

De Jure

Revista Jurídica

www.mpmg.mp.br/dejure

Aline Leite Viana Dilly Patrus
Anderson da Matta Barbosa
Carolina Costa Val Rodrigues
Claudínia Onofre de Assunção Mota
Cristiano Quinaia
Fernanda Almeida Lopes
Jadir Cirqueira de Souza
João Gaspar Rodrigues
Juliana Jacob
Karina de Almeida Batistuci
Samuel Alvarenga Gonçalves

26

**Mala Direta
Postal**

9912297003/2012-DR/MG
PGJ

///CORREIOS///

ISSN n.º: 1809-8487

jan. - jun. 2016

vol. 15

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

De Jure

Revista Jurídica

www.mpmg.mp.br/dejure

26

Aline Leite Viana Dilly Patrus
Andeirson da Matta Barbosa
Carolina Costa Val Rodrigues
Claudinéia Onofre de Assunção Mota
Cristiano Quinaia
Fernanda Almeida Lopes
Jadir Cirqueira de Souza
João Gaspar Rodrigues
Juliana Jacob
Karina de Almeida Batistuci
Samuel Alvarenga Gonçalves

ISSN n.º: 1809-8487

jan. - jun. 2016

vol. 15

 **MPMG**
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais



**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Endereço/Address:
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916, Brasil
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31)3330-8262

De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 15, n.26 (jan./jun. 2016). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2016.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo, Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade, Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights, Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

PEDE-SE PERMUTA
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMANDE L'ÉCHANGE
MANN BITTET UM AUSTAUSCH
SI RIQUIERE LO SCAMBIO
PIDEJE CANJE

Linha Teórica

A Revista De Jure foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Theoretical Profile

The Journal De Jure was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinar and multidisciplinar, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

REVISTA DE JURE

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO
DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

FOCO

A De Jure tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

MISSÃO

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

OBJETIVOS

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
- Estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

PÚBLICO ALVO

A De Jure está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A Revista De Jure requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da Revista De Jure, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A Revista De Jure recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. A revista é distribuída por meio de permuta e doação.

JOURNAL DE JURE

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO
DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

FOCUS

De Jure focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

MISSION

The mission of De Jure is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

OBJECTIVES OF THE JOURNAL

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
- Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due to the identification of environmental trends and transformation.

TARGET AUDIENCE

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of Journal De Jure, for non-profit scientific and cultural purposes.

INDEXATION AND DISTRIBUTION

De Jure can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). De Jure was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. De Jure is distributed by means of exchange or donation only.

DE JURE

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior

COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Promotor de Justiça Marcelo de Oliveira Milagres

ASSESSORA ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA (CEAF)

Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé

ASSESSORES DA COORDENADORIA PEDAGÓGICA DO CEAF

Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira

Promotor de Justiça Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO

Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL

João Paulo de Carvalho Gavidia

EDITOR RESPONSÁVEL

Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior

CONSELHO EDITORIAL

Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Procurador de Justiça Rogério Greco, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotora de Justiça Maria Carolina Silveira Beraldo, Doutora
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)

Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)

Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Prof. Dr. Eduardo Martínez Álvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal)

Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)

Prof. Dr. Luis María Desimoni (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)

Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)

Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)
Prof. Dr. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Prof. Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)
Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional Ministério Público, Brasil)
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Brasil)
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)
Prof. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Rosemíro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

EDITORIAÇÃO

Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia

REVISÃO

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
Josane Fátima Barbosa
Larissa Vasconcelos Avelar
Luiz Carlos Pereira
Renato Felipe de Oliveira Romano

CAPA

Rafael de Almeida Borges

PROJETO GRÁFICO

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

DIAGRAMAÇÃO

Rafael de Almeida Borges

TRADUÇÃO

Alessandra de Souza Santos

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC

Prof. Me. Adirson Antônio Glório de Ramos (Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Me. Lucas Rogério Sella Fatala (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Promotora de Justiça Luciana Perpétua Correa (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

DE JURE

JOURNAL OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

ATTORNEY-GENERAL

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Carlos André Mariani Bittencourt

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Jarbas Soares Júnior

PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Marcelo de Oliveira Milagres

SPECIAL ADVISOR OF THE ATTORNEY-GENERAL (CEAF)

Minas Gerais State Prosecutor Danielle de Guimarães Germano Arlé

ADVISORS OF THE PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CEAF

Minas Gerais State Prosecutor Jairo Cruz Moreira

Minas Gerais State Prosecutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

João Paulo de Carvalho Gavidia

CHIEF EDITOR

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Jarbas Soares Júnior

EDITORIAL BOARD

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Rodrigo Cançado Anaya Rojas, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Rogério Greco, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Maria Carolina Silveira Beraldo, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Prof. Eduardo Martínez Álvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies, Coimbra, Portugal)

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)

Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)

Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consumer Law, Portugal)
Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)
Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)
Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)
São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
Distrito Federal e Territórios Prosecutor Demeval Farias Gomes Filho, BA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)
Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
São Paulo State Prosecutor José Roberto Marques, PhD (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil)
Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosemire Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)

EDITING

Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia

PROOF READING

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
Josane Fátima Barbosa
Larissa Vasconcelos Avelar
Luis Carlos Pereira
Renato Felipe de Oliveira Romano

COVER

Rafael de Almeida Borges

GRAPHIC PROJECT

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

LAYOUT

Rafael de Almeida Borges

TRANSLATION

Alessandra de Souza Santos

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE

Prof. Adirson Antônio Glório de Ramos, MA (Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Lucas Rogério Sella Fatala, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
State Prosecutor Luciana Perpétua Correa (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

PREFÁCIO

A Revista De Jure chega à sua 26ª edição trazendo novidades! Ela está de roupa completamente nova, a começar pela capa, mais moderna e com visual mais limpo. O miolo da revista também passou por reformulações e, a partir desta edição, começou a ser impresso em papel pólen que, por ser mais amarelado, possibilita maior conforto na leitura. Além dessas mudanças apontadas, alguns outros detalhes foram observados, tudo isso com o objetivo primordial de tornar a publicação mais agradável aos nossos leitores.

Outra novidade diz respeito à estrutura da revista. A seção de Comentários à Jurisprudência deixa de existir e os artigos não mais serão separados de acordo com os ramos do direito a que pertencem. Tal inovação visa dar mais liberdade à publicação e aos temas propostos, evitando, assim, que o con-

teúdo do periódico fique engessado, limitado às subseções anteriores. Essas mudanças na sistematização são essenciais para que a De Jure continue firme no seu propósito de publicar trabalhos com conteúdo pluralista e multidisciplinar, permitindo que os leitores tenham acesso à informação das diversas áreas do Direito e de outras ciências correlatas.

