guarantees established by said Law, as well as what the specific legal outlines were by the Federal Supreme Court on the institute in the context of concentrated control of constitutionality. The importance of analyzing the institute is highlighted given the great clarity with the application and guarantee of fundamental rights guaranteed to those investigated and defendants in criminal proceedings. The judge of guarantees, soon to be property, serves as an instrument to reinforce the accusatory system adopted by the Brazilian legal system in relation to the investigation and criminal procedural progress. The institute establishes solid pillars in an attempt to guarantee that judgments in criminal proceedings are carried out under the protection of rights, based on the implementation of a system that mitigates possible violations of the principle of natural justice.

Keywords: Anti-crime package; Guarantee judge; Accusatory system; Protection of Fundamental Rights. Concentrated control of constitutionality.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. E-mail: nicowlas@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O debate acerca da tutela de direitos fundamentais de investigados em processos criminais é um tema de grande relevância, pautado em diversas decisões de tribunais superiores brasileiros com grande repercussão social. Em especial no âmbito de investigações de grande complexidade, o tratamento do tema merece destaque em razão das peculiaridades e dificuldades inerentes à atuação do Estado voltado à persecução penal.

Frente ao cenário de investigações e processos penais que afetaram de modo significativo a realidade política e social brasileira, foram editadas medidas legislativas com o propósito de garantir que os direitos de investigados em processos criminais fossem alçados a um grau de proteção mais efetivos.

Sob esta perspectiva, foi editada a Lei 13.964/2019 que, dentre as várias inovações legais, instituiu o Juiz de Garantias que trouxe uma nova abordagem em relação às decisões proferidas em cautelares probatórias apresentadas pelos órgãos incumbidos pela persecução penal.

O instituto possui reflexos diretos em vários princípios aplicáveis ao processo penal, bem como busca dar contornos e delineamentos mais claros em relação à atividade probatória decorrente de atividade judicial, com reflexos diretos no sistema acusatório vigente no código de processos penal brasileiro.

Em que pese a aparência de um mero instituto procedimental, há grandes reflexos jurídicos no âmbito da aplicação e persecução penal pelo Estado.

A sensibilidade do tema tratado pela Lei motivou o ajuizamento de diversas ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal que determinou a suspensão da aplicação do instituto desde a edição da Lei em 2019.

No ano de 2023, o STF julgou, em plenário, diversas ADIs que questionavam a validade da Lei, oportunidade em que declarou a inconstitucionalidade de alguns dispositivos, a constitucionalidade de outros e, também, estabeleceu interpretação conforme de alguns artigos.

Evidenciados tais aspectos, a proposta do trabalho é justamente realizar análise acerca do precedente do STF, bem como avaliar de que modo se dará a instituição da figura do Juiz de Garantias no âmbito dos processos criminais. Vale mencionar que o trabalho perpassará aspectos conceituais acerca do instituto, a fim de delimitar a sua aplicação e os contornos jurídicos do instituto.

Ademais, fará parte do artigo alguns apontamentos em relação à potenciais prejuízos e dificuldades na implementação do juiz de garantias. A perspectiva de análise se dará a fim de avaliar, em que medida, a implementação do instituto reforça o sistema acusatório de persecução penal, bem como quais são os limites impostos para atuação dos juízes, no que se refere à atividade de instrução de probatória no âmbito criminal.

2. DESENVOLVIMENTO - ASPECTOS PROPEDÊUTICOS PERMEADOS PELA LEI 13.964/2019 (LEI DO PACOTE ANTICRIME)

Num primeiro plano, importa traçar alguns aspectos técnicos jurídicos instituídos pela Lei 13.964/2019, a partir da análise de vários princípios que são permeados pela instituição do Juiz de Garantias no Código de Processo Penal brasileiro.

De início, afirma-se que o referido instituto maximizou o sistema acusatório vigente no ordenamento no ordenamento jurídico brasileiro considerando que, conforme será demonstrado a seguir, fortaleceu a separação entre a atividade de produção da prova durante as investigações da autoridade judicial responsável pelo julgamento.

Vale mencionar que o modelo do sistema acusatório, moldura-se com características claras, cuja funcionalidade é promover principalmente a tutela dos direitos fundamentais das pessoas alvos de investigação e da pretensão do poder punitivo estatal.

Em sede de julgamento de Habeas Corpus, o STF reconheceu expressamente a existência do sistema acusatório, bem como, na mesma oportunidade, elencou as características expressas:

"[...] sistema acusatório, no contexto do processo penal democrático, tal como instituído pela nossa Carta Política, permite nele identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, entre os quais destacam-se, sem prejuízo de outras prerrogativas fundamentais, os seguintes:

(a) separação entre as funções de investigar, de acusar e de julgar, (b) monopólio constitucional do poder de agir outorgado ao Ministério Público em sede de infrações delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública; (c) condição daquele que sofre persecução penal, em juízo ou fora dele, de sujeito de direitos e de titular de garantias plenamente oponíveis ao poder do Estado; (d) direito à observância da paridade de armas, que impõe a necessária igualdade de tratamento entre o órgão da acusação estatal e aquele contra quem se promovem atos de persecução penal; (e) direito de ser julgado por seu juiz natural, que deve ser imparcial e independente; (f)

impossibilidade, como regra geral, de atuação ex officio dos magistrados e Tribunais, especialmente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade do investigado, acusado ou processado; (g) direito de ser constitucionalmente presumido inocente; (h) direito à observância do devido processo legal; (i) direito ao contraditório e à plenitude de defesa; (j) direito à publicidade do processo e dos atos processuais; (k) direito de não ser investigado, acusado ou julgado com base em provas originariamente ilícitas ou afetadas pelo vício da ilicitude por derivação; (l) direito de ser permanentemente assistido por Advogado, mesmo na fase pré-processual da investigação penal (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XXI, na redação dada pela Lei nº 13.245/2016); e, "(m) direito do réu ao conhecimento prévio e pormenorizado da acusação penal contra ele deduzida."²

Depreende-se, em breve síntese, das características enunciadas pelo Supremo Tribunal Federal, que o modelo implementado pelo sistema acusatório, em última análise, observa princípios constitucionais basilares, tais como: o princípio do juiz natural, da presunção de inocência bem como a privatividade na promoção da ação penal atribuída ao Ministério Públicos.

Fixadas tais premissas, passa-se a analisar as características essenciais do modelo. Como elemento basilar, uma das tônicas do sistema acusatório é buscar garantir a figura de um juiz inerte à valores pré-estabelecidos que possam, de modo direto ou indireto, macular o juízo a ser proferido ao fim do processo criminal.³

Busca-se a figura de um juiz imparcial, não nutrido de elementos culturais, sociológicos ou, até mesmo, de pré-julgamentos decorrentes de ter se imiscuído com a atividade de produção da prova que é relegada aos órgãos de persecução penal. A finalidade precípua é justamente impedir que eventuais éditos condenatórios realizados em desfavor de Réus sejam maculados por matérias estranhas ao ordenamento jurídico penal em prejuízo daquele que é alvo de repressão penal.

Segundo a doutrina, o princípio do juiz natural se refere à existência de juízo adequado para o julgamento de determinada demanda, conforme as regras de fixação de competência, e à proibição de juízos extraordinários ou tribunais de exceção constituídos após os fatos.

Tamanha a essencialidade da disposição, o conceito é reproduzido tanto pela Constituição Federal⁴, bem como por documentos internacionais. Na Convenção

² STF. **HC: 186421 SC 2021/0015845-2**. Relator: ministro MIN. CELSO DE MELLO, Data de Publicação: DJ 20/10/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/-paginador.jsp?docTP=TP&docID=754390178>> Acesso em 11.06.2024.

³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

Americana de Direitos Humanos – da qual o Brasil é signatário –, o artigo 8º preceitua que todo indivíduo tem o direito de ser ouvido por um "juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei"⁵.

Neste sistema, a tutela de direitos fundamentais dos investigados é garantida de modo mais eficiente, considerando, especialmente, a observância do princípio do juiz natural, cuja acepção é, justamente, a garantia do cidadão de ser julgado por autoridade judicial imparcial, constituída por meio de regras objetivas prévias ao processo criminal em que figura na condição de Réu.

Por fim, importa dizer que ausentes tais condições, resta potencialmente prejudicada a exigência de um processo penal público, em que estão presentes de modo efetivo as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Outra característica clara do sistema acusatório é a separação entre as atividades de acusação, defesa e de julgamento. No processo penal acusatório há agentes específicos responsáveis por cada uma de tais atividades. A estrutura de repartição favorece, sobremaneira, que a atuação seja limitada e observe a lógica dialógica de construção, ou seja, garante às partes o contraditório e ampla defesa, impedindo que prevaleça uma visão unidimensional e unilateral do órgão de acusação.

Tal perspectiva divisória do sistema acusatório no Brasil é retirado da própria Constituição Federal da República de 1988, que atribui ao Ministério Público a função privativa de promover a ação penal⁶. No mesmo sentido, a corte constitucional brasileira reconhece expressamente tais características:

Constituição Federal de 1988, ao atribuir a privatividade da promoção da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I); ao assegurar aos ligantes o direito ao contraditório e à ampla defesa e assentar o advogado como função essencial à Justiça (art. 5, LV e 133); bem como, ao prever a resolução da lide penal, após o devido processo legal, por um terceiro imparcial, o Juiz natural (art. 5º, LIII e LXI; 93 e seguintes), consagra o sistema acusatório.⁷ Inexiste controvérsia acerca do modelo acusatório conferido ao sistema penal brasileiro, caracterizado pela separação das atividades desempenhadas

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

⁵ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 11.06.2024.

⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

⁷ STF. **HC: 186421 SC 2021/0015845-2**, relator: ministro MIN. CELSO DE MELLO, data de Publicação: DJ 20/10/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754390178>> Acesso em 11.06.2024.



pelos atores processuais, pela inércia da jurisdição e imparcialidade do julgador, tampouco de que a cabe ao Ministério Público, na forma do artigo 129 da Constituição Federal, promover privativamente a ação penal pública.⁸

Vale lembrar que a atividade do Ministério Público não deve ser imbuída da pretensão desenfreada de obtenção de éditos condenatórios em desfavor de réus. A atividade do Ministério Público ultrapassa a ideia de que, invariavelmente, o órgão de acusação deve buscar a condenação daqueles que são investigados ou réus em processos criminais.

Para além do papel de promover a ação penal, a Constituição Federal de 1988 redefiniu o papel do Ministério Público na sociedade brasileira, incumbindo-o da defesa da ordem jurídica, do Regime Democrático de Direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Tal reconhecimento implica conclusão de que a atuação do Ministério Público, só deve perseguir a condenação de réus e investigados quando houver elementos de autoria e materialidade robustos, sob pena de ofensa a outro princípio que compõe núcleo central do sistema acusatório: da presunção de inocência.

Como último vetor a ser tratado sob a lógica do sistema acusatório, o princípio da presunção de inocência, encartado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, emana comando de que todo aquele submetido à investigação e ao sistema de justiça criminal só é considerado culpado após o regular processo criminal, com observância de todas as garantias fundamentais, que culmine numa sentença que reconheça a autoria e materialidade delitiva em desfavor de um agente e o considere, definitivamente, culpado.

O princípio da presunção de inocência, que possui imbricada relação com direitos fundamentais, possui como espectro essencial tutelar o direito à liberdade frente à eventuais indevidas investidas do poder estatal contra o seu direito de ir e vir. Neste íterim, um indivíduo acusado de praticar um ilícito só pode ter sua liberdade cerceada pelo Estado somente após o fim do processo criminal, incluindo o esgotamento de todas as esferas recursais.

Em acréscimo, a doutrina entende que a dimensão da presunção de inocência relativa à regra de juízo exige, tradicionalmente, um grau probatório mínimo para a condenação, correspondente à prova para além da dúvida razoável (*proof beyond a*

⁸ STJ — HC: 640518 SC 2021/0015845-2, relator: ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 22/01/2021.

reaso-nable doubt) (...) A exigência de nível elevado de segurança probatória no processo penal costuma ser associada pela jurisprudência a uma regra de segunda ordem, que determina como o juiz deve agir em caso de dúvida. É aí que entra em cena a faceta do princípio da presunção de inocência como *in dubio pro reo*, que impõe a absolvição do acusado nos casos de dúvida sobre a sua culpa.⁹

Explicitados tais aspectos propedêuticos, os conceitos abordados possuem relação direta com a mudança decorrente da implementação do juiz de garantias. As bases do sistema acusatório, conforme demonstração a seguir, tornam-se mais robustas com o instituto, pois favorece, em última análise, maior discussão probatória sobre os elementos informativos produzidos no âmbito das investigações e impede que o juiz que vai julgar a causa, se imiscua em atividade probatórias que, eventualmente, possam interferir indevidamente no julgamento posterior.

Neste íterim, vale a menção que a Lei do pacote anticrime trouxe como tônica justamente tal postura, conforme depreende-se da leitura do seguinte dispositivo legal: Art. 3-A do CPP. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

3. DELINEAMENTO DO JUIZ DE GARANTIAS IMPLEMENTADO PELA LEI 13.964/2019 E A DECISÃO DO STF PROFERIDA EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

De introito, cumpre delinear como a doutrina conceitua o instituto do juiz de garantias. Sob a ótica doutrinária, tem-se que o juiz de garantias remete a uma autoridade judicial específica da fase de investigação. A atuação deste magistrado volta-se exclusivamente na especialização de temas com exigência de cláusula de reserva jurisdicional. Em tal medida, ao juízo de garantias compete a atuação de zelar pelo regular procedimento investigativo (de qualquer natureza).

A atividade jurisdicional, diferentemente do que havia no modelo anterior, tem como mote a obediência estrita ao procedimento legal instituído para fins de persecução penal, cuja perspectiva de análise deve ser entendida como um direito do

⁹ SOUSA FILHO. Ademar Borges. **Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional**. p. 207. In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal. volume 8 - Nº 01 - jan./abr. 2022 ISSN 2525-510X. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/-RBDPP/issue/view/18/23>> Acesso em 11.06.2024.



investigado, pois se exige, no sistema acusatório, que as medidas investigativas investidas pelas autoridades responsáveis observem o devido processo legal, sem o qual há significativas violações a direitos fundamentais.

Conforme já apontado anteriormente, cabe destaque, neste contexto, o respeito ao princípio da presunção de inocência, desta forma cabe ao poder judiciário zelar pela preservação da referida garantia constitucional, instado a verificar a estrita legalidade de cada ato investigatório realizado tanto pelas autoridades policiais quanto pelo Ministério Público.¹⁰

Em termos práticos, o Juiz de garantias reserva a uma autoridade judicial específica a atividade jurisdicional exigida na fase pré processual de investigação, no sentido de que, em havendo determinada prova cuja obtenção exija observância à cláusula de reserva jurisdicional, a autorização respectiva se dará por um magistrado diverso daquele competente para o julgamento da causa.

Cria-se uma dicotomia na atividade jurisdicional, de um lado o magistrado responsável pela fase investigativa e, de outro, uma autoridade judicial incumbida do recebimento de eventual denúncia promovida pelo órgão de acusação, bem como a consequente instrução e julgamento do caso.

Tal modificação busca, em última instância, maximizar o sistema acusatório vigente no processo penal brasileiro, pois impede que medidas investigativas e probatórias sejam conduzidas pela autoridade competente pelo julgamento do caso. Em tais condições, evita-se que sejam determinadas de ofício pelo juiz medidas no intuito de produção de prova, o que implica reconhecer a maximização da atividade do órgão de persecução penal.

A suprema corte brasileira possui firme posicionamento na mesma direção: “a implementação do juiz das garantias visa garantir uma maior imparcialidade, a proteção de direitos fundamentais e o aprimoramento do sistema judicial.”¹¹

Apresentados tais aspectos teóricos passa-se a analisar como foi delineado, sob o ponto de vista legal, o juiz de garantias, tendo como foco de análise tanto a Lei

¹⁰ RIBEIRO, Paullo Victor Freire. **O Juízo de garantias, definição, regramento, consequências.** In: Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v.105. Jan/dez 2010. p. 970. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31801.pdf>>. Acesso em 11.06.2024

¹¹ STF. **Informativo 1106/2023 de 08 de setembro de 2023.** p. 28. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1106.pdf>. Acesso em 11.06.2024

13.964/2019, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305.

Sistematizando os tópicos principais sobre as principais inovações trazidas, primeiramente insta delimitar qual o ato processual definindo como final para competência do juiz de garantias.

Sobre o aspecto supracitado, em que pese não ter sido este o momento processual definido pela Lei do pacote anticrime, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a competência do juiz de garantias encerra com o oferecimento da denúncia, cuja análise passa a ser atribuição do juiz da instrução penal, que decidirá, também, eventuais questões pendentes¹².

No julgamento, o STF entendeu que a separação entre a fase investigativa e a fase de processo judicial tem como marco a atividade precípua de recebimento da denúncia, momento processual em que a autoridade judicial analisará a existência de indícios de autoria e materialidade e dará início à fase processual propriamente dito. Nos dizeres da corte constitucional:

Ainda que se possa admitir a existência de uma zona cinzenta na distinção entre normas de processo e normas de procedimento, é segura a jurisprudência no sentido de que o inquérito revela natureza jurídica de procedimento, e não de processo penal propriamente dito. Daí falar-se em duas fases da persecução penal, a primeira materializada no inquérito, a segunda inaugurada pelo recebimento da inicial acusatória. O processo somente se inicia, portanto, a partir da decisão de recebimento da denúncia ou queixa. Neste sentido, o inquérito não passa de "peça informativa, cujos elementos instrutórios - precipuamente destinados ao órgão de acusação pública - habilita-lo-á a instaurar a persecutio criminis in iudicio" (RE 136.239, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/08/1992).¹³

Neste ínterim, compete ao juiz de garantia a higidez do processo investigativo, encerrando a sua atuação quando o Ministério Público oferecer a respectiva denúncia em face dos crimes investigados. Ficou assente pelo STF que o juiz competente para o julgamento será responsável, também, por avaliar além do recebimento da denúncia, eventuais irregularidades ou ilegalidades ocorridas no bojo da investigação.