Finalizo convidando os autores interessados em enviar seus trabalhos doutrinários para a publicação na Revista De Jure para que façam o cadastro e a submissão do artigo à avaliação do Conselho Editorial pelo site da revista: <www.mpmg.mp.br/dejure>.

Boa leitura!

JARBAS SOARES JÚNIOR

Procurador de Justiça
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

APRESENTAÇÃO

Caros leitores,

Apresentamos a vocês a edição n. 26 da Revista De Jure. Primando cada vez mais pela excelência e pelo devido reconhecimento no cenário acadêmico, a revista acaba de passar por uma fase de reestruturação completa, o que inclui mudanças tanto na parte visual quanto na sua organização interna.

Com este aprimoramento na revista, além de tornar a leitura mais prazerosa para os leitores, pretendemos também aumentar a nota de qualificação no sistema Qualis da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), utilizado para classificar e qualificar a produção intelectual no país. Um dos nossos objetivos é que tais mudanças deem maior visibilidade para a revista e, assim, passaremos a receber e publicar mais arti-

gos de autores de outros estados da federação, distintos de Minas Gerais. Esta medida melhora o requisito de exogenia e, por consequência, o estrato QUALIS no qual a De Jure está classificada. Quanto maior for o número de colaboradores de outros estados, mais bem qualificada estará a revista.

Destacamos, finalmente, que a Revista De Jure permanece firme como um espaço legítimo de disseminação de ideias e de discussão jurídica, sem perder sua essência pluralista e multidisciplinar. Esperamos que os leitores apreciem as alterações apresentadas e que continuem colaborando com a formação do saber pelo envio de seus trabalhos para publicação.

CARLOS ANDRÉ MARIANI
BITTENCOURT
Procurador-Geral de Justiça
Ministério Público do Estado
de Minas Gerais

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

ALINE LEITE VIANA DILLY PATRUS

Consultora Legislativa da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Prêmio Francisco Brant (melhor aluna de Direito Processual Penal) e Prêmio Messias Pereira Donato (melhor aluna de Direito e Processo do Trabalho).

ANDEIRSON DA MATTA BARBOSA

Analista em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (2007). Pós-Graduado em Ciências Penais pela Uniderp. Aprovado nos seguintes certames: Ministério Público Federal (técnico) e Ministério Público de Minas Gerais (Analista).

CAROLINA COSTA VAL RODRIGUES

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e em Controle Externo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

CLAUDINÉIA ONOFRE DE ASSUNÇÃO MOTA

Assessora jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Especialista em Direito Constitucional pela LFG-UNISUL.

CRISTIANO QUINAIA

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Ensino. Advogado Consultivo do Escritório Mandaliti Advogados.

FERNANDA ALMEIDA LOPES

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix em convênio com o Praetorium e em Gestão Pública pela Universidade Cândido Mendes em convênio com o Praetorium.

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na comarca de Uberlândia/MG. Mestre em Direito. Professor universitário e autor das obras Ação civil pública ambiental, A efetividade dos direitos da criança e do adolescente, Curso de Direito Constitucional e Violência escolar.

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas.

JULIANA JACOB

Graduada em Direito pelo Instituto Vianna Júnior (2009). Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2011). Mestre em Ciências Jurídico-políticas em Direito Constitucional na Universidade de Lisboa (2011-2012). Professora Universitária de Processo Civil e Teoria Geral do Estado.

KARINA DE ALMEIDA BATISTUCI

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Ensino. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Advogada. Sócia-diretora do Escritório Mandaliti Advogados.

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia.



SUMÁRIO

25 - 73

Doutrina
Internacional

**O FINANCIAMENTO DE
CAMPANHAS ELEITORAIS: ANÁLISE
COMPARATÓRIA ENTRE O SISTEMA
BRASILEIRO E O PORTUGUÊS
E A RELAÇÃO COM O SISTEMA
FRANCÊS E O NORTE-AMERICANO**

THE POLITICAL CAMPAIGN FINANCING: AN ANALYSIS
COMPARISON BETWEEN BRAZILIAN AND PORTUGUESE
SYSTEMS AND THEIR RELATIONSHIP WITH THE FRENCH
AND THE NORTH AMERICAN SYSTEMS

JULIANA JACOB

77 - 107

Doutrina
Nacional

**A PRÁTICA DA DELAÇÃO E SUA
FUNCIONALIDADE EM AMBIENTE
DEMOCRÁTICO**

THE PRACTICE OF WHISTLEBLOWING AND ITS
FUNCTIONALITY IN A DEMOCRATIC ENVIRONMENT

JOÃO GASPAR RODRIGUES

111 - 146

Doutrina
Nacional

**TESE DO ABANDONO VIRTUAL E A
RESPONSABILIZAÇÃO DE PAIS POR
DANOS AOS FILHOS, VÍTIMAS NO
CIBERMUNDO**

THEORY OF VIRTUAL ABANDONMENT AND THE PARENTS
ACCOUNTABILITY FOR THE DAMAGE TO CHILDREN,
VICTIMS IN THE CYBERWORLD

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO
ADIMPLENTO SUBSTANCIAL
E DA TEORIA DOS JOGOS
NO CUMPRIMENTO DE
OBRIGAÇÃO ALIMENTAR**

APPLICATION OF SUBSTANCIAL PERFORMANCE
DOCTRINE AND OF GAME THEORY IN THE
MAINTENANCE

ANDEIRSON DA MATTA BARBOSA

151 - 168

Artigo

**ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOAFETIVOS**

ADOPTION BY HOMOSEXUAL COUPLES

CAROLINA COSTA VAL RODRIGUES
FERNANDA ALMEIDA LOPES

173 - 217

Artigo

**ASPECTOS DESTACADOS DA
TEORIA DA RESPONSABILIDADE
CIVIL PELA PERDA DE
UMA CHANCE NO
DIREITO BRASILEIRO**

MAIS ASPECTS OF THE THEORY OF LIABILITY FOR LOSS
OF A CHANCE IN BRAZILIAN LAW

CLAUDINÉIA ONOFRE DE ASSUNÇÃO MOTA

221 - 231

Artigo

235 - 255
Artigo

**PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA À
LUZ DA CLASSIFICAÇÃO
DAS AÇÕES**

PRESCRIPTION AND DECAY IN THE LIGHT OF THE
CLASSIFICATION OF THE LAWSUITS

CRISTIANO QUINAIA
KARINA DE ALMEIDA BATISTUCI

259 - 303
Artigo

**REVISITANDO O PRINCÍPIO
DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO:
INCIDÊNCIA DA GARANTIA
COMO MEIO DE DEFESA NO
PROCESSO PENAL**