O marco temporal é salutar, pois tende a prestigiar uma visão externa àqueles atores que figuraram na investigação que, não raras as vezes, são induzidos por falsos

¹² STF. **ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305**. Relator: ministro LUIZ FUX Data de Publicação: DJ 19/12/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363755297&ext=.pdf>> Acesso em 11.06.2024

¹³ Ibidem. p. 26

viéses cognitivos, cujo resultado é a formação de convicção equivocada em razão da inserção dos agentes num contexto específico que impede uma visão ampla sobre os fatos investigados.

Outro ponto objeto de inovação da Lei do pacote anticrime afeto ao instituto do juiz de garantias é a interpretação conforme do art. 3º-A do CPP estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações de controle de constitucionalidade.

Por maioria, o Supremo entendeu pela necessidade de atribuir “interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito”.¹⁴

Sob o fundamento de garantir a livre atuação da atividade jurisdicional, a corte entendeu que não se pode limitar integralmente a atividade probatória relegada ao poder judiciário, contudo restringe significativamente a medida de tal atuação. De acordo com a definição do STF, o juiz só pode atuar no sentido complementar, ou seja, pode apenas determinar a realização de diligências suplementares, com a finalidade específica de dirimir dúvida sobre questão relevante pendente para julgamento de mérito.

A afirmação significa que o juiz não pode determinar cautelares probatórias iniciais de ofício, tais como determinar a realização de buscas e apreensões, cautelares patrimoniais reais incidentes em bens imóveis ou quaisquer outras, sem que haja prévia representação da autoridade policial ou pedido do Ministério Público. A interpretação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal tem como pauta o princípio da verdade real.

Segundo a doutrina, o princípio da verdade real, em que pese, haver grandes contundências críticas, fundamenta a necessidade de atuação suplementar garantida ao magistrado, pois visa garantir, com maior eficácia, o deslinde sobre os fatos investigados.

Na mesma toada, a doutrina aponta no mesmo sentido, em relação ao princípio da verdade real: “No direito brasileiro, a “verdade dos fatos” é entendida como uma “verdade real”, existente a priori, ainda que desconhecida, o que justifica uma

¹⁴ STF. **Informativo 1106/2023 de 08 de setembro de 2023**. p. 28. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1106.pdf>. Acesso em 11.06.2024.

investigação minuciosa a seu respeito, uma vez que, na nossa sensibilidade jurídica, a realização da justiça depende da descoberta da "verdade real".¹⁵

Outro ponto relevante da Lei 13.964/2019 que foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal foi a disposição contida no § 2º do art. 3º-C do CPP¹⁶. O dispositivo foi, além de ser objeto de declaração de inconstitucionalidade (foi declarada a inconstitucionalidade da expressão "recebida"), objeto de interpretação conforme, para o fim de atribuir sentido que, após o oferecimento da denúncia ou queixa, o juiz da instrução e julgamento deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 dias.¹⁷

A interpretação dada pelo Supremo é justamente na mesma linha de raciocínio adotada para a definição de que o juiz pode atuar no sentido de suplementar na produção de provas. A interpretação possui duplo binômio de proteção: 1. Garantir que o investigado não continue sofrendo investidas contra seus direitos fundamentais pelo Estado, ou seja, não sofra dupla investigação pelo Estado; 2. Garantir que há elementos probatórios suficientes para tanto comprovar a autoria ou materialidade delitiva ou se há alguma diligência pendente que possa ser utilizada como fundamento para absolvição do acusado.

A primeira garantia remete ao princípio do *ne bis in idem*, cujo significado a doutrina aponta que:

O princípio *ne bis in idem* ou *no bis in idem* constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado. Por meio dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato). É postulado essencial de natureza material ou substancial – conteúdo material relativo à imposição de pena –, ainda que se manifeste também no campo processual ou formal, quando diz respeito à impossibilidade de perseguições múltiplas. O conteúdo penal substancial do *ne bis in idem* exige a concorrência da denominada tríplice identidade entre sujeito (identidade subjetiva ou de agentes), fato (identidade fática) e fundamento (necessidade de se evitar a dupla punição, quando o desvalor total do fato é abarcado por apenas um dos preceitos

¹⁵ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Princípio da verdade real no processo judicial brasileiro**. In: Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 321-341, dez. 2010. p. 321. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/209-744-4-pb.pdf>> Acesso em 11.06.2024

¹⁶ Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

¹⁷ STF. **Informativo 1106/2023 de 08 de setembro de 2023. p. 28**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1106.pdf> . Acesso em 11.06.2024. p.29.

incriminadores). (...) Saliente-se que, no âmbito penal, a identidade fática deve ser obtida por meio da análise do tipo penal em seu conjunto, e não de seus elementos individuais considerados.¹⁸

Conforme excerto doutrinário acima, é direito fundamental do acusado não ser alvo de dupla imputação penal pelo mesmo fato, neste sentido, a interpretação dada pelo supremo obriga que o judiciário analise a necessidade da continuidade das investigações, a fim de impedir que medidas investigativas perdurem por maior tempo do que o estritamente exigido. Tal obrigação reflete uma garantia significativa ao investigado no que se refere à vedação de dupla imputação pelo mesmo fato criminoso.

Ademais, a interpretação do Supremo Tribunal Federal do § 2º do art. 3º-C do CPP, conforme apontado anteriormente, sob a égide do princípio da verdade real, ao autorizar a possibilidade que o juiz determine a continuidade de medidas investigativas tem como objetivo essencial esclarecer dúvida sobre ponto relevante, tanto para o fim condenatório como absolutório. Interpretação diferente poderia causar sérios prejuízos à atividade de persecução penal.

Se, de um lado, a instrução processual de uma ação penal (em face de criminoso de fato) fadada ao fracasso no que se refere à condenação penal representa movimentação indevida do aparato público, a instrução processual penal de ação penal contra inocente sem elementos probatórios representa grave violação contra a vedação de acusação sem substrato probatório mínimo. Desta forma, a interpretação dada ao dispositivo tem como fator preponderante o reforço do sistema acusatório que rechaça a desnecessidade de ações penais fadadas ao fracasso.

4. RESULTADOS

Evidenciados tais aspectos, é forçoso reconhecer que o pacote anticrime, ao instituir a figura do juiz de garantias, representou um marco importante na ideia de reforço do sistema acusatório, pois acrescenta limitações legais à atividade jurisdicional, especificamente no âmbito probatório, cujo efeito imediato é a preservação de um processo penal, com estrita observância aos direitos fundamentais dos investigados.

¹⁸ PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 8 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 123-124.

Vale destacar que o tratamento acerca da constitucionalidade atribuído pelo Supremo Tribunal Federal acerca dos dispositivos veiculados pela lei do pacote anticrime reforçam sobremaneira os princípios constitucionais aplicados à matéria processual em penal, pois reforça o sistema acusatório de instrução, cujo preceito máximo é a estrita observância aos direitos fundamentais garantidos à aquele que é alvo de investigação e, também, réu em ações penais.

O resultado alcançado pelo trabalho é no sentido de demonstrar avanços em relação à proteção e defesa de direitos fundamentais, buscando diminuir e mitigar eventuais prejuízos e violações de direitos no âmbito de incursões penais em face do cidadão.

5. CONCLUSÃO

Retratados alguns dos dispositivos implementados pela Lei 13964/2019, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal, proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade, evidencia-se que a mudança legislativa foi declarada válida e compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e possui um potencial de otimizar o sistema acusatório vigente no processo penal brasileiro.

O reforço decorre, em especial, da instituição da figura do juiz de garantias como autoridade responsável pela garantia do devido processo legal e, também, por zelar pelos direitos fundamentais dos investigados.

Ademais, conforme ilustrado, a inovação legal (após entendimento do Supremo Tribunal Federal) houve a determinação de marcos processuais significativos para atuação do juiz de garantias, que tendem a tornar mais efetiva a proteção dos direitos dos investigados.

Num panorama geral, o instituto do juiz de garantias guarda correspondência significativa com direitos fundamentais inerentes aos investigados em processos criminais. Reitera-se que, conforme exposição, a atuação do juiz de garantias torna mais hígido o direito à ampla defesa e contraditório, maximiza as chances de réus sejam julgados por autoridades judiciais isentas e imparciais e, além disso, torna assunto principal de enfoque a necessidade de que as investigações criminais promovidas pelo Estado se deem de forma lícita, em respeito ao devido processo legal e demais garantias constitucionais.



REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.html.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicao.htm.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 11.06.2024.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Princípio da verdade real no processo judicial brasileiro.** In: Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 321-341, dez. 2010. p. 321. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/209-744-4-pb.pdf> Acesso em 11.06.2024.

PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição.** 8 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

RIBEIRO, Paulo Victor Freire. **O Juízo de garantias, definição, regramento, consequências.** In: Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v.105. Jan/dez 2010. p. 970. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31801.pdf>. Acesso em 11.06.2024

STF. **Informativo 1106/2023 de 08 de setembro de 2023.** p. 28. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1106.pdf. Acesso em 11.06.2024

_____. **HC 186421 SC 2021/0015845-2.** Relator: ministro CELSO DE MELLO. Data de Publicação: DJ 20/10/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754390178> Acesso em 11.06.2024.

_____. **ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305.** Relator: ministro LUIZ FUX Data de Publicação: DJ 19/12/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/-downloadPeca.asp?id=15363755297&ext=.pdf> Acesso em 11.06.2024

STJ. **HC: 640518 SC 2021/0015845-2.** Relator: ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 22/01/2021.

DIREITO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DA INTIMIDADE E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: A QUESTÃO DA LICITUDE DA PROVA FORTUITA

CONSTITUTIONALLY PROTECTED RIGHT TO INTIMITY AND TELEPHONE INTERCEPTION: THE QUESTION OF THE LEGALITY OF FORTUITUDE EVIDENCE

Shayenne Cosme Ali Caldeira¹

Resumo: Elevados à categoria de direitos fundamentais, o direito à intimidade, bem como o direito ao sigilo das comunicações telefônicas, por mais relevantes que sejam, não podem se sobrepor de maneira absoluta a todos os demais direitos dignos da tutela jurídica. Excepcionalmente, o direito à preservação da intimidade cede lugar à supremacia do interesse público, que autoriza, desde que cumpridos os requisitos legais, o Estado a intervir nas comunicações de seus administrados. A lei de interceptação telefônica, Lei 9.296 de 1996, traçou os requisitos para que fosse possível o Estado utilizar-se deste meio de obtenção de prova para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Com isso, a interceptação telefônica passou a ser considerada legal mediante o cumprimento de requisitos estabelecidos em lei, dentre os quais a necessidade de que a decisão judicial que autoriza a medida indique e qualifique os investigados e descreva com clareza a situação objeto da medida. Fato é que no curso da captação do áudio podem surgir outros fatos penalmente relevantes, que fogem ao que fora descrito na decisão que autorizou a interceptação. É possível também que surjam outros envolvidos, com o mesmo fato investigado ou com outros fatos. A lei não contemplou a hipótese do que foi denominado pela doutrina de encontro fortuito ou serendipidade. Diante da omissão legislativa, várias correntes doutrinárias se formaram, o que se analisará a seguir.

Palavras-Chave: Direito à intimidade. Interceptação telefônica. Encontro fortuito.

Abstract: Elevated to the category of fundamental rights, the right to privacy, as well as the right to confidentiality of telephone communications, however relevant they may be, cannot absolutely override all other rights worthy of legal protection. Exceptionally, the right to the preservation of privacy gives way to the supremacy of the public interest, which authorizes, as long as legal requirements are met, the State to intervene in the communications of its administrators. The telephone interception law, Law 9,296 of 1996, outlined the requirements for the State to be able to use this means of evidence for the purposes of criminal investigation or criminal procedural instruction. As a result, telephone interception began to be considered legal upon compliance with requirements established by law, including the need for the judicial decision authorizing the precautionary measure to indicate and qualify those investigated and clearly describe the situation subject to the measure. The fact is that in the course of capturing the audio, other criminally relevant facts may arise, which differ from what was described in the decision that authorized the interception. It is also possible that others may be involved, with the same fact being investigated or with other facts. The law did

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp. Advogada. E-mail: shayenneali@yahoo.com.br

not contemplate the hypothesis of what was called by the doctrine a fortuitous encounter or serendipity. Faced with legislative omission, several doctrinal currents were formed, which will be analyzed below.

Keywords: Right to privacy. Telephone interception. Fortuitous meeting.

1. INTRODUÇÃO

O direito à intimidade e à vida privada são corolários do valor supremo da dignidade da pessoa humana. Todavia, não restam dúvidas de que as legislações modernas se inclinam no sentido de lhes admitirem exceções.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XII, inseriu a possibilidade de mitigação da intimidade, admitindo a possibilidade de interceptação telefônica nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim, o Estado, a partir da Constituição Federal de 1988 e com a promulgação da Lei 9.296/1996, passou a contar com a possibilidade de interceptar o telefone do investigado.

A interceptação telefônica, apoiando-se no avanço tecnológico, tem se revelado um importante instrumento de investigação criminal, eis que investigações que duravam meses ou anos para angariar provas robustas, agora passam a ser resolvidas em poucos meses, isso porque se baseiam em um ponto bastante eficaz, a comunicação.

No entanto, a interceptação telefônica, por ser medida que restringe direitos fundamentais, somente poderá ser concedida em situações excepcionais, obedecidas às condições previamente estabelecidas em lei, que exige rigoroso controle no deferimento e acompanhamento na execução.

Sabe-se que o juiz ao autorizar a interceptação telefônica não pode antecipar tudo que irá decorrer ao longo de toda a investigação. Logo, no curso da captação do áudio podem surgir fatos que fogem ao que fora descrito na decisão autorizadora da medida, podendo ocasionar a descoberta de um novo crime ou o envolvimento de outras pessoas.

Nestes casos, tem-se o fenômeno denominado pela doutrina de serendipidade, também conhecido como encontro fortuito.

É o caso, por exemplo, de uma interceptação telefônica, determinada pela autoridade judiciária, seguindo todos os requisitos legais, para apurar delito de tráfico

de drogas e, no curso da medida cautelar, se descobre a prática de crime de homicídio.

O presente trabalho tem o objetivo de debater sobre a licitude desta prova obtida fortuitamente, levando em consideração o direito constitucionalmente protegido da intimidade e do sigilo das comunicações telefônicas, erigidos a categoria de direitos fundamentais.

2. O DIREITO À INTIMIDADE, A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

O vocábulo intimidade deriva do latim *intimus* e significa o mais profundo, estreito, íntimo, indicando a qualidade ou o caráter das coisas e dos fatos, que se mostram estreitamente ligados, ou das pessoas afetuosamente unidas pela estima.²

A intimidade pode ser definida como a possibilidade de cada homem viver de forma independente a sua vida, com o mínimo de interferência alheia. É um direito da personalidade que está diretamente ligado à essência do indivíduo.

O respeito à intimidade sempre esteve presente nas Constituições brasileiras, de modo implícito. A referência quanto ao direito à intimidade, de modo explícito, no entanto, só foi tratada com a Constituição de 1988, tendo em vista a necessidade de sua maior proteção, ocasionados pela evolução tecnológica que propiciou meios cada vez mais incisivos de intromissão na vida alheia.

Assim, embora a intimidade fora outrora protegida através de outros direitos individuais, sentiu-se a necessidade de proteger especificamente a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Neste sentido o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Mais especificamente, o resguardo das comunicações telefônicas previsto no inciso XII, *in verbis*:

Art. 5º [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem

² FRAGADOLLI. Luciana, **O direito à intimidade e prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rei, 1998.p.37.

judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

No plano da proteção da intimidade, se o indivíduo tem o direito de manter-se em reserva, para que não seja devassada sua vida privada, não restam dúvidas de que as legislações modernas se inclinam no sentido de lhe admitir exceções.³ E aqui é necessária certa dose de cuidado, uma vez que a despeito do direito à intimidade estar constitucionalmente previsto, poderá ser limitado, eis que não configura nenhum direito absoluto. Neste sentido Pacelli ⁴

O direito à intimidade, à privacidade, à honra, e todas as suas formas de manifestação, ou seja, a inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações, que se constituem apenas em algumas das várias modalidades de exercício dos aludidos direitos (intimidade etc), podem, como regra, ser limitados, sempre que o respectivo exercício puder atingir outros valores igualmente protegidos na Constituição, e desde que haja previsão expressa na lei.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover assevera que as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que nenhuma delas pode ser exercida de modo prejudicial à ordem pública e as liberdades alheias.⁵

Mais especificamente no que concerne ao sigilo das comunicações telefônicas tem-se que não se trata de garantia absoluta, mas relativa, eis que lhe são permitidas exceções legítimas.

Aliás, conforme ensina Barbosa Moreira⁶, o direito ao sigilo das comunicações telefônicas é como qualquer outro, limitado, não podendo se sobrepor de maneira absoluta a todos os restantes interesses dignos de tutela jurídica, por mais relevantes que sejam.

Consoante Geraldo Prado:

ao realizarmos o processo comunicativo, ao interagirmos, a nossa privacidade corre o risco de ser violada legalmente. Desde que se justifique, mediante o devido processo legal e à consideração pelo juiz da extrema necessidade da medida, a privacidade pode ser afetada. Isso pode ocorrer,

³ JESUS, Damásio Evangelista de. **Interceptação de comunicações telefônicas**: notas à Lei 9.296, de 24/07/1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, n. 735, p. 458-473, jan. 1997.

⁴ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 13.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 367.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**, São Paulo: RT, 1982. p. 51.

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Direito Aplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 170.

com freqüência, quando dois ou mais agentes resolver pôr em prática, executar, projeto criminoso.⁷

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XII, inseriu a possibilidade de mitigação do direito à intimidade, admitindo a possibilidade de interceptação telefônica nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

Assim, a própria Constituição estabeleceu que, desde que cumpridos os requisitos que a lei instituir, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, a interceptação telefônica poderia ser validamente utilizada.