FACING THE PRINCIPLE OF NON SELF-INCRIMINATION:
INCIDENCE OF THE ASSURANCE AS A DEFENSE MEANS
IN CRIMINAL PROCEDURE

ALINE LEITE VIANA DILLY PATRUS

307 - 335
Artigo

**CRIMES CONTRA CRIANÇAS
E ADOLESCENTES:
A NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO
COM O SISTEMA CRIMINAL**

CRIMES AGAINST CHILDREN AND TEENAGERS:
REQUIRED INTEGRATION WITH THE CRIMINAL SYSTEM

JARDIR CIRQUEIRA DE SOUZA

25-73

Doutrina Internacional | Ensaio

**O FINANCIAMENTO DE
CAMPANHAS ELEITORAIS: ANÁLISE
COMPARATÓRIA ENTRE O SISTEMA
BRASILEIRO E O PORTUGUÊS E A
RELAÇÃO COM O SISTEMA FRANCÊS
E O NORTE-AMERICANO**

JULIANA JACOB

**O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS:
ANÁLISE COMPARATÓRIA ENTRE O SISTEMA BRASILEIRO
E O PORTUGUÊS E A RELAÇÃO COM
O SISTEMA FRANCÊS E O NORTE-AMERICANO**

THE POLITICAL CAMPAIGN FINANCING: AN ANALYSIS COMPARISON BETWEEN
BRAZILIAN AND PORTUGUESE SYSTEMS AND THEIR RELATIONSHIP WITH THE
FRENCH AND THE NORTH AMERICAN SYSTEMS

JULIANA JACOB

Professora universitária

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal

jujacob0206@gmail.com

RESUMO: Há, hodiernamente, em Estados Democráticos de Direito, três modalidades de financiamento de campanhas eleitorais: pública, privada e mista. O trabalho em tela propõe uma análise dos sistemas eleitorais brasileiro e português em razão deste ser o modelo ideal a ser alcançado conforme as perspectivas político-ideológicas em questão e aquele ser o país objeto de estudo. Passando por questões referentes à evolução no funcionamento do sistema eleitoral norte-americano e francês, e debatendo sobre as espécies de controle no financiamento das campanhas, veremos que muitas têm sido as discussões a respeito da adoção de um sistema brasileiro de financiamento exclusivamente público, e ainda que essa modalidade seja parte das tendências e perspectivas dos sistemas atuais, trata-se de uma ideologia política esvaecida de fundamentos materiais que justifiquem sua implementação sem que seja precedida uma reforma política em nível nacional.

PALAVRAS-CHAVE: financiamento de campanhas eleitorais; financiamento eleitoral exclusivamente público; sistema eleitoral brasileiro; sistema eleitoral português.

ABSTRACT: There is, in our times, in Democratic States of Law, three political campaigns funding arrangements: public, private and mixed. The screen work proposes an analysis of the Brazilian and Portuguese electoral systems, because that is the object of study this country and the ideal model to be achieved as the political and ideological perspectives around this issue. Through issues related to developments in the functioning of the US and French electoral system and debating species control on campaign financing, we see that many have been discussions about the adoption of a Brazilian system of exclusively public funding, and even if this mode is part of the trends and perspectives of current systems, it is a political ideology, erased material reasons to justify its implementation without being preceded a policy reform at the national level.

KEYWORDS: financing of political campaigns; campaign finance exclusively public; Brazilian electoral system; Portuguese electoral system.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Financiamento de campanha eleitoral e suas modalidades. 2.1. Sistema eleitoral brasileiro: conceito e modalidades adotadas. 2.1.1. Financiamento público. 2.1.2. Financiamento privado. 2.1.3. Sistema misto. 2.2. Sistema eleitoral português. 3. O con-

trole do financiamento eleitoral: procedimento de fiscalização, prestação de contas e sanções. 3.1. Sistema eleitoral brasileiro. 3.1.1. Controle das doações. 3.1.2. Prestação de contas. 3.1.3. Sanções aplicadas. 3.2. Sistema eleitoral português. 4. Considerações sobre o financiamento de campanhas eleitorais em outros países. 4.1. Sistema eleitoral norte-americano. 4.2. Sistema eleitoral francês. 4.2.1. França. 4.3. Declarações de situação financeira. 4.4. Financiamento ilegal. 5. Tendências e perspectivas do modelo brasileiro. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Este trabalho tem como escopo analisar o financiamento de campanha política nos Estados Democráticos de Direito do Brasil e de Portugal e relatar, a título exemplificativo, o funcionamento dos financiamentos políticos no sistema eleitoral norte-americano e no sistema eleitoral francês.

O tema foi escolhido por se tratar de um assunto bastante polêmico, divergente conforme o território no qual é aplicado e, ainda, porque atualmente há uma tendência à adoção de um sistema de financiamento exclusivamente público em países que adotam o sistema misto, como é o caso do Brasil.

Partindo do pressuposto de que a legislação eleitoral vem sendo alterada ao longo dos anos nesses países, adotou-se, para a realização deste estudo, uma análise legislativa (essencialmente) metodológica e doutrinária.

O objetivo geral da presente pesquisa é fazer uma descrição das modalidades de financiamento existentes na conjuntura política atual, analisando quais os benefícios de um financiamento essencialmente privado (como o do governo norte-americano); de um financiamento essencialmente público (como o adotado pelo governo português) e de um financiamento misto (como o utilizado atualmente no Brasil e na França).

Primeiramente, este artigo conceitua o termo “financiamento” e descreve as modalidades de financiamento de campanha

adotadas no Brasil e em Portugal. Em seguida, analisa as legislações desses países e as modificações que sofreram ao longo da história.

Posteriormente, procede ao controle exercido pelos órgãos competentes da prestação e da eventual fiscalização das contas de campanha e, se necessário, a aplicação das sanções cabíveis.

Ainda, este trabalho exemplifica os financiamentos adotados pelos sistemas norte-americano e francês, sobre os quais se analisam as evoluções sofridas por suas legislações no decorrer dos anos.

Por fim, o último item, *Tendências e perspectivas do modelo brasileiro: a adoção do financiamento público exclusivo*, cujo tema tem sido pauta de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, discute se o sistema de financiamento já adotado pelo governo norte-americano pode vir a sê-lo no Brasil.

Contudo, cada Estado Social Democrático é dotado de particularidades que devem ser estudadas quando da aplicação de um sistema de financiamento e tudo que este implica.

Atualmente, verifica-se uma modalidade de fraude na atividade econômica partidária que está diretamente ligada ao sistema de financiamento de *marketing* político oriundo das campanhas eleitorais. A tendência à adoção de uma propaganda de massas essencialmente midiática deixa de lado o modelo antigo, o qual apresentava um caráter mais individual¹.

1 Antigamente, a propaganda nas campanhas políticas era, na sua maior parte, feita através de visitas pessoais dos candidatos aos eleitores ou por meio de cartas. Com o aumento do eleitorado, as propagandas em massa ganharam território em todos os Estados de direito democrático consolidado. É assim que surge o marketing político, ou a publicidade política, no qual são adotadas técnicas publicitárias (comerciais) nas campanhas.

Uma outra prática dos candidatos e dos partidos políticos é o desvio de fundos que, supostamente, deveriam ser aplicados às atividades eleitorais e/ou partidárias, mas que são empregados em benefícios estritamente pessoais².

Contudo, houve uma série de requisitos³ que nos levou às regras que sustentam o financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais, cujo princípio eleitoral embasador do estudo é o chamado “princípio da transparência”⁴.

2. Financiamento de campanha eleitoral e suas modalidades

2.1. Sistema eleitoral brasileiro: conceito e modalidades adotadas

O financiamento de campanha é o meio pelo qual os partidos políticos arrecadam recursos de modo a custear todas as despesas com as campanhas eleitorais.

O Boletim Informativo da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) define financiamento de campanha eleitoral como “recursos financeiros em dinheiro ou estimáveis em dinheiro arrecadados por partidos políticos ou candidatos com o objetivo de serem aplicados em gastos de campanha eleitoral” (BRASIL, 2012).

No Brasil, tanto os recursos públicos quanto os privados são permitidos e adotados pelos partidos políticos para o financiamento de campanhas eleitorais. Por se tratar de um

2 Em relação a essas atividades, ler o item 3, no qual são descritas as sanções penais e administrativas aplicáveis.

3 Serão estudados no decorrer da pesquisa.

4 Adotado em países como Brasil, Portugal, França e Estados Unidos da América (estudados nesse trabalho).

tema polêmico e atualmente em voga, as modalidades desse financiamento que devem ser adotadas estão em constante debate no país. Sabe-se que não há que se falar em realização de campanha política sem dispêndio de recursos do Poder Executivo, que na prática é bastante excessivo, principalmente em eleições majoritárias.

O terreno econômico é o meio no qual mais se verifica abuso do poder nas eleições e, quando se observa um grave desequilíbrio na disputa pelo pleito eleitoral, consubstancia-se a necessidade de intervenção do legislador, com o escopo de conferir equilíbrio ao certame. Os dispositivos legais visam evitar que os mais afortunados tenham vantagem em relação àqueles que possuem menos recursos financeiros a fim de cumprir-se, em tese, o princípio constitucional da isonomia. Afinal, se todos são iguais perante a lei, justo não seria que houvesse uma desproporcionalidade na oportunidade de ocupação de cargos político-eletivos.

A Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições – LE) disciplina o financiamento (arrecadação) e os gastos (aplicação de recursos financeiros) (art. 17 a 27, 81 e 99) a serem observados por partidos políticos e por candidatos participantes do pleito eleitoral. A Lei n. 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP) apresenta as regras que candidatos e partidos devem seguir na arrecadação e na aplicação de recursos financeiros e não financeiros nas campanhas eleitorais, bem como prestar contas desses recursos à Justiça Eleitoral (arts. 31, 38 a 44), uma vez que podem ser feitas doações remuneradas aos partidos políticos em época não eleitoral e que podem ser aplicadas em campanhas eleitorais (art. 39, § 5º).

O financiamento de partidos e campanhas pode ser de natureza pública, privada ou mista.

Muitas são as discussões em relação a qual modalidade de financiamento adotar, por ser a mais correta, e a que melhor evita fraudes. Cabe analisar como é feita cada uma para dispor quais os seus limites e o seu controle.

2.1.1. Financiamento público

A Lei 9.504/97⁵, em seu art. 79, determina que o financiamento de campanhas eleitorais com recursos públicos será disciplinado em lei específica. À espera de regulamentação, a Lei 9.096/95 é a fonte legal para disposição dessa modalidade de financiamento, o qual pode ser:

a) Proveniente do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário), cuja constituição legalmente prevista (arts. 38, I, II e IV; e 40, LOPP) descreve subvenção (auxílio pecuniário concedido pelo Estado) de verbas públicas na forma dos valores recolhidos pelo erário a título de aplicação de multas e penalidades pecuniárias eleitorais e partidárias, de eventuais recursos financeiros destinados por lei e, ainda, de dotações orçamentárias anuais específicas.

Esses valores que compõem o Fundo Partidário podem ser aplicados nas campanhas eleitorais, quer seja por gastos diretos (como a propaganda eleitoral), quer seja na forma de gastos indiretos (como o custeio de manutenção das sedes e serviços partidários).

b) Mediante a concessão obrigatória de horário reservado e cedido pelas emissoras de rádio e televisão com destinação ao exercício da propaganda eleitoral gratuita em rede ou

5 Modificada pela Lei 11.300/06, vigorou até 2009, quando ocorreu a minirreforma eleitoral.

por meio de inserções (arts. 47, 49 e 51, LE); sendo esse tempo, despendido pelas emissoras, custeado pela compensação fiscal garantida pelo poder público (art. 99, LE).

Nada comprova que os recursos do Fundo Partidário sejam realmente destinados ao financiamento de campanhas. Seu objetivo inicial é fazer frente aos gastos decorrentes da movimentação cotidiana da agremiação, não restando dúvidas de que são empregados para esse fim (GOMES, 2008, p. 243). Sabe-se ainda que a propaganda partidária nem sempre é voltada especificamente para a campanha política, como é o caso da propaganda eleitoral obrigatória.

Quanto às doações de verbas públicas a partidos ou candidatos, mister ressaltar que há vedações expressas na lei, como é o caso de entidade ou governo estrangeiro, de qualquer órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do poder público e de entidade privada que seja subvencionada com recursos públicos (art. 24, LE; art. 31, LOPP).