Com a edição da referida lei regulamentadora, Lei 9.296/96 passou a ser reconhecida a validade da interceptação telefônica, desde que observado o seu procedimento.

Mas o que se entende por interceptação telefônica? Luiz Flávio Gomes ensina que, do ponto de vista jurídico, interceptação telefônica é a captação feita por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores. Interceptar significa “tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação”.⁸

Torquato Avolio, por sua vez, define interceptação telefônica, em sentido estrito, como sendo a “captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores”, a qual se reputa lícita desde que realizada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico.⁹

Logo, quando legalmente disciplinadas e rigorosamente efetuadas, as interceptações telefônicas são lícitas e admissível no processo é seu resultado.¹⁰

3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E ENCONTRO FORTUITO

Diante da complexidade das ações criminosas, o uso da interceptação telefônica propiciou ao Estado a investigação de crimes que seriam, até então, quase impossíveis de se solucionar.

⁷ PRADO, Geraldo. **Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 70.

⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: RT, 1997, p. 95.

⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4.ed. São Paulo: RT, 2010, p.119

¹⁰ GRINOVER, 1995, p. 151.

Com o auxílio deste meio de obtenção de prova, investigações que duravam meses ou anos para angariar provas robustas, agora passam a ser resolvidos em poucos meses, isso porque se baseiam em um ponto bastante eficaz, a comunicação.

No entanto, como já mencionado acima, deve-se ter a convicção de que a regra é a garantia da intimidade. Excepcionalmente, esse direito cede lugar à supremacia do interesse público que autoriza, desde que cumpridos os requisitos legais, o Estado intervir nas comunicações de seus administrados.

De acordo com o artigo 2º da Lei 9.296/96, para que seja decretada a medida devem estar presentes indícios razoáveis de autoria e participação em infração penal punida com reclusão, demonstração da impossibilidade da investigação por outros meios disponíveis e a finalidade de instruir investigação criminal ou instrução processual penal.

Lênio Streck afirma que a interceptação telefônica somente pode ser deferida se consistir em exceção absoluta, ou seja, quando for *conditio sine qua non* para a apuração da infração.¹¹

A natureza excepcional da restrição às comunicações telefônicas exige rigoroso controle em seu deferimento. Neste sentido, a decisão judicial que autoriza a medida deve descrever de forma minuciosa e com clareza o objeto da investigação, além de identificar e qualificar os investigados.

Desse modo, a lei com o objetivo de evitar intromissões abusivas à intimidade alheia, preocupou-se com a correta individualização do fato criminoso, bem como com a determinação da pessoa a ser investigada.

Ocorre que no curso da interceptação podem surgir outros fatos penalmente relevantes, que fogem ao que fora descrito na decisão autorizadora da medida, ou seja, podem ser descobertos fatos diversos da situação objeto da investigação. É possível também que surjam outros envolvidos, com o mesmo fato investigado ou com outros fatos, diversos dos que foram indicados na decisão que autorizou a interceptação.¹²

Nesses casos há o que a doutrina denomina de serendipidade, encontro fortuito ou encontro causal ou serendipidade (do inglês *serendipity*)

¹¹ STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**: a lei 9.296/96 e seus reflexos processuais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 200, pag 45.

¹² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: RT, 1997, p. 208.

Luiz Flávio Gomes define o encontro fortuito como “sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa”.¹³

Encontro fortuito para Damásio é o que acontece quando ocorre conhecimento fortuito de outro crime, novação do objeto da interceptação ou resultado diverso do pretendido.¹⁴

É o caso, por exemplo, de uma interceptação telefônica decretada para investigar determinado suspeito de chefiar tráfico ilícito de entorpecentes e, no transcurso da captação telefônica, surgem outros fatos, como por exemplo, crime de receptação.

Consoante Luiz Flávio Gomes, o que se espera quando é autorizada a interceptação é a “identidade entre o fato e o sujeito passivo indicados na decisão e o fato e o sujeito passivo efetivamente investigado (congruência entre o que se procura investigar e o que efetivamente foi encontrado)”.¹⁵

Há autores que sustentam que pode haver encontro fortuito em outras situações que não a interceptação telefônica. É possível, por exemplo, que no cumprimento de mandado de busca e apreensão de uma arma, o executor da medida encontre um quilo de cocaína ou o cadáver de vítima de homicídio. Nesses casos, trata-se de uma descoberta inevitável e igualmente problemática.¹⁶

A questão principal que envolve o tema do encontro fortuito na interceptação telefônica é saber se tais fatos descobertos podem ser aproveitados e considerados válidos como prova ou se ferem o direito à intimidade e o sigilo das comunicações telefônicas e, portanto, devem ser considerados ilícitos no processo.

3.1 Posição da doutrina

Para facilitar o estudo do tema dividir-se-á a doutrina em três principais correntes.

A primeira corrente aduz que não é válida a descoberta de crime diverso do objeto da medida ou a descoberta de outros envolvidos. É o caso do doutrinador

¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. 2009. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas/955473>>, acesso em 08 de julho de 2024.

¹⁴ JESUS, 1997, p. 467.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. 2009. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas/955473>>, acesso em 08 de julho de 2024.

¹⁶ PRADO, Geraldo. p. 60.

Damásio, que sustenta que o resultado da diligência não vale como prova ou material de investigação, sendo nulo de pleno direito.¹⁷

No mesmo sentido, o doutrinador Camargo Aranha esclarece que a descoberta não pode ser utilizada como prova, sob pena de exceder os limites da autorização concedida:

Se assim fosse, estar-se-ia usando indiscriminadamente de uma autorização judicial, fora de seus limites balizadores e fugindo-se do fundamento apresentado para o uso de um meio de exceção, como é indiscutivelmente a interceptação telefônica. A prova obtida pela interceptação deve corresponder ao fundamento apresentado e que serviu de base para a autorização judicial. Fora de tal hipótese, estar-se-ia usando de uma prova ilícita quanto ao modo em que colhida, porque fugiu dos preceitos legais que exigem um pedido com fundamentação certa, contra pessoa determinada, e que, como tal, serviu de base à autorização judicial concedida. Estar-se-ia burlando a própria fundamentação da autorização judicial.¹⁸

Assim, para essa primeira corrente, a prova obtida através do encontro fortuito não é válida, pois não estaria inserida no âmbito da autorização judicial dada sendo, portanto, ilícita. Isso porque o artigo 2º da Lei 9.296/96 estabelece que deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Logo, tal corrente entende pela inadmissibilidade absoluta da prova encontrada de forma inesperada, eis que ilícita e, portanto, inadmissível no processo. Trata-se, pois, de corrente minoritária e cada vez menos aceita.

Há autores que sustentam que a prova obtida através do encontro fortuito será válida desde que haja conexão ou continência entre o crime investigado com o que venha a ser fortuitamente descoberto ou guarde relação com o investigado. É a corrente majoritariamente aceita.

Para essa segunda corrente, a prova é válida, desde que descoberto crime conexo com o investigado, de responsabilidade do mesmo sujeito passivo, servindo nestes termos inclusive para proferir sentença condenatória. Logo, a contrario sensu, não vale a interceptação telefônica como meio probatório em relação ao encontro de

¹⁷ DAMÁSIO, 1997, p. 467.

¹⁸ ARANHA, Adalberto José. Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50.

fato não conexo ou quanto à fatos cometidos por terceiras pessoas, sem nenhuma relação de continência com o investigado.¹⁹

Neste caso, no entanto, a descoberta vale como fonte de prova, ou seja, a partir dela pode-se desenvolver nova investigação. Assim, nada impede a abertura de uma nova investigação, para que sejam descobertas novas provas para dar início à ação penal. Para o autor:

O "critério da conexão" (que conduz ao reconhecimento do encontro fortuito de primeiro grau) é perfeitamente válido em nosso *ius positum*. Aliás, em virtude das peculiaridades do nosso direito, urge falar-se em conexão ou continência. Tudo porque nosso Código de Processo Penal faz essa distinção, nos artigos 76 e 77. Em relação ao encontro fortuito de fatos conexos (ou quando haja continência) parece-nos acertado falar em serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau (ou em fato que está na mesma situação histórica de vida do delito investigado - *historischen Lebenssachverhalt*). Nesse caso a prova produzida tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz (como prova válida). Pode essa prova conduzir a uma condenação penal. Quando se trata, ao contrário, de fatos não conexos (ou quando não haja continência), impõe-se falar em serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau (ou em fatos que não estão na mesma situação histórica de vida do delito investigado). A prova produzida, nesse caso, não pode ser valorada pelo juiz. Ela vale apenas como *notitia criminis*.²⁰

O doutrinador Vicente Greco Filho adota o critério da conexão, continência e concurso de crimes.

Para o autor se surgirem fatos criminosos diversos, como por exemplo, se, investigando tráfico de drogas, se verificar a participação em sequestro, a gravação feita pode ser utilizada como prova, desde que a infração descoberta pudesse ser ensejadora de interceptação, ou seja, não se encontre entre as proibições do artigo 2º da lei 9.296/96 e desde que seja fato relacionado com o primeiro, ensejando concurso de crimes, continência ou conexão.²¹

Com relação à descoberta de outro sujeito, admite tal prova, uma vez que a autorização abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo investigado e não apenas com relação àquele que justificou a providência.

Caso contrário, a interceptação seria praticamente inútil. Pode ocorrer até que se verifique a inocência daquele que justificou a interceptação e o

¹⁹ GOMES, 1997, p. 194.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. 2009. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas/955473>>, acesso em 08 de julho de 2024.

²¹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica** (Considerações sobre a lei n.9.296, de 24 de julho de 1996). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21.

envolvimento de outros. Não vemos, pois, limitação subjetiva à utilização da prova obtida mediante interceptação, desde que relacionada com o fato que a justificou. Os interlocutores não envolvidos estarão protegidos pelo sigilo das conversas, cuja violação é sancionada penalmente pela própria lei.²²

Consoante o doutrinador Polastri, em um encontro fortuito de outra prova, simplesmente ignorar a gravidade de um crime de seqüestro ou de homicídio, por exemplo, que também atacam bens juridicamente protegidos, “seria uma irracionalidade, e a consideração da prova aqui também passa pela necessária adoção de um princípio que desfaça a rigidez absoluta da vedação da prova ilícita, como o princípio da proporcionalidade”.²³

Assim, para o doutrinador, que também utiliza o critério da conexão e da continência, adotando-se o princípio da proporcionalidade pode-se utilizar da prova obtida casualmente para já autorizar a instauração de um processo, ou, pelo menos, para que se dê início a uma investigação preliminar, onde tal descoberta possa vir a ser ratificada por novos elementos investigativos.

Para uma terceira corrente, se o novo fato ou novo sujeito foram descobertos no curso de uma interceptação telefônica legalmente autorizada pelo magistrado, tal prova deve ser utilizada no processo penal por ser igualmente lícita, não importando se o fato é conexo ou não.

É o caso do doutrinador Denílson Feitoza Pacheco que entende que se o delito ou o novo investigado foram descobertos durante interceptação telefônica lícita, não há porque não utilizar tais provas:

Assim, se o fato delitivo diverso foi descoberto fortuitamente, mas durante interceptação judicialmente autorizada, não vemos porque não possa ser utilizada a prova quanto à outra infração penal, independentemente da espécie de pena, uma vez que a finalidade de utilização em investigação criminal ou instrução processual penal estará sendo satisfeita. Também não importa se o fato é conexo ou não, ou se o autor ou partícipe desse outro fato delitivo é o mesmo do fato objeto da interceptação, desde que a prova seja contraditável e o réu possa se defender amplamente, no mesmo processo ou, no caso de prova emprestada, em outro processo.²⁴

²² - Ibid. p. 21.

²³ LIMA, Marcellus Polastri, **Manual de Processo Penal**, 5ed. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010, p. 422.

²⁴ PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 927.

Guilherme de Souza Nucci, de igual forma, entende que a prova é lícita, pois a intromissão na intimidade se deu através de autorização prevista na Constituição e por ordem legal da autoridade judicial:

É possível que, durante uma interceptação telefônica, captando-se a conversa entre “A” e “B”, com autorização judicial, surja prova do cometimento de crime por “C”, terceira pessoa. Pensamos ser lícito utilizar a gravação realizada para investigar o agente criminoso que surgiu de onde menos se esperava. Mais uma vez, é fundamental destacar que o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de duas pessoas, com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. Descoberto um outro crime, ainda que não haja conexão entre este e a infração que se está investigando, é preciso apurá-lo, mormente se de ação pública incondicionada²⁵.

Por fim, Pacelli argumenta que não é o critério da conexão que justifica a licitude da prova. O fato relevante é que já realizada à violação dos direitos à privacidade e a intimidade, não haveria razão para a recusa de provas de quaisquer outros delitos.

Isso porque uma coisa é a justificação para a autorização da quebra de sigilo; tratando-se de violação à intimidade, haveria mesmo de se acenar com a gravidade do crime. Entretanto, outra coisa é o aproveitamento do conteúdo da intervenção autorizada: tratando-se de material relativo à prova de crime (qualquer crime), não se pode mais argumentar com a justificação da medida (interceptação telefônica), mas, sim, com a aplicação da lei.²⁶

Assim, para essa corrente doutrinária, se o fato delitivo diverso foi descoberto de maneira fortuita, mas durante interceptação judicialmente autorizada, a prova deve ser considerada lícita, independentemente da espécie de pena do novo delito, se punido com reclusão ou detenção, ou se o novo fato descoberto é ou não conexo com os fatos anteriormente investigados.

3.2 Posição jurisprudencial

De maneira geral, a corrente doutrinária majoritária entende que se a interceptação foi validamente autorizada, a descoberta fortuita de outros crimes ou de outros agentes que não os de início não padece de vício, sendo as provas válidas, mas desde que haja conexão ou continência com os fatos inicialmente apurados.

A jurisprudência, no entanto, vai além do entendimento doutrinário dominante.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: RT, 2006, p. 356.

²⁶ PACELLI, 2010, p.381.

A jurisprudência pátria mais recente é no sentido de admitir a prova obtida através do encontro fortuito, ainda que não haja conexão ou continência com o fato ou com o sujeito investigado e ainda quando tratar-se de crime punido com detenção.

Assim, se no curso de uma interceptação que apura infração punida com reclusão descobre-se um delito punido com detenção ou praticado por pessoa diversa, a transcrição final da captação pode ser usada não só como *notitia criminis*, mas como legítimo meio probatório para fundamentar um decreto condenatório.²⁷

Há diversos julgados neste sentido no Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA QUALIFICADA. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE. PROVA LÍCITA. TRANCAMENTO DO PROCESSO PENAL. TIPICIDADE DA CONDUTA. OCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA. PARA A PERSECUÇÃO PENAL EVIDENCIADA. LASTRO NAS PROVAS CAUTELARES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

4. Malgrado apenado com detenção, as provas obtidas quanto ao crime de advocacia administrativa são plenamente válidas, porquanto foram descobertas fortuitamente por meio de interceptação telefônica, decretada regularmente, com vistas a angariar elementos de prova da prática do crime de falsidade ideológica pelo então investigado Jonaci Silva Herédia. Em perfeita aplicação da serendipidade, trata-se, portanto, de prova lícita, decorrente de interceptação telefônica de crime apenado com reclusão, com autorização devidamente fundamentada de autoridade judicial competente.²⁸

Além disso, em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça sequer tem sido imposta como obrigatória a existência de conexão ou continência entre as infrações penais.

Senão vejamos:

“A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da adoção da teoria do encontro fortuito ou casual de provas (serendipidade). Segundo essa teoria, independentemente da ocorrência da identidade de investigados ou réus, consideram-se válidas as provas encontradas casualmente pelos agentes da persecução penal, relativas à infração penal até então desconhecida, por ocasião do cumprimento de medidas de obtenção de prova de outro delito regularmente autorizadas, ainda que inexista conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrado e este não cumpra os requisitos

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único- 11 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: ED.Jus Podivm, 2022, p. 728.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 376.927 - ES (2016/0286758-9) RELATOR: MINISTRO RIBEIRO. Julgado em 17/10/2017. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1646853&num_registro=201602867589&data=20171025&formato=PDF>. Acesso em 09 de julho de 2024.



autorizadores da medida probatória, desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de obtenção de prova”.²⁹

Assim, desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de obtenção de prova, as provas obtidas por meio do encontro fortuito têm sido consideradas válidas pelos Tribunais Superiores.

4. CONCLUSÃO

Diante da impossibilidade de antever todas as situações possíveis que podem surgir com a interceptação telefônica, doutrina e jurisprudência vêm admitindo a licitude da prova obtida através do encontro fortuito.

Por meio da análise da doutrina pátria verifica-se que a inadmissibilidade das provas obtidas casualmente vem se mostrando cada vez menos aceita. Impedir absolutamente a utilização de tais provas é desconsiderar todas as situações que podem derivar de uma interceptação lícitamente autorizada.

A posição majoritária da doutrina pátria, apoiada na doutrina alienígena, é no sentido de admitir a prova obtida fortuitamente. Todavia, como visto, a doutrina fixa critérios diferenciados para admitir ou não o resultado dessa prova, a exemplo da conexão, continência e concurso de crimes.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha, no entanto, no sentido de considerar que se a interceptação telefônica foi autorizada judicialmente, em observância aos requisitos previstos na Lei 9.296/96, ela é lícita, assim como é lícita a prova do novo crime ou a participação do novo sujeito até então não identificados que vierem a se relacionar com as práticas ilícitas, desde que não haja desvio de finalidade na execução da interceptação.

Isso porque, a despeito do Estado ter violado a intimidade, o fez com respaldo legal e constitucional, motivo pelo qual a prova se mostra válida.