2.1.2. Financiamento privado

Consiste no financiamento por meio de doações remuneratórias de origem privada a partidos políticos⁶ ou a candidatos, tanto as efetuadas por pessoas físicas quanto por jurídicas (arts. 23 e 81, LE; arts. 38, III e 39, *caput* e § 5º, LOPP), além de recursos próprios dos candidatos (art. 23, § 1º, II) e recursos provenientes da comercialização de bens ou da realização de eventos com o fim próprio de aplicação em campanha eleitoral (Res. TSE n. 23.217/2010, art. 14, VI).

⁶ No caso dos partidos, essas doações podem ser feitas, inclusive, diretamente ao Fundo Partidário.

Essas doações submetem-se a um complexo regramento legal, havendo controle quanto à origem, ao montante que cada indivíduo pode fornecer, e qual a gestão e o destino que lhes é dado. Além disso, os destinatários têm a obrigação legal de prestar contas à Justiça Eleitoral (art. 81, §§, LE).

No ano eleitoral, a cada eleição, uma lei disporá sobre o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa, sempre respeitando as peculiaridades locais. Caso inexistir essa lei, caberá a cada partido político estabelecer tal limite, e deverá comunicar à Justiça Eleitoral, que conferirá publicidade às informações (art. 17-A, LE). Frisa-se que a competência para a fixação do teto de despesas de campanha não é da Justiça Eleitoral, mas do legislador e dos partidos políticos, respectivamente.

Com base nesse limite, os partidos devem informar, no pedido de registro dos seus candidatos, os valores máximos que farão por cargo eletivo em cada eleição a que concorrerem⁷. As candidaturas de vices ou suplentes devem ser incluídas às candidaturas dos titulares e, em caso de coligação, o valor máximo fixado será individual, para cada partido que a integrar.

O responsável pela administração financeira da campanha será o candidato ou alguém designado por ele, podendo utilizar-se de recursos repassados pelo comitê (inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário) e de recursos próprios ou doações de pessoas físicas ou jurídicas, na forma estabelecida nesta lei (art. 20, LE).

7 LE, art. 18. Esses valores têm a obrigação de respeitar o teto previsto, conforme a Lei 11.300/2006, que alterou o preceito anterior, o qual dispunha que os partidos e as coligações deveriam indicar os valores máximos dos gastos que seriam feitos “por candidato”. Atualmente, esse limite é em relação ao número de cargos eletivos. O §2º desse artigo ainda dispõe sobre a cominação de multa caso haja dispêndio além dos valores declarados, possibilidade de alegar abuso de poder econômico, e, ainda, impugnação do mandato do eleito.

A LE dispõe ainda que o candidato será solidariamente responsável com a pessoa indicada na forma do artigo 20 pela veracidade das informações financeiras e contábeis da campanha, devendo ambos assinar a prestação de contas⁸.

A formação, a composição e a atuação do comitê devem ser disciplinadas pelo estatuto partidário, observadas as limitações legais. O artigo 34 da LOPP obriga a criar-se esse órgão político, e ainda estabelece a responsabilidade civil e criminal de seus membros, caso venham a cometer alguma irregularidade.

Esse comitê financeiro deverá ser criado pelo partido até dez dias úteis depois da convenção realizada para a escolha dos candidatos (art. 19, LE).

Quanto ao número de comitês, dispõe o art. 19, § 1º, da LE:

Os comitês devem ser constituídos para cada uma das eleições para as quais o partido apresente candidato próprio, podendo haver reunião, num único comitê, das atribuições relativas às eleições de uma dada circunscrição. (BRASIL, 1997).

Esse mesmo dispositivo faz uma ressalva ao afirmar que nas eleições presidenciais é obrigatória a criação de comitê nacional e facultativa a de comitês nos Estados e no Distrito Federal⁹. E ainda dispõe que o prazo para os comitês se registrarem nos órgãos da Justiça Eleitoral é de cinco dias, a contar da data de sua constituição (art. 19, § 3º, LE).

⁸ Redação dada pela Lei 11.300, de 2006.

⁹ LE, art. 19, §2º. Trata-se de um órgão vinculado a partido político, não sendo permitida a criação de comitê financeiro de coligação partidária (Resolução TSE nº 23.376, de 1º de março 2012, art. 7º § 2º).

Como funções desse comitê depreendem-se: a) arrecadação e aplicação dos recursos de campanha; b) distribuição dos recibos eleitorais aos candidatos; c) fornecimento de informações referentes à arrecadação e à aplicação dos recursos aos candidatos (e as respectivas prestações de contas); d) encaminhamento da prestação de contas dos candidatos às eleições majoritárias e às proporcionais à Justiça Eleitoral, caso estes não o façam¹⁰.

Mas alguns requisitos devem ser observados para a efetivação do registro do comitê, como: a) requerimento do registro de candidatura ou do comitê financeiro; b) inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); c) comprovação da abertura de conta bancária específica destinada a registrar a movimentação financeira de campanha; d) emissão de recibos eleitorais (Res. TSE 23.376/12, art. 2º). Cumpridas essas formalidades, pode-se iniciar a colheita de recursos no meio socioeconômico, cujo termo final é fixado para o dia da eleição¹¹.

No CNPJ, com o escopo de abertura de contas bancárias para a captação e a movimentação dos recursos, devem estar inscritos tanto os comitês de partidos políticos quanto os candidatos. Tais práticas visam impedir que as candidaturas sejam irrigadas com dinheiro de origem ilícita, como a prática de caixa dois e o tráfico de entorpecentes. Encerrado o pleito eleitoral, as inscrições são canceladas *ex officio* automaticamente pela Receita Federal, normalmente em 31 de dezembro do mesmo ano.

10 Lei 9.504/1997, arts. 19, 28, §§ 1º e 2º, e 29. Em relação às funções dos comitês e ao procedimento relativo à prestação de contas nas eleições de 2012, ver Resolução TSE nº 23.376, de 1º de março de 2012.

11 Excepcionalmente, depois dessa data, poderá ser permitida a colheita a fim de quitar despesas contraídas durante a campanha, desde que regularmente comprovadas.

O art. 22 da LE exige que seja aberta uma conta bancária específica¹² pelos candidatos e pelos comitês, só que, no caso de coligações, cada consorciado deverá abrir a sua própria conta¹³.