Por derradeiro, filiamo-nos a corrente doutrinária e jurisprudencial que reputa válida a prova casualmente encontrada pelos agentes de persecução penal, ainda que inexistam conexão ou continência com os crimes ou sujeitos anteriormente investigados

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 376.927 - ES (2016/0286758-9) RELATOR: MINISTRO RIBEIRO. Julgado em 17/10/2017. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1646853&num_registro=201602867589&data=20171025&formato=PDF>. Acesso em 09 de julho de 2024.



e ainda que o crime achado seja punido com detenção, desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de prova.

Nestes casos, a prova deve ser considerada lícita, pois uma vez franqueada a violação dos direitos à intimidade por meio de ordem judicial anteriormente concedida, mostra-se proporcional e adequado o aproveitamento do conteúdo da intervenção autorizada.

Ademais, a análise da validade das provas encontradas casualmente também passa pela necessária adoção do princípio da proporcionalidade, indispensável para que se desfaça a rigidez absoluta da vedação da prova ilícita.

**REFERÊNCIAS**

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4.ed. São Paulo: RT, 2010.

ARANHA, Adalberto José. Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Dez anos da lei da interceptação telefônica (lei 9.296, de 24 de julho de 1996)**. Interpretação jurisprudencial e anteprojeto de mudança. Revista Jurídica. São Paulo 54, dezembro de 2006, nº 350.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Direito Aplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 376.927 - ES (2016/0286758-9) RELATOR: MINISTRO RIBEIRO. Julgado em 17/10/2017. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1646853&num_registro=201602867589&data=20171025&formato=PDF>. Acesso em 09 de julho de 2024.

FERNADES, Antonio Scarance; PENTEADO, Jacques de Camargo. **A lei de interceptação telefônica**: Justiça Penal, n.4: críticas e sugestões-provas ilícitas e reforma pontual. São Paulo: RT, 1997.

FRAGADOLLI. Luciana, **O direito à intimidade e prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rei, 1998.

GOMES FILHO, Antonio; MOURA Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. 2009. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas/955473>>, acesso em 08 de julho de 2024.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: RT, 1997.



GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica** (Considerações sobre a lei n.9.296, de 24 de julho de 1996). São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**, São Paulo: RT, 1982.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Interceptação de comunicações telefônicas**: notas à Lei 9.296, de 24/07/1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, n. 735, p. 458-473.

LIMA, Marcellus Polastri, **Manual de Processo Penal**, 5ed. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único- 11 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Ed.Jus Podivm, 2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual Civil**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, São Paulo.

NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: RT, 2006.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. **Rivista italiana di diritto e procedure penale**, Padova, v.21,1966 apud LIMA, Marcellus Polastri. Provas lícitas ou ilícitas: considerações sobre a admissibilidade da prova vedada no processo penal brasileiro. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, São Paulo, ano IV, n.24, P. 51, 2004.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 13.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.



PARIZATTO, João Roberto. **Comentários à lei 9.296 de 24/07/1996**. Interceptação de comunicações telefônicas. Aspectos constitucionais e legais. Doutrina, legislação e prática forense. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

PRADO, Geraldo. **Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCARANCE, Antonio Fernandes. Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei, Boletim do IBCCrim/ Edição Especial, agosto de 1996.

STRECK, Lênio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: a lei 9296/96 e seus reflexos processuais. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2009

TROCKER, Nicolo apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4.ed. São Paulo: RT, 2010.

DA MITIGAÇÃO DO REQUISITO DE REVERSIBILIDADE EM TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA ANTECIPADAS

MITIGATION OF THE REVERSIBILITY REQUIREMENT IN INTERIM INTERIM RELIEF

Vítor Braga de Castro Alves¹

Resumo: O Código de Processo Civil brasileiro demanda, além da probabilidade do direito e da presença de elementos que evidenciem o perigo de dano, o requisito da reversibilidade dos efeitos da decisão para a concessão de tutelas provisórias de urgência antecipadas. Trata-se de uma garantia, prevista no art. 300, §3º, do CPC, inerente à própria concepção das tutelas provisórias, que envolvem ideias de precariedade, revogabilidade e de mutabilidade. Uma vez que o juiz concede ou nega uma tutela provisória com base em uma cognição sumária, sem grandes investigações sobre o tema, o sistema exige que os efeitos da decisão devem ser reversíveis. Todavia, a experiência jurisprudencial pátria revela a existência de casos específicos em que o preenchimento deste último requisito se mostra um empecilho a consecução de um acesso rápido e eficaz à justiça. Há situações, não previstas pelo legislador, em que o bem a ser protegido pela tutela provisória é de valor maior – do ponto de vista da proporcionalidade constitucional – do que aquele que se pretende resguardar com o requisito da reversibilidade. Diante desse cenário, a presente monografia discorrerá acerca do requisito da reversibilidade previsto no art. 300, §3º, do Código de Processo Civil, bem como sobre a possibilidade e a necessidade de sua mitigação em situações urgentíssimas e excepcionais, à luz do princípio da proporcionalidade, examinado, sobretudo demandas relacionadas ao direito à saúde.

Palavras-Chave: Tutela de Urgência. Requisitos. Reversibilidade. Direito à Saúde.

Abstract: The Brazilian Code of Civil Procedure requires, in addition to the probability of the right and the presence of elements that show the danger of damage, the requirement of reversibility of the effects of the decision for the granting of provisional relief of anticipatory urgency. This is a guarantee, provided for in article 300, paragraph 3, of the CPC, inherent to the very conception of provisional remedies, which involve ideas of precariousness, revocability and mutability. Once the judge grants or denies a provisional relief on the basis of a summary cognition, without major investigations into the topic, the system requires that the effects of the decision must be reversible. However, the experience of national jurisprudence reveals the existence of specific cases in which the fulfilment of the latter condition is an obstacle to the achievement of rapid and effective access to justice. There are situations, not foreseen by the legislator, in which the asset to be protected by the provisional relief is of greater value – from the point of view of constitutional proportionality – than that which is intended to be protected with the requirement of reversibility. In view of this scenario, this monograph will discuss the requirement of reversibility provided for in article 300, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure, as well as the possibility and need for its mitigation in very urgent and exceptional situations, in the light of the principle of proportionality, examined, especially claims related to the right to health.

¹ Advogado, graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2021) e Pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (2022); vitorbragaalves@hotmail.com,

Keywords: Emergency Relief. Requirements. Reversibility. Right to Health.

1. INTRODUÇÃO

O Livro V do Código de Processo Civil de 2015 dedica-se exclusivamente à Tutela Provisória, definida no art. 294 como aquela em que pode se fundamentar na presença de urgência ou de evidência do direito pleiteado, separando-as, pois, nessas duas espécies.

As tutelas provisórias exercem importante função na busca pela maior efetividade ao processo judicial, diante da notória e comum morosidade desses. Buscam, na realidade, distribuir o ônus da demora processual, possibilitando ao juiz conceder de modo antecipado o que só seria provido ao final da demanda ou determinar medidas necessárias para assegurar e garantir a eficácia do provimento principal.

Dentro da espécie de tutela provisória que se sustenta na urgência, há a divisão entre cautelares e antecipadas. Sendo que serão estas últimas – as satisfativas – o principal enfoque do presente trabalho.

A partir da introdução da Lei nº 8.952/94 no ordenamento jurídico, a qual alterou o art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, passou-se a admitir a possibilidade de tutelas antecipadas genéricas em praticamente todos os tipos de processos e não apenas em procedimentos específicos, desde que preenchidos certos requisitos.

Atualmente, o Código de Processo Civil prevê em seu art. 300 a existência dos seguintes requisitos cumulativos para concessão de tutelas fundadas na urgência: “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, respectivamente o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*.

Há ainda, no §3º do citado artigo, um requisito específico para a tutela de urgência satisfativa, sendo a reversibilidade dos efeitos da decisão.

Trata-se de verdadeiro pressuposto negativo, ou seja, impedimento genérico à concessão da tutela antecipada a fim de evitar o estabelecimento de uma situação fática definitiva e irreversível quando não há uma cognição exauriente do direito pleiteado.

No CPC/73 o requisito da reversibilidade baseava-se na “irreversibilidade do provimento”, enquanto no atual CPC baseia-se na “irreversibilidade dos efeitos da decisão”, tratam-se de situações distintas quando interpretadas teleologicamente.

Assim, cumpre analisar os diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do requisito da reversibilidade, sejam de ordem formal ou material, e de sua própria interpretação e aplicação em casos concretos

Nesta senda, buscar-se-á identificar se há situações extraordinárias que demandam o afastamento, ou no mínimo a mitigação, do requisito ora objeto de estudo, diante de urgências qualificadas, urgentíssimas.

A metodologia de pesquisa adotada será a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, através da consulta de obras jurídicas dos principais autores processualistas brasileiros e de julgamentos e votos em demandas jurídicas voltadas para o tema em questão.

Primeiramente, serão expostas noções essenciais acerca da tutela de urgência antecipada, com ponderações iniciais, históricas, conceituais e atuais do instituto, adentrando-se também aos requisitos autorizadores.

Em seguida, o foco do artigo será exclusivamente o requisito previsto no art. 300, §3º do Código de Processo Civil, bem como suas mutações interpretativas sofridas ao longo do tempo e a possibilidade de sua mitigação reconhecida em alguns casos específicos pela doutrina e jurisprudência.

Por fim, voltando-se para um viés prático, serão analisadas hipóteses concretas que permitiriam a mitigação da exigência da reversibilidade, sobretudo em demandas que envolvem o direito à saúde.

2 DO REQUISITO DA REVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA DECISÃO

2.1 Da interpretação do requisito da reversibilidade

O art. 300, *caput*, do CPC – um dos dispositivos mais relevantes de todo código processual – traz dois requisitos gerais para concessão das tutelas urgentes, o *fumus bonis juris* e o *periculum in mora*, o que para grande parte da doutrina enseja o reconhecimento do poder geral de cautela do magistrado.

Quando se trata de tutela satisfativa, entretanto, o legislador optou por acrescentar mais um pressuposto para sua concessão previsto no §3º do art. 300 do CPC, o requisito da reversibilidade dos efeitos da decisão, principal enfoque de estudo deste trabalho.



Trata-se da exigência da possibilidade de reversão dos efeitos da decisão que concede a tutela de urgência. Nos moldes do supracitado artigo legal: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

No Código de Processo Civil anterior já havia a previsão deste requisito para antecipação de tutela, entretanto de modo diferente. O art. 273, §2º, da revogada legislação processualista dispunha que: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.²

Nota-se que o impedimento para concessão de tutela satisfativa resumia-se à situação de irreversibilidade do provimento e não dos efeitos deste, o que fora alvo de diversas críticas doutrinárias e dos tribunais da época.

A expressão provimento diz respeito à prestação jurisdicional, nos casos em estudo, à decisão que concede a tutela requerida. Entretanto, o que pretendia-se exigir como reversível seria na realidade os efeitos fáticos do provimento e não a própria decisão que o concede.

Diante desta disposição gramatical controversa, demandava-se dos aplicadores da lei uma interpretação teleológica do dispositivo, adequando-o aos fins que, de fato, eram almejados.

Nesta toada, o atual Código de Processo Civil reformulou a disposição do requisito da reversibilidade para as tutelas de natureza antecipada, passando a exigir de modo explícito a reversibilidade dos efeitos da decisão

Verifica-se, portanto, que a irreversibilidade prevista na legislação atual não é mais do provimento judicial, uma vez que sempre seria reversível posteriormente, mas sim de seus efeitos. Conforme preleciona Luiz Guilherme Marinoni na obra “Tutela de Urgência e Tutela de Evidência: Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça”, a irreversibilidade é dos efeitos fáticos da decisão e não de seus efeitos jurídicos.³

Ainda, há parte da doutrina que diferencia a irreversibilidade de fato e de direito, sendo esta última sempre passível de conversão em perdas e danos, o que tornaria o

² BRASIL. **LEI Nº 5.869**, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.html>. Acesso em 05 jun. 2024.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela de Evidência: Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça**. [livro eletrônico]. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2017. 1. Ed. Em e-book baseada na 1. Ed impressa.

requisito da reversibilidade ineficaz e sua previsão legal letra morta, como aponta Daniel Amorim Assumpção Neves.⁴

Entretanto, tal máxima mostra-se equivocada quando analisada de forma prática, vez que reduz indistintamente o direito pleiteado à mera conversão em pecúnia, não o garantindo de fato.

Deste modo, hodiernamente, a interpretação correta e adequada da previsão do §3º do art. 300 do CPC seria a possibilidade de, em caso de posterior revogação ou cessação de eficácia da medida, as partes processuais serem repostas ao *status quo* inicial.⁵

A justificação para imposição do requisito da reversibilidade funda-se na impossibilidade de uma tutela antecipada causar prejuízo à principal, como preleciona o supracitado professor Marinoni:

“A tutela é provisória apenas e tão somente porque o juiz, ao concedê-la, não afirma que o direito existe e, portanto, não pode prejudicar a decisão sobre o direito com base em cognição mais aprofundada. A decisão que concede a tutela antecipada não pode produzir efeito capaz de impedir outro juízo sobre o direito ou mesmo um efeito que, embora possa admitir decisão com sentido contrário, é incompatível com a situação de direito substancial tutelanda.”⁶

A busca pela efetividade da prestação jurisdicional carregada através da tutela de urgência satisfativa não poderia ser pretexto para a anular o princípio da segurança jurídica e do devido processo legal. Portanto, apenas seria possível o adiantamento da medida pleiteada provisoriamente desde que ao final seja ela reversível, caso entenda-se pelo melhor direito da parte contrária.

Tratando-se de tutela antecipada, há apenas a probabilidade do direito pleiteado de forma urgente e não sua certeza. Nas hipóteses que permitem a concessão de tutelas de urgência existem, pois, direitos contrapostos, sendo um mais provável que o outro. A preponderância de um, entretanto, não justifica o sacrifício por completo do que fora considerado improvável.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro. **Direito processual civil esquematizado**. Saraiva Educação SA, 2018.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela de Evidência: Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça**. [livro eletrônico]. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2017. 1. Ed. Em e-book baseada na 1. Ed impressa.



A mera improbabilidade do direito não poderia servir de pretexto para sua extinção definitiva através de uma mera cognição sumária dos fatos em tutela de urgência.

Assim, reitera-se que a imposição do requisito da reversibilidade encontra respaldo à luz dos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica, ambos tratados como direitos fundamentais na Constituição Federal no art. 5º, incisos XXXVI, LIV e LV.

2.2 Da mitigação do requisito da reversibilidade

Não obstante a previsão legal expressa do requisito da reversibilidade dos efeitos da decisão para concessão de tutelas de urgência antecipadas, tem-se que essa não pode ser compreendida como regra absoluta.

Conforme sedimentado por parte da doutrina e da jurisprudência dominante dos tribunais pátrios, há hipóteses em que o risco de dano a que está sujeito o autor da ação é qualificado e o fato de se obstar a concessão de medida de urgência apenas em razão de sua irreversibilidade material caracterizaria ofensa ao acesso efetivo à Justiça.⁷

Deste modo, preleciona o professor Elpídio Donizetti:

(...) existem situações nas quais, não obstante a irreversibilidade do provimento a ser concedido, a urgência é tão grave que a espera pela cognição exauriente é capaz de inviabilizar a própria utilidade da medida. É um caso de irreversibilidade para ambas as partes, na qual deve o julgador tender a proteger aquele que, não possuindo o bem da vida naquele momento, sofrerá maior impacto (...). Nesses casos, a jurisprudência entende plausível a mitigação desse requisito negativo, sob a égide do princípio da proporcionalidade.⁸

À luz do princípio da proporcionalidade e da efetividade da tutela jurisdicional, deve o julgador, pois, analisar a situação do caso concreto e identificar a plausibilidade de se mitigar o requisito da reversibilidade a fim de garantir o efetivo acesso à justiça do autor que se pretende valer de uma medida de urgência.

Cumpra, portanto, efetuar a ponderação entre os princípios que embasam a exigência da reversibilidade, ou seja, devido processo legal e segurança jurídica, e o

⁷ ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁸ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 252

direito ao acesso efetivo à justiça. São situações em que se valoram os interesses em discussão e sendo evidente o direito à tutela antecipada, seria indevida a vedação legal à sua concessão.

Nesta toada, Daniel Amorim Assumpção Neves aponta a comum utilização da terminologia doutrinária “irreversibilidade recíproca”, situação na qual há a irreversibilidade dos efeitos tanto do deferimento quanto do indeferimento da medida antecipatória.

Como exemplo dessa situação, o professor expõe o seguinte caso: um pedido de tutela antecipada feito na sexta-feira para proibir a veiculação de matéria jornalística em revista dominical já pronta para ser distribuída. Concedida a tutela antecipada, sacrificar-se-ia o direito da imprensa noticiar a matéria; não concedida, sacrificar-se-ia o direito à privacidade do autor. Ambas situações irreversíveis.⁹

Além deste cenário hipotético exposto acima, a maioria da doutrina, assim como ocorre na prática forense, aponta como exemplo situações de urgência qualificada que envolvem o Direito à Saúde.

Neste ponto, oportunas transcrições jurisprudenciais dos tribunais pátrios. Primeiramente, um julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reconhecendo a possibilidade de se mitigar o requisito da reversibilidade diante da irreversibilidade recíproca e do sopesamento dos direitos contrapostos:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. PARALISIA CEREBRAL. TRATAMENTO FISIOTERÁPICO PELO MÉTODO THERASUIT. TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA. PERIGO NA DEMORA. IRREVERSIBILIDADE RECÍPROCA. PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES. Há risco de irreversibilidade recíproca, sendo que o perigo de dano é muito maior à saúde e à vida da parte autora, ora agravante, caso não se trate da forma que necessita, do que o risco patrimonial que pode advir à ora agravada. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.056275-5/001, Relator(a): Des.(a) Rogério Medeiros, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/03/2018, publicação da súmula em 15/03/2018).¹⁰

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

¹⁰ TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.056275-5/001, Relator(a): Des.(a) Rogério Medeiros, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/03/2018, publicação da súmula em 15/03/2018. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10000170562755001>. Acesso em 08 de jun. de 2024.

Em seguida, expõe-se recente caso decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná que não envolve direito à saúde, mas sim o direito de investidores obterem acessos à documentos da empresa através de tutela antecipatória:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - TUTELA ANTECIPADA - CONTRATO DE MÚTUO CONVERSÍVEL EM PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - INVESTIDORES QUE DEVEM TER ACESSO AOS DOCUMENTOS DA EMPRESA PARA DECIDIR, CONSCIENTEMENTE, SOBRE A AQUISIÇÃO DAS COTAS DO CAPITAL SOCIAL ("FUMUS BONI IURIS") - PRAZO ESTIPULADO POR TEMPO DETERMINADO E PRÓXIMO DO FIM ("PERICULUM IN MORA") - IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA DECISÃO - MITIGAÇÃO - "IRREVERSIBILIDADE RECÍPROCA" - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO APENAS PARA REDUÇÃO DAS "ASTREINTES".
(TJPR - 5ª C.Cível - 0010076-67.2020.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR RENATO BRAGA BETTEGA - J. 26.01.2021).¹¹

Da leitura das ementas expostas acima, vislumbra-se que há hipóteses que será exigido do julgador a contraposição entre o perigo da irreversibilidade decorrente da concessão da tutela (art. 300, §3º, CPC) e o perigo de irreversibilidade decorrente justamente da não concessão da tutela.

Em virtude do exposto, pois, cumpre ao juiz ou órgão colegiado valer-se do princípio constitucional implícito da proporcionalidade e decidir acerca da possibilidade de se mitigar o requisito da reversibilidade previstos às tutelas antecipadas nas situações de urgências qualificadas. Nesse sentido pronunciou-se a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), através de seu Enunciado nº 25:

A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).¹²

Nesta senda, o presente trabalho terá como objetivo a busca de situações e casos padrões que demandam uma especial atenção do magistrado no que tange a

¹¹ TJPR - 5ª C.Cível - 0010076-67.2020.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR RENATO BRAGA BETTEGA - J. 26.01.2021. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/-4100000012793421/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0010076-67.2020.8.16.0000#>>. Acesso em 09 de jun. de 2024.

¹² ENFAM. SEMINÁRIO - **O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 03 de jun. de 2024

necessidade de se mitigar o requisito da reversibilidade previsto no art. 300, §3º do Código de Processo Penal, em observância à garantia do acesso à justiça.

2.3 Do requisito da reversibilidade na jurisprudência pátria

Não obstante ao fato do Código de Processo Civil de 2015 manter-se silente a respeito da possibilidade de flexibilização do requisito da reversibilidade, vislumbra-se em pesquisa jurisprudencial que os tribunais pátrios reconhecem tal necessidade muito antes de sua promulgação.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece há décadas o caráter não absoluto do requisito do perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, conforme estabelecido no julgamento do Recurso Especial 242.816/PR do ano de 2001, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro:

Antecipação de tutela - Artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil. O perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, salvo hipóteses especialíssimas, é óbice à sua concessão. (REsp 242.816/PR, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/05/2000, DJ 05/02/2001, p. 103).¹³

O julgado acima é claro ao estabelecer que existem hipóteses especialíssimas que permitem, de modo lógico, a flexibilização do requisito anteriormente previsto no art. 273, §2º do CPC/73, correspondente ao art. 300, §3º do CPC/15.

Citado entendimento fixou bases e precedeu diversos novos julgamentos no mesmo sentido do Superior Tribunal de Justiça nos anos subsequentes. Veja-se:

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO. ATROPELAMENTO. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO. A regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Recurso não conhecido. Recurso especial não conhecido. (REsp 408.828/MT, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2005, DJ 02/05/2005, p. 354).¹⁴

¹³ STJ - **REsp 242.816/PR**, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/05/2000, DJ 05/02/2001, p. 103. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/-324583>>. Acesso em 10 de jun de 2024.

¹⁴ STJ - **REsp 408.828/MT**, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2005, DJ 02/05/2005, p. 354. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/-GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200099791&dt_publicacao=02/05/2005>. Acesso em 10 de jun. de 2024.

Notam-se, pois, reiterados posicionamentos favoráveis do STJ à mitigação do requisito anteriormente previsto no art. 273, §2º, do CPC/73, consolidando o domínio deste entendimento jurisprudencial durante a vigência do código processual anterior.

Entretanto, em que pese a jurisprudência dominante, o Código de Processo Civil de 2015 manteve-se silente quanto a possibilidade de mitigação do requisito da reversibilidade. Assim, ainda incumbe aos julgadores adequar e flexibilizar tal pressuposto à prática conferindo eficiente prestação judicial aos jurisdicionados. Neste sentido, oportuna transcrição de comentários críticos por parte do professor Eduardo Avelar Lamy:

“De fato, no CPC de 2015 o legislador perdeu uma excelente oportunidade para autorizar a excepcionalidade de uma tutela definitiva, embora sumária, que cuidasse de tais situações de urgência mesmo na hipótese de irreversibilidade, a fim de que essa característica não seja justificativa para decisões absurdas de não tutela aos direitos.”¹⁵

Assim, em pesquisa de julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, vislumbra-se que o entendimento se mantém, sobretudo, em casos que envolvem o Direito à Saúde.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA DE URGÊNCIA. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO. CIMZIA. NEGATIVA ADMINISTRATIVA. PLANO DE SAÚDE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 300 DO CPC. DEFERIMENTO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.959.101 - MG (2021/0253814-0) DECISÃO (...)

Ademais, há risco de irreversibilidade recíproca, uma vez que o perigo de dano é muito maior à saúde e vida da parte agravada, caso não se trate da forma que necessita, do que o risco patrimonial que pode advir à agravante. Logo, estando presentes todos os requisitos legais, deve ser mantido o deferimento da tutela provisória de urgência. (fl. 646). (AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.959.101 - MG (2021/0253814-0), Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 21/8/2020).¹⁶

Neste ponto, faz-se necessária especial análise acerca da influência das demandas relacionadas ao direito à saúde.

¹⁵ LAMY, Eduardo Avelar. **Tutela provisória**. Atlas: São Paulo, 2018. p. 69

¹⁶ STJ – **Ag Resp. Nº 1.959.101 - MG (2021/0253814-0)**, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 21/8/2020). Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/-justica/jurisprudencia.asp?valor=202102538140>>. Acesso em 11 de jun. de 2024.

Em leitura às obras de conceituados processualistas brasileiros, extrai-se comum a utilização de exemplos práticos assimilados ao direito à saúde buscando ilustrar situações que ocasionam a já tratada irreversibilidade recíproca.

Nesta toada, novamente recorre-se aos ensinamentos dos professores Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira:

“Basta pensar que a cirurgia realizada em determinado paciente, por força de decisão judicial antecipatória de tutela, não pode ser faticamente revertida, isto é, não é possível, ao menos em tese, desfazer aquilo que foi feito no paciente.

Contudo, admitir que a irreversibilidade da medida, nesse caso, constitui óbice à sua concessão, pode ensejar, por exemplo, o agravamento do estado de saúde do autor, também paciente, ou mesmo o seu falecimento, de modo que, ao final do processo, quando proferida a provável sentença de procedência, determinando que se faça a cirurgia, tal providência poderá ser inútil.”¹⁷

Quando analisada conjuntamente à jurisprudência dominante dos tribunais pátrios, vislumbra-se que não é em vã a frequente utilização doutrinária dos exemplos médicos a fim de traçar paralelismo com a irreversibilidade recíproca.

Sopesados a fundamentalidade do direito à saúde e o frequente desamparo estatal na efetivação desse, o pedido de tutelas de urgência antecipadas se demonstra intrínseco à grande maioria das demandas judiciais voltadas para saúde.

Corolário, pois, à judicialização da saúde, são inúmeros os exemplos jurisprudenciais de situações que prescindem a utilização do princípio da proporcionalidade pelo magistrado, a fim de mitigar o requisito da reversibilidade, a fim de resguardar o direito fundamental à saúde em sede antecipada.

De outro norte, é de suma importância o impedimento à banalização do requisito da reversibilidade, seja nas demandas de saúde, seja em qualquer outra. Tal exigência resguarda princípios corolários à segurança jurídica e ao devido processo legal.

Ocorre que, diante de todo entendimento exposto ao longo do presente trabalho, em consonância à majoritários posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, alguns tribunais vêm flexibilizando de forma indiferente e genérica o requisito da reversibilidade, sobretudo em demandas da saúde.

¹⁷ ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

3 RESULTADOS

Não obstante a necessidade de mitigação do requisito objeto de análise em diversas hipóteses, consideradas verdadeiras exceções, como já sustentado durante todo este trabalho, a reversibilidade dos efeitos das decisões antecipadas ainda deve ser regra geral a ser seguida.

Devem ser analisadas minuciosamente as peculiaridades do caso concreto e sopesados os direitos contrapostos para então, a partir de um juízo de razoabilidade, decidir sobre a prevalência ou não do requisito previsto no art. 300, §3º, do CPC.

Portanto, não basta apenas que o direito pleiteado em sede de tutela de urgência envolva a saúde para o deferimento do provimento irreversível. É necessária a prevalência qualificada do direito que se busca antecipação em detrimento do próprio direito que o contrapõe, além do princípio da segurança jurídica.

Veja-se que a concessão de medidas antecipadas irreversíveis embasadas apenas em juízo de cognição sumária exige extrema cautela do magistrado. Justamente, por se tratar de provimento com efeitos que não poderão ser alterados quando exaurida a cognição dos fatos é que a concessão destas tutelas deverá ocorrer de maneira excepcionalíssima.

Reitera-se, pois, a impossibilidade de deferimento de tutelas provisórias antecipadas irreversíveis apenas pelo fato destas versarem acerca do direito à saúde. Há casos que, mesmo o pedido de tutela objetivando de forma urgente a obtenção de direito à saúde, à luz do princípio da proporcionalidade, não deverá ser concedida quando irreversível os efeitos do provimento. Assim entende o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PLANO DE SAÚDE – TUTELA DE URGÊNCIA – NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIAS PÓS BARIÁTRICA – CARÁTER ELETIVO – INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO MÉDICA, ATESTANDO A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO IMEDIATA DOS PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS - PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO PLEITO ANTECIPATÓRIO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DO ART. 300, DO NCPC - DECISÃO MANTIDA.RECURSO DESPROVIDO.
(TJPR - 10ª C.Cível - 0008404-87.2021.8.16.0000 - São José dos Pinhais - Rel.: DESEMBARGADOR LUIZ LOPES - J. 29.11.2021).¹⁸

¹⁸ TJPR - 10ª C.Cível - **0008404-87.2021.8.16.0000** - São José dos Pinhais - Rel.: DESEMBARGADOR LUIZ LOPES - J. 29.11.2021. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/-4100000016717251/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0008404-87.2021.8.16.0000>>. Acesso em 06 de jun. 2024.

No acórdão acima, a 10ª Câmara Cível do TJPR decidiu pela manutenção da decisão que indeferiu a tutela de urgência pleiteada buscando a cobertura de cirurgia pós bariátrica pelo plano de saúde, considerando o caráter eletivo desta e sua irreversibilidade.

Dessa forma, apesar das demandas judiciais de saúde gozarem da posição de maior exemplo permissivo - jurisprudencial e doutrinário - no que tange a possibilidade de se abrandar o requisito da reversibilidade das tutelas antecipadas, sustenta-se que tal relativização não pode ocorrer de modo desarrazoado, observando as peculiaridades de cada caso em concreto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante todo o exposto, depreende-se que existem situações práticas em que a integral observância do requisito da reversibilidade dos efeitos da decisão previsto no art. 300, §3º do Código de Processo Civil poderá colocar em risco a efetividade das tutelas antecipadas e o direito constitucional de acesso à justiça.

Conforme visto, as tutelas de urgência são instrumentos processuais de extrema relevância prática, sobretudo na proteção de direitos fundamentais. Tratam-se de medidas que visam distribuir o ônus da demora processual, possibilitando ao juiz conceder de modo antecipado o que só seria provido ao final da demanda ou determinar medidas necessárias para assegurar e garantir a eficácia do provimento principal.

O Código de Processo Civil de 2015, em consonância ao entendimento jurisprudencial da época, trouxe diversas inovações para as tutelas provisórias. Dentro das tutelas de urgência antecipadas, o legislador reformulou a previsão textual do requisito da reversibilidade, passando a exigir – de forma acertada - a reversibilidade dos efeitos da decisão, ao invés da “reversibilidade do provimento”, conforme código anterior (CPC/73).

A cognição sumária que permite a concessão de uma tutela de urgência não justifica, porém, a extinção de forma definitiva de um direito contrário. Não seria plausível a concessão de medidas irreversíveis fundadas exclusivamente na probabilidade de um direito. A busca pela efetividade da prestação jurisdicional não pode servir de pretexto para a anular o princípio da segurança jurídica e do devido processo legal. Dessa forma, portanto, o legislador veda a concessão de medidas

provisórias que não possam ter seus efeitos revertidos após a cognição exauriente da causa.

Todavia, a interpretação literal e absoluta do requisito previsto no art. 300, §3º, do CPC, pode ensejar na prática a deterioração ou perda de direitos que não se justificam em favor da segurança jurídica, à luz do princípio da proporcionalidade.

Há casos, conforme exposto no decorrer do trabalho, que demandam excepcional tratamento, com base na garantia do acesso à justiça, do aplicador do direito. Amoldando-se em hipótese de conflito aparente de princípios, cumprirá ao juiz da causa decidir pela prevalência daqueles que fundamentam a exigência da reversibilidade ou dos que sustentam o direito material pleiteado em juízo.

Dentro desse complexo cenário, as demandas judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde tornam-se maior exemplo da necessidade de se flexibilizar o requisito da reversibilidade na busca pelo acesso à justiça. Não são raros os casos em que são pleiteados de forma urgente a concessão de medicamentos e a prestação de procedimentos irreversíveis.

Assim, em que pese a ausência de previsão legal, a jurisprudência pátria vem dispensando a condição de reversibilidade dos efeitos do provimento, com base em prol da efetivação de direitos que prevaleceriam à luz do princípio da proporcionalidade.

Não se pode perder de vista, porém, a primordialidade do requisito ora estudado para a também efetivação dos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica. Devendo, pois, ser reiterado que a mitigação da condição de reversibilidade dos efeitos da tutela provisória de urgência deverá ocorrer sempre em caráter excepcional.



REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. Direito processual civil. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2020. Volume 01, p. 787.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2020. Volume 01. p. 788

CORRÊA, F. P. G.. Fungibilidade entre tutela de urgência e tutela de evidência: intersecção entre processos sumários com função cautelar e decisória. Revista de Processo. Vol. 270, p. 141-169, Ago. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2017.
DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de Direito Processual Civil. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 252.

FRIEDE, Roy Reis. Aspectos fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de segurança, Ação Cautelar, Tutela Específica, Tutela Antecipada. 1ª ed. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1993, pg. 106.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro. Direito processual civil esquematizado. Saraiva Educação SA, 2018.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 59. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LAMY, Eduardo Avelar. Tutela provisória. Atlas: São Paulo, 2018. p. 69

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência: Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça. [livro eletrônico]. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2017. 1. Ed. Em e-book baseada na 1. Ed impressa.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado [livro eletrônico-- 7. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Pag. 271.

MASSON, Nathalia. Manual de direito constitucional. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, p. 186-187, 2015.



NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Direito Processual Civil. Vol. Único. São Paulo, Método, 2016. P. 647.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes et al. Mediação como prevenção à judicialização da saúde: narrativas dos sujeitos do Judiciário e da saúde. Escola Anna Nery, v. 23, n. 2, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-81452019000200229&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em 14 de jun. de 2024.

SCHULZE, Clenio Jair. Judicialização da saúde: os números na pandemia. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/judicializacao-da-saude-os-numeros-na-pandemia-29112021>>. Acesso em 11 de jun. 2024.

SCHULZE, Clenio Jair. Números de 2019 da judicialização da saúde no Brasil. Empório do Direito, São Paulo, 2 set. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2XR1Zf2>. Acesso em 16 de jun. 2024.



ALIENAÇÃO PARENTAL: ORIGEM CONCEITUAL E REPERCUSSÕES PRÁTICAS

PARENTAL ALIENATION: CONCEPTUAL ORIGIN AND PRACTICAL REPERCUSSIONS

Laís de Carvalho Lapa¹

Resumo: O presente trabalho dedica-se à compreensão do conceito de Alienação Parental, sua incorporação e aplicabilidade no contexto brasileiro, problematizando a capacidade da intervenção do Direito na solução dos conflitos familiares e no impedimento à prática dos abusos psicológicos contra as crianças e adolescentes. A análise parte da identificação da origem conceitual da Alienação Parental e aborda, fundamentalmente, os aspectos ligados à efetiva aplicação da Lei n.º 12.318/2010, considerando tanto as elaborações críticas ao seu respeito, quanto os benefícios da Lei da Alienação Parental do ponto de vista da proteção concreta dos direitos das crianças e dos adolescentes. O estudo aponta, ao final, para a importância da necessária articulação entre os diferentes campos do saber, na perspectiva de zelar pela aplicação efetiva e coerente da Lei da Alienação Parental.

Palavras-Chave: alienação parental, direito, criança e adolescente.

Abstract: The present work is dedicated to the understanding of the concept of Parental Alienation, its incorporation and applicability in the Brazilian context, questioning the capacity of intervention of Law in the solution of family conflicts and preventing the practice of psychological abuse against children and adolescents. The analysis starts from identifying the conceptual origin of Parental Alienation and fundamentally addresses the aspects linked to the effective application of Law n.º 12,318/2010, considering both the critical elaborations regarding it and the benefits of the Parental Alienation Law of point of view of concrete protection of the rights of children and adolescents. The study points, in the end, to the importance of the necessary articulation between the different fields of knowledge, in the perspective of ensuring the effective and coherent application of the Parental Alienation Law.

Keywords: parental alienation, law, child and teenager.