Nessa conta devem transitar todas as movimentações referentes à campanha (inclusive as provenientes de recursos próprios dos candidatos, já que os movimentos financeiros de qualquer natureza devem ser feitos mediante cheque nominal ou transferência bancária)¹⁴.

Liberados dessa obrigação legal estão os vices e os suplentes, pois a conta deles está vinculada à conta do titular; e há ainda uma ressalva trazida pelo § 2º desse mesmo artigo:

O disposto neste artigo não se aplica aos casos de candidatura para Prefeito e Vereador em Municípios onde não haja agência bancária, bem como aos casos de candidatura para Vereador em Municípios com menos de vinte mil eleitores. (BRASIL, 1997).

Caso ocorram gastos provenientes de conta diversa da específica, o partido ou o candidato estará sujeito às sanções do §3º.

A expedição de recibos eleitorais é obrigatória e, conforme a LE (Res. TSE 23.376/12), toda e qualquer doação deverá ser feita mediante recibo impresso ou ainda eletrônico nos casos de doações feitas pela internet¹⁵.

12 O termo “específica” significa que é vedado utilizar conta preexistente.

13 Não há disposição legal que impeça que seja aberta mais de uma conta por candidato ou comitê.

14 Ainda que o candidato ou o comitê não disponha de recursos, e que não haja movimentações financeiras, a abertura de conta é obrigatória e figurará na futura prestação de contas. Os bancos não podem negar-se a abri-la e nem mesmo a impor uma quantia mínima para ela (além da cobrança de taxas e manutenção da conta).

15 LE, art. 23, §2º - alteração dada pela lei 12.034 de 2009. Os recibos devem ostentar numeração seriada única, iniciando-se pelo número do partido. Deverão ser expedidos ainda que o candidato faça doação para a sua própria campanha.

Entre os recursos em geral¹⁶, estão as receitas de campanha advindas de recursos próprios do candidato, as doações estabelecidas em lei, a comercialização de bens e a realização de eventos¹⁷, bem como a aplicação financeira dos recursos de campanha.

As doações¹⁸, depois das alterações das Leis 11.300/2006 e 12.034/2009, podem ser da seguinte forma: a) cheques cruzados e nominais ou transferência eletrônica de depósitos; b) depósitos em espécie devidamente identificados até o limite fixado em lei; c) mecanismo disponível em sítio do candidato, partido ou coligação na internet, permitindo inclusive o uso de cartão de crédito, e que deverá atender aos seguintes requisitos: identificação do doador e emissão obrigatória de recibo eleitoral para cada doação realizada (art. 23, § 4º, LE).

Ressaltam-se as vedações expressas prescritas na LE para as doações a partidos ou a candidatos feitas por determinadas pessoas jurídicas de natureza privada:

Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de:

I - entidade ou governo estrangeiro;

II - órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público;

16 Recursos em geral são os cheques ou transferências bancárias, os títulos de crédito, bem como os bens e serviços estimáveis em dinheiro.

17 O evento deverá ser comunicado à Justiça Eleitoral com antecedência mínima de cinco dias, para que se possa fiscalizá-lo se julgar necessário.

18 As doações podem abranger dinheiro (em espécie ou por título de crédito), coisas (material de escritório, combustível, ferramentas para a confecção de propagandas, instrumentos), cessão de uso de móveis ou imóveis, prestação de serviços, entre outros.

- III - concessionário ou permissionário de serviço público;
 - IV - entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal;
 - V - entidade de utilidade pública;
 - VI - entidade de classe ou sindical;
 - VII - pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior;
 - VIII - entidades beneficentes e religiosas; (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)
 - ~~IX - entidades esportivas que recebam recursos públicos;~~ (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)
 - IX - entidades esportivas; (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009);
 - X - organizações não-governamentais que recebam recursos públicos; (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)
 - XI - organizações da sociedade civil de interesse público. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)
- Parágrafo único. Não se incluem nas vedações de que trata este artigo as cooperativas cujos cooperados não sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que não estejam sendo beneficiadas com recursos públicos, observado o disposto no art. 81 (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009). (BRASIL, 1997).

Em relação aos gastos que estão sujeitos a registro:

Art. 26. São considerados gastos eleitorais, sujeitos a registro e aos limites fixados nesta Lei: (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

- I - confecção de material impresso de qualquer natureza e tamanho;

II - propaganda e publicidade direta ou indireta, por qualquer meio de divulgação, destinada a conquistar votos;

III - aluguel de locais para a promoção de atos de campanha eleitoral;

~~IV - despesas com transporte ou deslocamento de pessoal a serviço das candidaturas;~~

IV - despesas com transporte ou deslocamento de candidato e de pessoal a serviço das candidaturas; (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

V - correspondência e despesas postais;

VI - despesas de instalação, organização e funcionamento de Comitês e serviços necessários às eleições;

VII - remuneração ou gratificação de qualquer espécie a pessoal que preste serviços às candidaturas ou aos comitês eleitorais;

VIII - montagem e operação de carros de som, de propaganda e assemelhados;

~~IX - produção ou patrocínio de espetáculos ou eventos promocionais de candidatura;~~

IX - a realização de comícios ou eventos destinados à promoção de candidatura; (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

X - produção de programas de rádio, televisão ou vídeo, inclusive os destinados à propaganda gratuita;

XI - pagamento de cachê de artistas ou animadores de eventos relacionados a campanha eleitoral; (Revogado pela Lei nº 11.300, de 2006)

XII - realização de pesquisas ou testes pré-eleitorais;

XIII - confecção, aquisição e distribuição de camisetas, chaveiros e outros brindes de campanha; (Revogado pela Lei nº 11.300, de 2006)

XIV - aluguel de bens particulares para veiculação, por qualquer meio, de propaganda eleitoral;

XV - custos com a criação e inclusão de sítios na Internet;

XVI - multas aplicadas aos partidos ou candidatos por infração do disposto na legislação eleitoral.

XVII - produção de *jingles*, vinhetas e *slogans* para propaganda eleitoral. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006). (BRASIL, 1997).

Convém ressaltar que a Lei 11.300/2006 alterou a redação do *caput* e deixou claro que o rol legal constituía *numerus apertus*, o que permitiu outras hipóteses diversas das arroladas no artigo 26. A nova redação traz a expressão *numerus clausus* e não admite outras possibilidades de gastos eleitorais.

Porém, o TSE, ao elaborar resoluções, vem admitindo outras modalidades de despesas, como é o caso das doações feitas a outros candidatos ou a comitês financeiros, conforme art. 20, XV, da Res. 22.250/2006, e Res. 22.715/2008¹⁹.

Também sobre os gastos de campanhas, o artigo 27 da LE afirma que qualquer candidato pode realizá-los em apoio a candidato de sua preferência, até a quantia equivalente a 1.000 (mil) UFIR, mas tais despesas não estão sujeitas a contabilização, a menos que sejam reembolsadas pelo comitê ou pelo candidato.

a) Limites das doações

Os limites garantidos pela LE para doações devem ser respeitados. No caso das pessoas físicas, o limite é de até 10% dos rendimentos auferidos no ano anterior ao da eleição

¹⁹ Em relação às propagandas nas campanhas eleitorais, a LE fixa no seu artigo 39 e §§, uma série de vedações que possam trazer algum tipo de vantagem ao eleitor, como a oferta de brindes e a proibição de showmícios. Caso essas vedações não sejam respeitadas, consomem-se os “gastos ilícitos”, podendo levar à negação ou cassação do diploma do candidato eleito.

(art. 23, § 1º, I, LE). Quanto às pessoas jurídicas, o limite é de até 2% de seu faturamento bruto no ano anterior ao da eleição (art. 81, § 1º, LE).

No caso de recursos próprios dos candidatos, o limite é o valor máximo de gastos estabelecido pela lei ou, na ausência desta, pelo seu próprio partido (art. 23, § 1º, II c/c art. 17-A, LE).

No que concerne às doações de pessoas físicas ou jurídicas para a constituição do Fundo Partidário ou para beneficiar diretamente os partidos políticos, não há limite previsto em lei. Entretanto, caso o partido faça aplicação desses recursos de origem privada em campanhas eleitorais (arts. 38, III; 39, caput e § 5º, LOPP), obrigatoriamente deve respeitar os limites previstos em lei às doações específicas para campanhas eleitorais (arts. 23, § 1º e 81, § 1º, LE).

Os comitês financeiros podem fazer doações a outros comitês ou a candidatos de outros partidos. Nesse caso, não há limite fixado em lei para o valor da transferência.

2.1.3. Sistema misto

É o caso do sistema brasileiro, conforme se pôde observar, já que o sistema misto de financiamento eleitoral é quando a arrecadação para financiar os gastos de campanha admite tanto os recursos provenientes do poder público como os do setor privado.

2.2. Sistema eleitoral português

Em Portugal, o financiamento sofreu uma série de modificações no decorrer da história. Assim, entre 1974 e 1993, quanto às fontes de financiamento, os dispositivos legais previam somente que:

I - as despesas de candidatura e campanha eram suportadas pelos respectivos partidos políticos;

II - eram proibidas as contribuições de pessoas coletivas (nacionais e estrangeiras);

III - eram proibidas as contribuições pecuniárias de pessoas singulares estrangeiras;

IV - no caso de eleições presidenciais e autárquicas, eram permitidas, respectivamente, as contribuições de pessoas singulares que fossem subscritoras das candidaturas presidenciais ou das candidaturas apresentadas por grupos de cidadãos (RODRIGUES, 2007)²⁰.

Em 1993, entre as novas fontes de receitas, passou-se a aceitar as contribuições de pessoas coletivas e a prever a subvenção estatal (RODRIGUES, 2007, p. 68)²¹.

Em relação às contribuições de pessoas coletivas, no caso de partidos políticos, exigia-se que o certificado fosse um documento emitido por órgão competente.

O limite máximo de doações por pessoas singulares não podia ultrapassar a 100 smn (salário mínimo nacional mensal) por pessoa, e eram obrigatoriamente tituladas por cheque quando excedesse a 15 smn²².

20 A autora faz uma relação da evolução do financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais, realizando uma comparação dos dispositivos legais antigos e da legislação atual.

21 Foi pela Lei 72/1993 que se institucionalizou a chamada subvenção (ou coparticipação) estatal para as campanhas eleitorais, cuja motivação central foi garantir um mínimo de igualdade de oportunidade entre as candidaturas. Analítico de Periódico. “Os grupos de cidadãos eleitores que apresentarem candidaturas simultaneamente aos dois órgãos do município (câmara e assembleia municipal) e que obtenham representação de pelo menos um elemento directamente eleito ou no mínimo 2% dos votos em cada sufrágio têm direito a uma subvenção estatal para a realização da campanha eleitoral”. (no valor de 50% do fixado para o município, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 19.º da Lei 56/1998) - Art.º 29.º da Lei 56/98, de 18 de Agosto, com a redacção da Lei 23/2000, de 23 de agosto.

22 Podendo constar de ato anónimo até esse valor.

Em relação às pessoas coletivas, o limite por pessoa também era de 100smn, mas no total não poderia exceder a 1/3 do limite legal das despesas²³.

Existia também a vedação legal de empréstimos e de doações de empresas públicas, sociedades de capitais exclusivamente ou majoritariamente públicos, empresas concessionárias de serviços públicos, associações sindicais, pessoas coletivas estrangeiras etc.

Em 1993 foi que surgiu um regime específico para as despesas, o qual consistia na obrigação de discriminação por categorias e na exigência de junção às contas de documento certificativo relacionado a cada ato de despesa de valor superior a 5 smn (RODRIGUES, 2007, p. 71)²⁴.

Em 1998, manteve-se o regime anterior e acrescentou-se ainda a proibição de receber ou de aceitar quaisquer contribuições ou donativos indiretos que sejam objeto de pagamento por terceiro de despesas que aqueles aproveitem, fora dos limites consentidos para os donativos (RODRIGUES, 2007, p. 71).

Em 2001, o advento da Lei 23/2000 acrescentou a seguinte ressalva, em relação à proibição de donativos por pessoas coletivas: “salvo a possibilidade de contrair empréstimos junto de instituições de crédito e sociedades financeiras”. Nos donativos de pessoas singulares, o limite passou de 100 para 80 smn; e os donativos anônimos passaram também a ter limite (500 smn) (RODRIGUES, 2007, p. 73).

O conceito de despesas de campanha apenas foi definido em 2001: as que, tendo essa finalidade, se efetuam a partir da pu-

23 Deveriam ser precedidas de deliberação escrita do órgão competente.

24 Em 2001, o valor passou para 3smn.

blicação do decreto que marca a data das eleições e até a realização do ato eleitoral respectivo (RODRIGUES, 2007, p. 74).