1. INTRODUÇÃO

O artigo apresentado a seguir coloca em estudo a Lei da Alienação Parental e, para tanto, será analisada a origem do conceito da Alienação Parental no pensamento de Richard Gardner, seu proponente, como também serão tomadas em consideração a posição crítica da jurista Maria Clara Sottomayor e a ponderação da juíza Andréa Pachá.

¹ Bacharela em Direito e Pós-graduada em Direito de Família, Sucessões e Gênero pela Universidade Católica de Pernambuco, Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Pernambuco e Colaboradora na Defensoria Pública do Distrito Federal.

Ao lado desses referenciais iniciais, aborda-se a incorporação e aplicação da Lei da Alienação Parental no contexto brasileiro através dos próprios textos de lei, das contribuições da psicóloga e pesquisadora Analícia Martins de Sousa, de matérias específicas sobre o tema publicadas pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e, ainda, das considerações feitas da jurista Camila Cabral em reunião promovida pelo Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas - CONREP, acrescendo, ao final, observações da psicanalista Rosa Maria Marini Mariotto.

Ao longo do percurso de estudo, procura-se identificar, detalhadamente, tanto as contribuições críticas, quanto aquelas que apontam para os benefícios da Lei da Alienação Parental, a fim de que sejam considerados, na medida do possível, todos os aspectos que a colocam sob interrogação, sem perder de vista a premente necessidade de estudos que possam contribuir com a leitura interdisciplinar da Lei da Alienação Parental a partir de uma fundamental articulação do campo do Direito com outras diferentes áreas do saber.

2. A ORIGEM DO CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

De antemão, coloca-se a tarefa de situar a origem etimológica da palavra alienação, bem como identificar os sinônimos que ela foi ganhando pelo seu uso ao longo do tempo até que, num passo seguinte, seja possível abordar o entendimento acerca do conceito de Alienação Parental, propriamente dito, dentro da especificidade do campo ora trabalho, isto é, o campo do Direito.

Do ponto de vista etimológico, a palavra alienação vem do latim *alienare*, que significa "tornar alguém alheio a alguém" e que carrega os seguintes sentidos, nos termos do Dicionário Online de Português:

Significado de Alienação. substantivo feminino. Transferência de propriedade ou de direito: alienação de bens. Resultado do abandono ou efeito da falta de um direito: alienação paterna. [Informal] Desinteresse por questões políticas ou sociais: alienação política. [Psicologia] Perda da razão; loucura: alienação mental. [Psicologia] Estado da pessoa que, tendo sido educada em condições sociais determinadas, se submete cegamente aos valores e instituições dadas, perdendo assim a consciência de seus verdadeiros problemas. [Psicologia Patologia] No desenvolvimento de um sintoma clínico algumas pessoas ou situações comuns tornam-se estranhas ou perdem sua natureza familiar. [Filosofia] Segundo o hegelianismo, momento em que a consciência se torna desconhecida a si própria ou a sua própria essência. Ação ou efeito de alienar: alienação de uma propriedade. Expressão. Alienação Fiduciária. Contrato entre o devedor (fiduciante) e o credor (fiduciário) em que a posse do bem só é transferida pelo credor ao devedor, após o pagamento completo

do valor em dívida. **Alienação Parental. Situação em que um dos progenitores é impedido de estar com o(s) filho(s), sendo afastado do convívio com a criança.**² (grifos nossos).

Sendo a fonte um dicionário e não uma obra no campo do Direito, a definição ali encontrada de Alienação Parental é insuficiente e superficial para a análise aqui pretendida, razão pela qual considerar-se-á o conjunto de sinonímias de uma maneira geral, sem, porém, atribuir relevância à definição de Alienação Parental acima exposta. Para abordar formalmente esta expressão - que acabou por ganhar relevância porque permitiu reconhecer e nomear um fenômeno já preexistente nos conflitos familiares e disputas pelos filhos - no campo do Direito, será situada a sua origem histórica.

O emprego da expressão Alienação Parental foi proposto pela primeira vez em 1985, pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, com a criação da nomenclatura Síndrome da Alienação Parental (SAP) para descrever as situações por ele denominadas como “distúrbios” vivenciados por crianças e adolescentes no contexto dos conflitos familiares. Nos termos do próprio psiquiatra, em manuscrito não-publicado e intitulado O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?:

Nesse distúrbio vemos não somente a programação (“lavagem cerebral”) da criança por um genitor para denegrir o outro, mas também contribuições criadas pela própria criança em apoio à campanha denegritória do genitor alienador contra o genitor alienado. Por causa da contribuição da criança, não considere que os termos lavagem cerebral, programação ou outra palavra equivalente pudessem ser suficientes. Além disso, observei um conjunto de sintomas que aparecem tipicamente juntos, um conjunto que garantiria a designação de síndrome. De acordo com isso, introduzi o termo Síndrome de Alienação Parental para abranger a combinação desses dois fatores, os quais contribuem para o desenvolvimento da síndrome (Gardner, 1985a). De acordo com o uso desse termo, sugiro a seguinte definição da Síndrome de Alienação Parental: A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. É importante notar que a doutrinação de uma criança através da SAP é uma forma de abuso – abuso emocional - porque pode razoavelmente conduzir ao enfraquecimento progressivo da ligação psicológica entre a criança e um genitor amoroso. Em

² ALIENAÇÃO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2009-2022. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/alienacao>>. Acesso em: 03/01/2022.

muitos casos pode conduzir à destruição total dessa ligação, com alienação por toda a vida. Em alguns casos, então, pode ser mesmo pior do que outras formas de abuso - por exemplo: abusos físicos, abusos sexuais e negligência. Um genitor que demonstre tal comportamento repreensível tem uma disfuncionalidade parental séria, contudo suas alegações são a de que é um genitor exemplar. Tipicamente, têm tanta persistência no seu intento de destruir o vínculo entre a criança e o genitor alienado, que se torna cego às consequências psicológicas formidáveis provocadas na criança, decorrentes de suas instruções de SAP – não apenas no presente, em que estão operando essa doutrinação, mas também no futuro (GARDNER, 2002).

Apesar de considerar que as práticas do que hoje se denomina Alienação Parental remontam à própria existência de relações familiares conflituosas, a criação do conceito, propriamente dito, situa-se na supracitada formulação da teoria proposta por Richard Gardner. Mas o que se pode observar quando da leitura do próprio autor/criador do termo Síndrome da Alienação Parental?

Considera-se, aqui, a existência de um eco e reconhecimento imediatos na descrição feita por Richard Gardner pelo simples fato de que ele traz na sua narrativa a “nomeação” de um fenômeno dramático e preexistente, constatado pelos operadores do direito no contato com as famílias que vivenciam os processos judiciais. Trata-se da complexidade de uma das manifestações de conflitos familiares que está posta na realidade, isto é, os abusos psicológicos (e outros) cometidos por pais e mães contra os(as) próprios(as) filhos(as).

É de se compreender que a denominação da SAP tenha sido rapidamente assumida no campo do Direito por servir como instrumento jurídico àqueles operadores do direito, na tentativa de contar com um recurso normatizado que pudesse vir a fazer face às demandas judiciais envolvendo conflitos desta natureza, antes não nomeados. Apesar de todo eco à teoria proposta por Richard Gardner, acompanha-se ao longo da história da prática do Direito os acertos e desacertos na interpretação e resolução dos conflitos judicializados, bem como na produção da legislação brasileira.

Nesse sentido, e, particularmente no que se refere à Lei da Alienação Parental no Brasil - que será vista mais adiante -, parte-se do pressuposto segundo o qual podem ser cometidos erros e acertos na sua formulação, bem como usos e abusos na sua aplicação. Por esta razão, considera-se, aqui, a importância do permanente exercício daquilo que costuma-se chamar “hermenêutica da desconfiança”, no sentido da adoção de uma posição crítica quanto à origem e destinação da Lei n.º 12.318/2010, a fim de que, em uma perspectiva construtiva, a atenção esteja voltada

à efetiva garantia dos direitos das crianças e adolescentes para que estes não sejam postos em risco.

Nessa perspectiva, recorrer-se-á às considerações de relevância feitas pela jurista, professora portuguesa e antiga magistrada do Tribunal Constitucional, Maria Clara Sottomayor, tanto a respeito da própria teoria da Síndrome da Alienação Parental, quanto das suas bases e perfil de quem a formulou. Em artigo intitulado Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família, Sottomayor faz a seguinte ponderação:

Esta teoria foi elaborada, em 1985, por RICHARD GARDNER, um médico americano que fazia trabalho não pago na Universidade de Columbia, como voluntário, e que utilizava o título de Professor da mesma Universidade, atribuído pela própria Universidade, por cortesia. Com efeito, GARDNER nunca leccionou efectivamente na Universidade de Columbia, mas a utilização do título permitiu-lhe aproveitar-se do prestígio desta instituição universitária para conferir ao seu trabalho, nas editoras e revistas em que publicou artigos, um reconhecimento académico que, de facto, não tinha, e para se apresentar, diante dos Tribunais, como um especialista. Esta teoria nunca foi aceite nos EUA, com o valor de precedente judiciário, mas continua a funcionar como uma sedução para os Tribunais, nalguns países, e também em Portugal, como veremos, porque oferece soluções fáceis e lineares para resolver problemas complexos, simplificando o processo de decisão, nos casos geradores de mais angústia para quem tem a responsabilidade de decidir. Contudo, esta tese assenta em raciocínios circulares e a sua taxa de erro é elevada, introduzindo opiniões subjectivas na investigação e na avaliação dos factos, sendo, portanto, aconselhável que os Tribunais decidam cada caso com base nos seus próprios factos, ouvindo a criança e tratando-a como uma pessoa dotada de sentimentos pessoais, que devem ser respeitados. É sempre mais sensato não copiar automaticamente as modas de outros países, sobretudo, teorias, como a da síndrome de alienação parental, que produziram efeitos perversos e já foram rejeitadas nos países em que foram criadas. Tem sido denunciado, nos EUA, que a teoria de GARDNER, fazendo crer que se verifica uma epidemia de denúncias falsas de abuso sexual de crianças, nos processos de divórcio, ao contrário do que indicam os estudos sobre o tema, e tornando patológico o exercício de direitos legais por parte da mulher que defende os seus filhos, contribuiu para a desvalorização da palavra das crianças e para a invisibilidade da violência contra mulheres e crianças, assumindo um significado ideológico muito claro: a menorização das crianças e a discriminação de género contra as mulheres. Conforme afirma a Organização Nacional de Mulheres contra a Violência (NOW), nos EUA: "(...) o psiquiatra GARDNER criou o conceito de SAP e os advogados utilizam-no, na justiça, como uma estratégia defensiva dos agressores de mulheres e dos predadores sexuais, como forma de explicar a rejeição da criança em relação a um dos progenitores ou para invalidar alegações de violência ou de abuso sexual contra este progenitor, deslocando a culpa para o progenitor protector (grifos nossos) (SOTTOMAYOR, 2011, p.75-76).

Face à análise de Sottomayor, que permite compreender um pouco melhor o contexto de criação do conceito da Síndrome da Alienação Parental, duas questões chamaram mais atenção. A primeira delas situa-se no plano da indagação: haveria

porque refutar a afirmação de que, sim, a tese da alienação parental pode servir como escudo, utilizado por pessoas denunciadas pela prática de abuso sexual contra crianças, gerando, assim, a reprodução, invisibilizada, da violência contra mulheres e crianças? A segunda questão diz respeito à ausência de consistência na tese da Alienação Parental que, por sua vez, como afirmou a jurista, gera opiniões subjetivas na investigação e avaliação dos fatos.

Mas, mais do que as indagações que vão se colocando na medida da inserção neste campo de estudo - em relação às quais não pretende-se apresentar respostas precisas e imediatas, especialmente, porque trata-se de posicionamento em formação -, Sottomayor faz um detalhamento sobre o perfil, propriamente dito, do criador do conceito da SAP, em tópico por ela intitulado Origem sexista e pró-pedófila das teses de GARDNER, através do qual a autora faz críticas às contundentes afirmações de Richard Gardner tanto em trabalhos por ele mesmo publicados, quanto em entrevistas ao jornal online britânico Independent, em 2003. Vejamos:

GARDNER criou as suas teses para defender ex-combatentes acusados de violência contra as mulheres e/ou de abuso sexual dos filhos, tendo feito a sua carreira profissional como perito, em processos de divórcio ou de regulação das responsabilidades parentais, a defender homens acusados de abusar sexualmente dos seus filhos, através da estratégia de desacreditar as vítimas para inverter as posições e transformar o acusado em vítima. As teorias de GARDNER têm uma origem sexista e pedófila, na medida em que o seu autor, em trabalho publicado em 1992, intitulado “True and false accusations of child sex abuse”, entendia que as mulheres eram meros objectos, receptáculos do sêmen do homem, e que as parafilias, incluindo a pedofilia estão ao serviço de exercitar a máquina sexual para a procriação da espécie humana. Na verdade, a SAP revelou ser uma interpretação misógina da recusa da criança em conviver com o progenitor não guardião, que presume a maldade, o egoísmo e a irracionalidade das mulheres, gerando situações de risco para as crianças e provocando um retrocesso nos direitos humanos das mulheres e das crianças. RICHARD GARDNER, nas primeiras edições dos seus trabalhos, mostrava ser tolerante com a pedofilia e com o abuso sexual de crianças, tendo feito afirmações públicas no mesmo sentido, divulgadas pelo Independent: «A pedofilia, acrescentou GARDNER, “é uma prática generalizada e aceite entre literalmente biliões de pessoas”. Interrogado, novamente, por um entrevistador sobre o que devia fazer uma mãe, se a sua filha se queixasse de abuso sexual por parte do pai, Gardner respondeu: “O que deve ela dizer? Não digas isso sobre o teu pai. Se o disseres, eu bato-te”. No seu livro auto-publicado, intitulado True and False Allegations of Child Sexual Abuse, GARDNER adoptava o discurso legitimador e desculpabilizante da pedofilia, afirmando que “o incesto não é danoso para as crianças, mas é, antes, o pensamento que o torna lesivo, citando Shakespeare: “Nada é bom ou mau. É o pensamento que o faz assim”. “Nestas discussões, a criança tem que perceber que, na nossa sociedade Ocidental, assumimos uma posição muito punitiva e moralista sobre encontros sexuais adulto-criança”. “O pai abusador tem que ser ajudado a dar-se conta de que, a pedofilia foi considerada a norma pela vasta maioria dos indivíduos na história do mundo. Deve ser ajudado a perceber

que, ainda hoje, é uma prática generalizada e aceite entre literalmente biliões de pessoas”. GARDNER afirmava, ainda, contrariando todos os conhecimentos científicos sobre o sofrimento das vítimas, que qualquer dano causado pelas parafilias sexuais não é o resultado das parafilias em si mesmas, mas sim do estigma social que as rodeia: “O determinante acerca de saber se a experiência será traumática é a atitude social em face desses encontros», defendendo que «as actividades sexuais entre adultos e crianças são “parte do repertório natural da actividade sexual humana”, uma prática positiva para a procriação, porque a pedofilia “estimula” sexualmente a criança, torna-a muito sexualizada e fá-la “ansiar” experiências sexuais que redundarão num aumento da procriação.» Trata-se de uma concepção, que considera a criança objecto dos adultos, nega o seu sofrimento e os efeitos negativos, a longo prazo, na vida das crianças, com alterações do seu equilíbrio bio-psicológico para sempre. Esta visão do abuso sexual ignora as várias fases do desenvolvimento do ser humano e as necessidades específicas das crianças, assim como o direito da criança ao livre desenvolvimento da personalidade. As afirmações de GARDNER significam uma crença numa sociedade patriarcal assente na propriedade do homem, como chefe de família, sobre as crianças e as mulheres, e numa aprovação da pedofilia, ideologia que nega à criança o estatuto de pessoa autónoma e livre, considerando-a um objecto dos adultos do sexo masculino, submetido ao poder e livre arbítrio destes. GARDNER terá tido, na hora da morte, sentimentos de culpa, tendo-se suicidado de forma violenta, esfaqueando-se a si mesmo, conforme informa a imprensa norte-americana, com base no relatório da autópsia publicado no New York Times (SOTTOMAYOR, 2011, p.83-85).

A longa citação acima transcrita se fez necessária para que seja possível dimensionar os elementos de base que nem sempre são publicamente conhecidos ou trabalhados por aqueles que, hoje, se valem do instrumento jurídico da Alienação Parental. Apesar de se tratar de um fenómeno real e para o qual o campo do Direito deve, de fato, fazer um enfrentamento em nome da proteção às crianças e adolescentes, o uso da Lei pode ter uma destinação extremamente adversa, se considerar-se o desvirtuamento existente na condução dada pelo próprio criador da expressão Síndrome da Alienação Parental - e, portanto, na própria origem -, acima detalhada.

Apesar disso, são reais as manifestações de sofrimento e as marcas carregadas por crianças e adolescentes contra os quais se pratica abuso psicológico, tratando-se de um fenómeno que, sem sombra de dúvida, demanda a prontidão do campo do Direito em função dos graves danos que lhes são inerentes. Desse modo, percebe-se na história legislativa brasileira que, após tal fenómeno ganhar denominação, o passo seguinte foi propor uma lei que pudesse impedir as drásticas consequências que recaem subjetivamente sobre crianças e adolescentes, às vezes para toda a vida, razão pela qual foi criada a citada Lei de Alienação Parental - Lei n.º 12.318/2010.

A respeito da intensificação do debate em torno do tema da Alienação Parental no contexto brasileiro, considera-se importante trazer as ponderações feitas pela juíza e escritora brasileira Andréa Pachá, em entrevista concedida à Rádio CBN, em janeiro de 2017. Vejamos:

Esse assunto é, aparentemente, um assunto novo porque, até muito pouco tempo atrás, não se falava em Alienação Parental. As pessoas sentiam esse incômodo, esse mal-estar, esse dano, mas não tinha um nome para esse fenômeno. Depois que esse nome foi criado, foi promulgada uma Lei para combater a Alienação Parental, para afirmar o direito dos filhos ao convívio com o pai e com a mãe... Esse fenômeno passou a ser encarado de uma maneira mais próxima. Então, muitas pessoas que não identificavam a Alienação Parental passaram a identificá-la e é muito recente na nossa história essa disputa pela convivência com os filhos porque, não custa lembrar, que, até a Constituição de 1988, muitos homens... aliás, os homens que eram casados não podiam reconhecer os filhos fora do casamento porque o que se prestigiava era o casamento e não a relação parental. Então, depois que você igualou os filhos em direitos e obrigações, que você afirma o afeto como elemento fundamental para o Direito de Família, é natural que você prestigie o convívio com a mãe e com o pai. (...) Os relatos dos filhos, tanto dos filhos que são vítimas de alienação parental, quanto dos filhos que passam a infância submetidos à pressão da justiça, os relatos são tristíssimos. Eu sugiro aos pais que se encontram no meio de um conflito dessa natureza que procurem se inteirar dos relatos das crianças e dos adolescentes que já passaram por esse drama e tentem poupar os filhos na medida do possível dessa tragédia que é acordar e dormir se sentindo responsável pela falta de amor do pai e da mãe (PACHÁ, 2017).

Feitas essas considerações, é possível reconhecer a rápida adesão à nomenclatura Alienação Parental e à iniciativa em torno da formulação de uma Lei que oferecesse instrumentos para o seu combate e, portanto, para a proteção integral das crianças e adolescentes. Nesse sentido, tem-se, hoje, a Lei n.º 12.318, promulgada em 2010 - chamada Lei da Alienação Parental - que objetiva indicar, de modo exemplificativo, as posturas caracterizadas como alienatórias e sugerir instrumentos na tentativa de inibir a sua prática. Do ponto de vista da definição da Alienação Parental e dos exemplos da sua prática, a Lei n.º 12.318 de 26 de agosto de 2010 (Lei da alienação Parental) se apresenta nos seguintes termos:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
 - II - dificultar o exercício da autoridade parental;
 - III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
 - IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
 - V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
 - VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
 - VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.
- Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda (BRASIL, 2010).

A partir do exposto até aqui e com base nas considerações acima trabalhadas acerca da origem do conceito de Alienação Parental, parte-se para a etapa seguinte deste trabalho, através da qual pretende-se compreender qual a distância existente entre a sua adesão através da formulação e rápida promulgação da Lei n.º 12.318/2010 e a operação prática deste instrumento jurídico, considerando o seu alcance na efetiva proteção às crianças e adolescentes e as adversidades eventualmente constatadas no seu emprego.

3. INCORPORAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL NA REALIDADE BRASILEIRA

Partindo das considerações conceituais trabalhadas no tópico anterior e das indagações a partir delas surgidas, serão feitas algumas ponderações com a perspectiva de aprofundar a compreensão a respeito dos efeitos concretos da incorporação e da aplicação da Lei da Alienação Parental no Brasil (Lei n.º 12.318/2010). Ressalta-se, de início, que, para fazer uma apreciação séria e comprometida, é preciso se debruçar na análise detalhada de todas as críticas apresentadas, assim como apreciar todos os benefícios da referida Lei - mesmo porque, para a sua própria defesa, é preciso considerar todos os aspectos que a coloquem sob interrogação.

É inquestionável a grande relevância do recurso legal destinado à proteção das crianças e adolescentes contra as práticas abusivas às quais são recorrentemente submetidas - a exemplo da Alienação Parental como uma forma real de violência

psicológica existente no universo familiar -, razão pela qual é preciso dispor de um instrumento no campo do Direito capaz de assegurar uma intervenção eficiente com vistas à interrupção da prática danosa nomeada Alienação Parental.

Nesse sentido, acredita-se no potencial da Lei da Alienação Parental para a proteção das crianças e adolescentes e para a convocação dos pais quanto às responsabilidades que lhe são inerentes, bem como para a elaboração de um regime de convivência que seja minimamente seguro e saudável para os(as) filhos(as) inseridos(as) em contextos familiares conflituosos - seja esta convivência assistida ou não, temporariamente.

Ao mesmo tempo, é preciso reconhecer os argumentos críticos trazidos à Lei n.º 12.318/2010 (e não esgotados nesta ocasião). Cada vez mais, no contexto brasileiro, o tema da Lei da Alienação Parental tem sido objeto de intensos debates, em torno dos quais se discute a serviço de quem ela realmente está - se, de fato, à proteção infanto-juvenil ou se em seu prejuízo -, colocando-se em pauta, inclusive, discussões acerca da sua revisão ou revogação.

De plano, uma das questões suscitadas criticamente diz respeito à superprodução legislativa e à importância da mínima intervenção Estatal como barreira necessária à preservação da intimidade do ambiente familiar, assim como ao argumento de que a proteção à criança e ao adolescente já encontra amparo em outras legislações pré-existentes, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a caracterizar a desnecessidade de lei específica sobre a matéria em referência.

Acompanha-se, aqui, o raciocínio segundo o qual a família é um espaço de realização pessoal e que pode ser constituída em múltiplos formatos, cabendo ao Estado a função de promover a proteção das pessoas que a integram. Nessa mesma direção, caminha o posicionamento das professoras e pesquisadoras Renata Vilela Multedo e Maria Celina Bodin de Moraes - ainda que a respeito, especificamente, de assunto diverso, relacionado às uniões civis -, quando realizaram estudo a respeito do conceito de paternalismo libertário, marcadamente crítico à intervenção sem limites do Estado nas relações familiares, representando um excesso e pondo em risco as liberdades pessoais, conformadas pela solidariedade familiar. De acordo com estas pesquisadoras, citando o autor João Baptista Vilella em artigo intitulado A privatização do casamento:

O Estado deve cumprir seu papel promocional por meio de uma tutela que não implique, necessariamente, intervenção. O Código Civil, aliás, prevê no seu art. 1.513 o que se poderia denominar de cláusula geral de reserva de intimidade, que tem como norte as diretivas gerais constitucionais, com o objetivo de implementar condições para o desenvolvimento das personalidades e da dignidade de cada um dos cônjuges e conviventes no espaço relacional. Como já se disse, a genialidade estaria em “diminuir o coeficiente de direito – leia-se: de autoridade, invasão e arbítrio – e elevar o de família – leia-se: de liberdade e de criação” [...] Cumpre destacar que não se busca defender a completa ausência do Estado; buscam-se, sim, **as intervenções que sejam garantidoras dos espaços de autodeterminação, de modo a que a autonomia existencial se realize plenamente** (grifos nossos) (MULTEDO, MORAES, 2016, p.7-8).

O paternalismo libertário, portanto, na concepção defendida pelas autoras, representaria um caminho para alcançar a liberdade dos indivíduos na busca solidária pela realização digna pessoal e familiar. Apesar, contudo, de alinhar-se a esta posição, é preciso destacar a relevância da referência exemplificativa feita ao final do artigo quanto às normas da Lei Maria da Penha, quando as autoras ressaltam que “nem sempre a liberdade de escolha pode prevalecer”, devendo-se compatibilizar o Direito de Família com a realidade social, marcada por uma formação sociohistórica de violência e de desigualdade de gênero.

Considera-se, aqui, que, sem sombra de dúvidas, o mesmo raciocínio vale para a Lei da Alienação Parental, tendo em vista que as práticas de abusos psicológicos contra crianças e adolescentes no ambiente familiar é um dado posto na realidade e para o qual é preciso que sejam apresentadas respostas efetivamente solucionadoras do dano provocado. Nestes casos, cabe ao Estado, sim, intervir nos contextos de conflito familiar para garantir a efetiva proteção das crianças e adolescentes. O que se põe em dúvida é: o Estado, representado pelo Poder Judiciário, ao intervir nos conflitos relacionados à prática da Alienação Parental, alcança o fim pretendido de promover a proteção efetiva das crianças e adolescentes, dirimindo os conflitos familiares?

Outra questão inserida nas críticas feitas à Lei da Alienação Parental está vinculada ao modo através do qual houve sua criação e aprovação no Brasil. Em 2008, face à intensificação do debate em torno do tema da Alienação Parental, foi elaborado o Projeto de Lei n.º 4.053/08, que visava impedir os efeitos da alienação sobre os filhos nas situações de litígio conjugal. A respeito da questão sob análise, recorre-se, aqui, aos estudos realizados pela psicóloga, pesquisadora dedicada ao tema da Alienação Parental e professora universitária, Analícia Martins de Sousa, em trabalho

intitulado Alegações de alienação parental: uma revisão sobre a jurisprudência brasileira, publicado em 2019. Vejamos:

A SAP foi intensamente divulgada no Brasil, a partir de 2006, por associações de pais separados, as quais eram compostas em grande parte por homens-pais não residentes que se viam alijados, pela ex-companheira, da convivência com os filhos. Embora a considerada síndrome não fosse até então objeto de estudo da psiquiatria, da psicologia e de outro campo do saber no Brasil, tais associações se dedicaram a difundir o assunto, atraindo atenção de profissionais que atuavam nos juízos de família e do público em geral para o sofrimento vivido por filhos e pais vitimados pelo dito genitor alienador (SOUSA; BRITO, 2011). É relevante recordar ainda que a SAP foi divulgada no Brasil sob o rótulo de alienação parental. Talvez, esse tenha sido um modo de não se chamar atenção para aquele suposto distúrbio psíquico, haja visto que o mesmo não possuía respaldo científico. Com isso, o assunto progressivamente e alcançou destaque nos meios de comunicação, sendo abordado por documentário, programas televisivos, publicações, eventos, etc. Diferentemente de outros países, no Brasil, as críticas e os questionamentos existentes sobre aquela designada síndrome não eram mencionados. É provável que isso não tenha sido um mero acaso, haja visto que desse modo passava-se a ideia de que se tratava de uma verdade incontestável (SOUSA, 2010). Em que pesem os aspectos mencionados anteriormente, em 26 de agosto de 2010, foi promulgada a Lei 12.318, que define a AP como manipulação psicológica de crianças e adolescentes, por parte do adulto responsável pela guarda, para que repudie o genitor não residente, prejudicando assim a manutenção dos vínculos com este. A lei lista ainda uma série de medidas judiciais que podem ser imputadas ao genitor que agir dessa forma, o chamado genitor alienador. Não é demais afirmar que a criação daquela lei, fomentada principalmente por homens-pais que se percebiam como vítimas da alienação parental, teve como objetivo primordial a punição das mães guardiãs apontadas como alienadoras, já que em proposta de lei inicial intentava-se a criminalização daquela considerada conduta (SOUSA; BRITO, 2011). Para lembrar os ensinamentos de Batista (2011), pode-se pensar que a penalização dos comportamentos, expressa em leis como a da AP, por exemplo, é uma forma bastante eficaz de encobrir debates políticos sobre os conflitos sociais. Acrescenta-se, ainda, que, na elaboração daquela lei, foi efetivamente desconsiderada a diversidade de fatores sociais, culturais, legislativos que têm contribuído ao longo do tempo para a assimetria entre os papéis materno e paterno no que se refere aos cuidados infantis (BRITO, 2002; SOUSA; SAMIS, 2008). Desse modo, a problemática em torno do litígio conjugal foi apreendida unicamente como uma questão de ordem pessoal ou individual psicológica que se mescla com uma visão maniqueísta, na qual uns são tidos como vítimas sofredoras e inocentes e outros como cruéis, odientos e vingativos (SOUSA, 2014) (MARTINS, 2019, p.147-148).

As ponderações apresentadas por Analícia Martins são relevantes porque chamam atenção da necessária consideração do contexto histórico brasileiro no qual a Alienação Parental foi sendo incorporada tanto no imaginário da população, quanto na legislação nacional. E, não tendo como desconsiderar as contradições próprias da formulação da Lei n.º 12.318/2010, destaca a importância de pensar que as dificuldades vivenciadas pelas diversas famílias não são, unicamente, individuais, pois

estão vinculadas às questões sociais e políticas mais amplas que dizem respeito, por exemplo, à questão de gênero e à divisão sexual do trabalho - o que remete, por sua vez, à ideia das mulheres cuidadoras e, predominantemente, guardiãs dos filhos menores.

Por ocasião do seminário “10 anos da Lei de Alienação parental: reflexões e desafios”, promovido pela Associação dos Juízes pela Democracia, a professora Analícia Martins menciona, também, que o supracitado Projeto de Lei n.º 4.053/08 contou apenas com uma audiência pública, sem que houvesse participação dos atores envolvidos na promoção dos interesses das crianças e adolescentes, a exemplo da ausência de convite aos profissionais de outras áreas do saber, como a Psicologia e o Serviço Social - e que seria de grande importância, especialmente se levar-se em conta que são os profissionais desses campos que integram as próprias equipes multidisciplinares dos Tribunais de Justiça.

A propósito do referido projeto de lei, é preciso, também, atentar para o conteúdo da justificção que o integra e na qual se faz referência a trecho da obra mais conhecida da Associação de Pais Separados - APASE (“Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião – Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos”) e se transcreve o artigo publicado no ano de 2006 pela jurista Maria Berenice Dias, sob o título “Síndrome da alienação parental, o que é Isso?”.

Neste último artigo, de autoria da antiga desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, além de ser possível perceber que a tônica está predominante dirigida à mulher-mãe como alienadora, se faz referência a um aspecto de grande relevância e que diz respeito às denúncias maternas de abusos sexuais cometidos pelos pais contra os(as) filhos(as). Veja-se o seguinte trecho do artigo de Maria Berenice Dias, constante da justificção do Projeto de Lei n.º 4.053/2008:

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação incestuosa é o que basta. Extrai-se deste fato, verdadeiro ou não, denúncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias (DIAS, 2008, p.5).

E, neste ponto, chegamos ao que se considera, aqui, o aspecto central da crítica que tem sido dirigida à Lei da Alienação Parental, que está referenciada na observação prática da sua aplicação e que diz respeito ao enquadramento da falsa denúncia contra o genitor por determinada conduta abusiva (crimes sexuais), o que, por sua vez, coloca as mulheres em situação de “fogo cruzado”: a não denúncia e seus efeitos tanto sobre as crianças (face à continuidade de uma prática abusiva), quanto sobre as mulheres (pela possível penalização por omissão); ou a denúncia sob os riscos de ser acusada de alienadora e, eventualmente, perder a guarda para o genitor suspeito de prática de violência contra a criança - destacando-se, neste ponto, a existência de imensas limitações relativas à produção de prova de crimes sexuais. A esses efeitos, atribui-se diferentes razões, entre as quais aquela apontada por Sotomayor quanto às (des)qualificações científicas da tese da Alienação Parental - a qual não foi acolhida na maior parte dos países latino-americanos, bem como pela Associação de Psiquiatria Americana e pela Organização Mundial da Saúde.

Em função dessa grave crítica à origem e às situações de uso desvirtuado da Lei da Alienação Parental - que, ao reverso da proteção às crianças e adolescentes, as tem exposto às práticas de violência sexual -, movimentos e coletivos de mulheres passaram a apresentar iniciativas objetivando a alteração e mesmo a revogação daquela lei, a exemplo do Coletivo Mães na Luta, Proteção à infância, Voz Materna, Vozes de Anjo, entre outros.

De acordo com a advogada Renata Nepomuceno e Cysne, em entrevista na Edição 57 da Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, “No Legislativo, temos aproximadamente 15 projetos de lei que tratam da matéria, alguns com o intuito de fortalecer, outros de ampliar a aplicação, alguns propõem alterações pontuais no texto e outros buscam a revogação da Lei da Alienação Parental” (CYSNE, 2021, p.5). Especificando quais os projetos de lei em trâmite, a referida advogada faz o seguinte detalhamento:

No Senado Federal, tramita o Projeto de Lei n. 498, que inicialmente pretendia a revogação da Lei da Alienação Parental e, após análise da Comissão de Direitos Humanos, com realização de audiências públicas, foi apresentada proposta de emenda com sugestões de manutenção da Lei com alterações. Na Câmara dos Deputados, tramitam propostas que tratam da mesma temática, entre as quais os Projetos de Lei n. 6.008/2019, n.10.712/2018 e n.10.182/2018. Recentemente, foi criado grupo de trabalho atrelado à Secretaria da Mulher da Câmara dos Deputados com objetivo inicial de revogação da Lei da Alienação Parental com base no Projeto de Lei n. 6.371/2019, de autoria da deputada Iracema Portela (PP-PI) (op.cit).

Além disso, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei n.º 7.352/17, modificando as regras sobre a Alienação Parental. De acordo com reportagem de Eduardo Piovesan, na Agência Câmara de Notícias, o referido projeto tinha como finalidade proibir “ao juiz conceder alteração da guarda ou determinar guarda compartilhada que favoreça genitor investigado ou com processo em andamento pela prática de crime contra a criança ou o adolescente ou violência doméstica” (PIOVESAN, 2021). De acordo com a relatora, é preciso deixar claro na lei que “ela não se aplica a favor do genitor que estiver sendo parte na tramitação de inquéritos e processos relativos à violência física, psicológica ou sexual contra criança e adolescente, ou mesmo de violência doméstica ou sexual” (op.cit).

Já no ano de 2022, sobreveio a Lei 14.340, que fez algumas modificações e acrescentou alguns dispositivos na Lei 12.318 de 2010, entre os quais a efetiva revogação do inciso VII, do artigo 6º da Lei da Alienação parental, que permitia a suspensão da autoridade parental como medida passível de utilização nos casos de prática de alienação parental - medida efetivamente revogada, portanto (BRASIL, 2022).

Além desta alteração, pode-se fazer referência, ainda, à previsão da visitação assistida no fórum em que tramita a ação judicial ou em entidades conveniadas com a Justiça; a preferência pela prévia entrevista com a criança ou adolescente quando se tratar da hipótese de concessão de liminar; a possibilidade de nomeação de perito com experiência no tema, quando inexistir equipe multidisciplinar (devendo o acompanhamento psicológico ser submetido a avaliações periódicas); e, ainda, a definição do prazo de três meses para a apresentação da avaliação psicológica requisitada, quando verificada pendência superior a seis meses (op.cit).

Na mesma linha das medidas legislativas supracitadas, tramitava no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade sob n.º 6273, proposta pela Associação de Advogadas pela Igualdade de Gênero – AAIG, contando com o IBDFAM como *amicus curiae*, que objetiva a revogação total da Lei da Alienação Parental em função da sua alegada inconstitucionalidade e falhas estruturais relativas, fundamentalmente, à violação dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, bem como à discriminação de gênero contra as mulheres, contrariedade à efetiva proteção do bem-estar das crianças e adolescentes, patologização dos sujeitos envolvidos no conflito familiar, entre outros aspectos de relevância.

Contudo, o plenário do STF formou maioria pelo não conhecimento da referida ADI 6273, contando com cinco votos acompanhando a relatora, a ministra Rosa Weber. Nos termos da matéria publicada em 17 de dezembro de 2021, pelo repórter Guilherme Mendes, na página do IBDFAM, intitulada STF forma maioria para não conhecer ADI contra Lei de Alienação Parental:

A ministra Rosa Weber, em voto de 11 páginas, disse não conhecer a ADI por falta de pressupostos de admissibilidade, não analisando o mérito da discussão sobre a Lei de Alienação Parental. As razões, aponta a ministra, seriam duas: em primeiro, que a AAIG não teria o alcance nacional, no momento da propositura da ação, para ajuizar a ADI; em segundo lugar, lhe faltaria a pertinência temática para discutir o tema. “À falta de estreita relação entre o objeto do controle e os interesses específicos da classe representada, delimitadores dos seus objetivos institucionais, resulta carecedora da ação a associação autora, por ilegitimidade *ad causam*”, concluiu a ministra. (MENDES, 2021).

É certo que cada uma das iniciativas acima indicadas demandam pesquisa mais aprofundada e atualizada acerca dos argumentos ali trabalhados, especialmente porque a complexidade dos conflitos familiares não pode ser simplificada e, ainda, porque o objetivo final é compreender se a Lei da Alienação Parental serve, concretamente, como instrumento jurídico capaz de viabilizar a dissolução dos conflitos familiares e a proteção das crianças e adolescentes dos abusos psicológicos contra elas praticados. Em outras palavras, refere-se, aqui, à efetividade ou não da lei.

Nessa perspectiva, recorre-se, mais uma vez, às pesquisas empreendidas pela psicóloga Analícia Martins. No supracitado trabalho, a referida pesquisadora realizou um levantamento sobre as jurisprudências de quatro estados brasileiros (Minas Gerais, Bahia, São Paulo e Rio Grande do Sul), de 2010 a 2016, e o que se observou foi o aumento progressivo de alegações de Alienação Parental nos julgados analisados, sendo a maioria das acusações feitas pelo homem não guardião - o que não seria de se estranhar, tendo-se em mente a realidade sócio-histórica brasileira, na qual a guarda é amplamente conferida às mães. Sem se deter nos dados objetivos e relevantes da pesquisa realizada - os quais valem a pena a leitura -, far-se-á, nesta ocasião, referência aos seguintes termos conclusivos da psicóloga Analícia Martins:

Na pesquisa realizada com a jurisprudência publicada entre agosto de 2010 e dezembro de 2016 por Tribunais de Justiça de quatro estados brasileiros, podemos notar que a tipificação da alienação parental pela Lei n.º 12.318/2010 não concorreu nem para arrefecer a discórdia entre os genitores,

nem para implicar mães e pais como responsáveis pela preservação do lugar de cada um deles na vida dos filhos após o fim da conjugalidade. Em realidade, observamos que, apesar da nova lei, as características em torno da disputa de guarda dos filhos são similares ao que é apontado pela literatura especializada há pelo menos duas décadas. Avaliamos, ainda, que atualmente, as alegações de AP nos processos de disputa de guarda de filhos têm colaborado para incrementar os enfrentamentos entre ex-parceiros, uma vez que podem ser empregadas para caracterizar todo tipo de divergência que porventura surja entre eles após o rompimento conjugal. Cientes disso, é fundamental que, em avaliações sobre o litígio conjugal, profissionais psicólogos considerem não só os aspectos de ordem pessoal, mas também, como já apontado, os fatores sociais, políticos, históricos e legislativos que, ao longo do tempo, vem influenciando o modo como pais e mães vivenciam as relações parentais em diferentes momentos da vida do grupo familiar (SOUSA, 2010) (MARTINS, 2019, p.161).

Na mesma direção das considerações apontadas pela psicóloga referenciada, mas, desta vez, especificamente no que tange às Varas de Família da cidade do Recife, em Pernambuco, é possível identificar o depoimento prestado pela professora e pesquisadora Camila Cabral por ocasião da reunião virtual destinada à análise sobre a Alienação Parental e sua compreensão no Direito Brasileiro, promovida pelo Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas - CONREP. Vejamos:

Lá, no momento da promulgação da legislação, quando eu iniciei minhas pesquisas sobre o tema, com a grande ajuda e apoio da professora Fabíola. Eu fui às Varas da Família aqui de Recife - às doze Varas da Família - fazer uma pesquisa com os magistrados, membros do Ministério Público, Assistentes Sociais e Psicólogos que atuam nas Varas de Família para tentar entender como estava sendo recepcionada essa Lei e parece que a discussão que a gente trava hoje é a mesma que já era travada há dez anos atrás, que o que a Lei parecia ter vindo para equilibrar, para equalizar, ela ainda não conseguiu atingir seu objetivo. Naquele tempo, naquele momento, há dez anos atrás, se discutiu se a legislação, com as medidas previstas no artigo 6º, se elas tinham realmente a capacidade de cumprir o escopo da legislação, de restabelecer o convívio familiar. E os magistrados das Varas de Família foram unânimes em alegar que não, ela não tinha essa capacidade. Sozinha, uma medida judicial não teria o condão de cessar uma conduta alienante e restabelecer o convívio familiar, que era necessária a atuação com outros profissionais, profissionais da área da psicologia, da terapia familiar, os assistentes sociais, outras áreas para tratar, para cuidar, para apoiar aquela família (...) Então, já há dez anos atrás se trazia essa preocupação não com a ineficácia da legislação, mas sua eficácia limitada a esse outro tipo de intervenção que a família demanda (CABRAL, 2018).

Diante de tais considerações, é preciso manter o olhar atento ao risco que se coloca quanto à insuficiência da Lei da Alienação Parental. E, ainda mais grave, à sua utilização às avessas, tendo em vista as graves críticas em torno dos alegados casos de inversão de guarda com base na própria Lei n.º 12.318/2010 - a esse respeito, infelizmente, ainda não se identificou pesquisa empírica ampla acerca dos julgados

sobre a mudança da guarda de uma criança ou adolescente em nome, supostamente, do seu melhor interesse.

Sabendo-se que os crimes sexuais são de grande dificuldade probatória, qual alternativa restaria às mulheres-mães que, concretamente, se vissem diante de sérios indícios da prática do crime sexual contra os próprios filhos, cientes do risco da sua não comprovação e, portanto, da penalização pela prática de Alienação Parental? Por que partir do pressuposto segundo o qual a mulher-mãe age de má-fé ou com o objetivo de prejudicar o ex-companheiro se o que está em jogo é a gravidade do possível cometimento de um crime sexual?

Tais questionamentos são necessários ao se considerar tanto a origem do conceito de Alienação Parental (tendo em vista, inclusive, o perfil do seu criador), quanto o contexto brasileiro, no qual as mulheres, foram (e são), historicamente, oprimidas e violentadas. Ademais, ainda que se considere a Lei da Alienação Parental como uma legislação que se propõe, fundamentalmente, de acordo com seu próprio texto legal, à promoção dos estudos multidisciplinares sobre os casos concretos, à proteção dos direitos das crianças vítimas de artifícios abusadores utilizados pelo pai ou pela mãe, através da sua oitiva e, inclusive, de acompanhamento psicológico familiar, é preciso ter em mente que a manipulação psicológica de uma criança é algo absolutamente subjetivo.

Em meio à complexidade que essa regulamentação se insere, não há como negar a urgência da atenção às subjetividades familiares e à efetiva coerência na prática da proteção às crianças e adolescentes. Sobre esse aspecto, entende-se ser preciso reconhecer que os operadores do Direito, ainda que sempre expostos ao trabalho subjetivo de cada demanda, não possuem os recursos de formação próprios da ciência destinada aos saberes da subjetividade, entre elas a Psicologia. É nesse sentido que adentra-se na questão das opiniões subjetivas na ocasião dos julgamentos que envolvem a Lei n.º 12.318/2010.

Ainda que destinada aos fins de promoção dos direitos das crianças e alinhada aos mandamentos constitucionais, a Lei de Alienação Parental, conforme as considerações críticas acima referenciadas, parece não atender, de maneira eficaz, ao destino que lhe é próprio e tão caro. Tendo-se em mente a atual conjuntura de profunda desigualdade de gênero no Brasil e os altos índices de violência contra crianças e adolescentes nos núcleos familiares, bem como a existência de um Poder Judiciário profundamente marcado pelo denominado ativismo judicial, talvez seja

possível compreender, entre outros aspectos, a razão das possíveis situações de desvio de finalidade da Lei na realidade concreta.

Recorre-se, por fim - e antes de adentrar nas questões relativas à interdisciplinaridade -, às considerações da psicanalista Rosa Maria Marini Mariotto, em seu artigo A judicialização das relações familiares e sua incidência no atendimento de crianças e adolescentes no âmbito público, publicado na Revista Associação Psicanalítica de Curitiba, em 2016. Vejamos:

Também é válido considerar que estamos num momento histórico de mudança na ordem familiar, de maneira que as figuras parentais não encontraram um equilíbrio entre terem seus projetos existenciais singulares e o cuidado familiar dos filhos. Birman (2006) já nos alertava que, com isso, a fragilidade do investimento afetivo se faz presente, com os desdobramentos nefastos que isso provoca. A isso se acrescenta uma crescente normatização da vida privada, sobretudo no que diz respeito aos comportamentos e modelos familiares. Segundo Guerra e Fucks (2014), esse fenômeno gera um aumento na demanda dirigida ao Poder Judiciário para pacificação dos conflitos decorrentes da inadequação entre as condutas e os discursos normativos, o que se mostra preocupante, pois os juristas nem sempre detêm a aptidão necessária para identificar as verdadeiras demandas presentes nas entrelinhas dos litígios jurídicos de família (MARIOTTO, 2016, p.56).

4. CONCLUSÃO

Sabe-se que a norma jurídica, constituída a partir dos antagonismos inerentes à sociedade, presentes desde a elaboração do fundamento dos direitos às interpretações e aplicações diretas que lhes são dadas, é chamada a intervir, ora concretizando direitos, ora subvertendo-os em benefício dos interesses particulares. A partir desse pressuposto e das complexidades correlatas, coloca-se a grande tarefa de compreender como vem se dando a construção do Direito, bem como sua repercussão prática naquilo que tange especificamente ao objeto deste trabalho, a saber: a noção de Alienação Parental.

No que toca à atualidade, pergunta-se: qual o contexto histórico, social e cultural brasileiro no qual o Direito está inserido e intervém com suas ações? As transformações nas relações sociais, familiares e amorosas nas últimas décadas levam à constatação, hoje, por exemplo, das novas configurações familiares, novas formas de viver as relações amorosas, novas formas de manifestação dos conflitos e dos sofrimentos humanos e, portanto, novas demandas são, também, feitas ao campo do Direito.

Como as transformações no tecido social têm se dado de maneira acelerada, está fadado a haver um descompasso entre o Direito, a norma que fundamenta e norteia a ação dos operadores do Direito e a especificidade das demandas às quais eles são convocados a responder ou a arbitrar. Neste cenário, não se pode perder de vista que a dimensão afetiva, subjetiva e inconsciente é aquilo que especifica a própria condição humana, o que significa dizer que o campo do Direito está desafiado a lidar com aspectos indissociáveis da experiência humana, mas que não tem, ali, no seu campo, os dispositivos possíveis para lidar com determinados aspectos das demandas que lhes são postas.

A complexidade dos funcionamentos subjetivos e dos conflitos familiares não apenas existe, como é inerente aos processos e demandas com as quais o Direito inevitavelmente precisa lidar, sem que, no entanto, o estudo e os modos de intervenção façam parte da formação acadêmica na área jurídica. Conclui-se, nesse sentido, ser imperioso o diálogo entre os diferentes campos de saber, na perspectiva de sustentar uma ação profissional com mais lucidez e pertinência - a exemplo da interface entre a área do saber do Direito e da Psicanálise.

A busca pelas respostas às perguntas oriundas das inquietações que levaram à elaboração do presente artigo - inquietações atinentes às práticas de abuso psicológico contra crianças e adolescentes, ao qual se dá o nome de Alienação Parental -, permitiu compreender que somente o estudo interdisciplinar sobre a matéria em foco é capaz de fazer face a todos os aspectos que colocam a Lei da Alienação Parental sob interrogação.

Coloca-se, assim, um amplo campo de investigação que demanda oportunidade de pesquisa sobre os diferentes mecanismos que podem, ainda, se apresentar de maneira pertinente e efetiva na proteção das crianças e dos adolescentes, orientando-se pela compreensão do Direito como um campo em permanente modificação. Conclui-se, assim, esse trabalho fazendo referência ao pensamento do jurista e escritor Roberto Lyra Filho (2012), segundo o qual nada é num sentido perfeito e acabado, tudo é sendo; e com o Direito acontece do mesmo modo: o Direito não é, ele vem a ser. O Direito não é uma coisa fixa, parada, estática no tempo, mas um processo de transformação e libertação permanente.



REFERÊNCIAS

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **STF forma maioria para não conhecer ADI contra Lei de Alienação Parental**. Publicado em 17, dez, 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/9237/STF+forma+maioria+para+não+conhecer+ADI+contra+Lei+de+Alienação+Parental>>. Acesso em: 05/01/2022.

BRASIL. **Lei n.º 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990. Brasília, Presidência da República, [2010]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 06/07/2024.

BRASIL. **Lei n.º 14.340 de 18 maio de 2022**. Altera a Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, para modificar procedimentos relativos à alienação parental. Brasília, Presidência da República, [2022]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14340.htm>. Acesso em: 06/07/2024.

CABRAL, Camila. **Alienação Parental e sua compreensão no Direito Brasileiro**. YouTube, 8 de março de 2018. Disponível no link: <<https://www.youtube.com/watch?v=rwnCV81GZ9E&t=86s>>. Acesso em: 05/01/2022.

CYSNE, Renata. Revista Brasileira de Direito de Família. **Revista IBDFAM Família e Sucessões**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, Edição 57, Jun.Jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é Isso?* In: **Projeto de Lei n.º 4.053/2008**. Dispõe sobre a alienação parental. Brasília: Câmara dos Deputados, outubro de 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node011jg4mxufah7h7kq9bgkximyd18429490.node0?c odteor=601514&filename=PL+4053/2008> . Acesso em: 06/01/2022.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Manuscrito não-publicado. Aceito para publicação em 2002. Disponível em: <Gardner, 2002. - Síndrome da Alienação Parental (google.com)> Acesso em: 5/01/2022.

IACONELLI, Vera. *Ninguém detém o saber absoluto. As diferentes áreas do saber têm que conversar*. **Revista IBDFAM Família e Sucessões**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, Edição 58, Ago.Set.2021.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2012.



MARIOTTO, Rosa. *A judicialização das relações familiares e sua incidência no atendimento de crianças e adolescentes no âmbito público*. In: **Revista da Associação Psicanalítica de Curitiba** - n° 32 - Psicanálise e suas Interfaces. Curitiba, 2016.

MARTINS, Analícia. Alegações de alienação parental: uma revisão sobre a jurisprudência brasileira. In: **Psicologia e processos psicossociais: teoria, pesquisa e extensão**. Goiânia: Editora da Imprensa Universitária, 2019 (p.161). Disponível em: <artigo-alegacao-de-PA-uma-revisao-sobre-a-jurisprudencia-analicia-martins.pdf> (analiciamartins.com.br) . Acesso em: 06/072021.

MENDES, Guilherme. **STF forma maioria para não conhecer ADI contra Lei de Alienação Parental**. Assessoria de Comunicação do IBDFAM. Publicado em 17 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/9237/-STF+forma+maioria+para+não+conhecer+ADI+contra+Lei+de+Alienação+Parental>>. Acesso em: 05/01/2022.

MULTEDO, R.V.; MORAES, M.C.B. A privatização do casamento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, Ano 5. n.2, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/115894021/-A_privatiza%C3%A7%C3%A3o_do_casamento>. Acesso em: 01/07/2024 (p.7-8).

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família*. In: **Revista Julgar**, n.º 13. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. Disponível em: <<http://julgar.pt/uma-analise-critica-da-sindrome-de-alienacao-parental-e-os-riscos-da-sua-utilizacao-nos-tribunais-de-familia/>>. Acesso em: 06/07/2024.

PACHÁ, Andréa. **Disputa pela convivência com os filhos é recente na história: Alienação parental até existia, mas pouco se falava no assunto antes de o termo ter sido cunhado. Hoje, é natural que se privilegie o convívio de filhos com mãe e pai mesmo depois da separação**. Entrevistador: Rádio CBN. Depoimento: janeiro, 2017. Disponível em: <<https://cbn.globoradio.globo.com/comentaristas/cbn-direito-de-familia/2017/01/11/DISPUTA-PELA-CONVIVENCIA-COM-OS-FILHOS-E-RECENTE-NA-HISTORIA.htm>>. Acesso em: 06/07/2024.

PIOVESAN, Eduardo. **Câmara aprova projeto que altera regras sobre alienação parental**. Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/840335-camara-aprova-projeto-que-altera-regras-sobre-alienacao-parental/>>. Acesso em: 05/01/2022.



SENTENÇA DO ZERO

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda.

Whatsapp: (73) 99828-5266

IG: @sentencadozero

<https://sentencadozero.com>