Passou ainda a exigir que o pagamento de qualquer despesa superior a 2smn seja feito por meio de cheque ou de operação bancária que permita a identificação do montante e entidade destinatária; e determinou que as candidaturas não poderiam adquirir bens ou serviços a pessoas singulares e coletivas, nacionais ou estrangeiras, a preços inferiores aos praticados no mercado (RODRIGUES, 2007, p. 74).

Atualmente, o financiamento é regido pela Lei 19, de 20 de junho de 2003, na qual constam as seguintes fontes de campanha:

- subvenção estatal (RODRIGUES, 2007, p. 82)²⁵;
- contribuição dos partidos políticos que apresentem ou apoiem candidatos, donativos de pessoas singulares apoiantes de candidatos a Presidente da República e apoiantes de grupos de cidadãos eleitores²⁶;
- produto de atividades de angariação de fundos durante as campanhas²⁷.

Quanto à repartição de subvenção estatal, o artigo 18 dispõe sobre a percentagem que deve ser atribuída aos partidos e aos candidatos que preencham os requisitos mínimos na proporção dos resultados eleitorais (MIRANDA, 2007, p. 279-280).

25 Ver artigo 17, Lei 19/2003 e ainda, quadro comparativo de cada eleição (Presidente da República, Assembleia da República, Assembleias Legislativas Regionais, Parlamento Europeu, Autarquias Locais).

26 Essa contribuição deve ser certificada por documento emitido pelo órgão competente, conforme artigo 16, n.º 2, Lei 19/2003.

27 Limite máximo de 60smn por doador, e as doações devem ser obrigatoriamente tituladas por cheque ou outro meio que identifique o montante e a sua origem, independentemente do valor (artigo 16, n.º 3, Lei 19/2003).

O artigo 19 dispõe sobre a transparência de despesas e informa a necessidade de junção de documentos certificativos de cada dispêndio e pagamento que, em princípio, deverá ser feito mediante instrumento bancário.

Entende-se por despesas eleitorais aquelas efetuadas pelas candidaturas, visando a um intuito ou a um benefício eleitoral dentro de seis meses²⁸, e que tenha um registro documental em relação a cada ato de despesa (RODRIGUES, 2007, p. 84).

O artigo 20 da mesma lei estabelece os limites de despesas de campanha, a obrigatoriedade de abrir conta específica e de se constituir um mandatário financeiro para cada conta de campanha²⁹.

3. O controle do financiamento eleitoral: procedimento de fiscalização, prestação de contas e sanções

3.1. Sistema eleitoral brasileiro

3.1.1. Controle das doações

Conforme o artigo 30 da LE e o artigo 34 da LOPP, o controle feito mediante a fiscalização contábil realizada pela Justiça Eleitoral observa as seguintes regras:

- Movimentação financeira exclusiva em contas correntes específicas para fins eleitorais, abertas pelos comitês financeiros e candidatos antes de quaisquer ocorrências de arrecadação e aplicação dos recursos financeiros eleitorais (art. 22 da LE);

28 Lei 19/2003, art. 19º, I. Consideram-se despesas de campanha eleitoral as efetuadas pelas candidaturas, com intuito ou benefício eleitoral, dentro dos seis meses imediatamente anteriores à data do acto eleitoral respectivo.

29 Do mesmo modo que é estabelecido pela legislação brasileira – Lei 19/2003, arts. 15 e 21,

- Constituição e registro de comitês financeiros, órgãos partidários responsáveis pela arrecadação e aplicação desses recursos em campanhas eleitorais (art. 19 da LE);
- Inscrição de candidatos e comitês financeiros em Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) antes de quaisquer ocorrências de arrecadação e aplicação dos recursos financeiros eleitorais (art. 22-A da LE);
- Comprovação de doações a candidatos ou partidos mediante emissão de recibos eleitorais correspondentes aos valores doados (art. 23, § 2º da LE);
- Prestação de contas eleitorais por partidos e candidatos e prestação de contas anuais partidárias (art. 28 e ss da LE; art. 30 e ss da LOPP).

3.1.2. Prestação de contas

Visando a uma maior transparência financeira, e a fim de cercar o abuso do poder econômico, a Justiça Eleitoral determina que, encerradas as eleições, os candidatos e os comitês financeiros devem prestar contas dos gastos e de todos os recursos arrecadados na campanha eleitoral.

É direito imprescindível dos eleitores saber de que forma e por quem foi financiada a campanha de seus mandatários, pois, sem isso, não seria possível observar o exercício da cidadania em sua máxima efetividade. Sem a transparência inerente à prestação de contas, o cidadão não teria as informações necessárias para formar a sua consciência político-moral e utilizar com sabedoria o seu direito de sufrágio.

Nesse sentido, instaura-se na Justiça Eleitoral o chamado Processo de Prestação de Contas (PCON), cuja natureza é essencialmente administrativa e pública, o que significa que

qualquer pessoa tem acesso a ele, podendo inclusive tirar cópia (total ou parcial), ressalvada a existência de documento que, pela natureza, se deva guardar sigilo.

É importante realçar que, com o advento da Lei 11.300/2006, mesmo durante as campanhas, os partidos, as coligações e os candidatos passaram a ter a obrigação legal de divulgar por meio da internet um relatório no qual se discriminam os recursos em dinheiro ou estimáveis em dinheiro que receberam para financiar suas campanhas. Devem ainda informar os gastos realizados em sítio eletrônico criado pela Justiça Eleitoral (JE) nas datas fixadas: 6 de agosto e 6 de setembro do ano eleitoral, conforme a LE, art. 28, § 4º. Essas são chamadas de prestações parciais de conta (GOMES, 2008. p. 252)³⁰.

A administração da campanha pode ser feita pelo candidato ou por pessoa designada por ele. Ambos são solidariamente responsáveis (administrativa, civil e penalmente) pela veracidade das informações, devendo assinar conjuntamente a respectiva prestação de contas (art. 21 da LE).

Nas eleições majoritárias, as prestações de contas serão feitas por intermédio do comitê financeiro, devendo ser acompanhadas dos extratos das contas bancárias referentes à movimentação dos recursos financeiros e dos cheques recebidos, com a indicação dos respectivos valores, números e emitentes (art. 28, § 1º da LE). No caso das eleições proporcionais, as prestações de contas serão feitas pelo comitê financeiro ou pelo próprio candidato (art. 28, § 2º da LE).

30 Além disso, com vista a subsidiar a análise final do processo, a Justiça Eleitoral de ofício poderá realizar fiscalizações, instando potenciais doadores, fornecedores de produtos e serviços a prestarem informações sobre doações a candidatos ou negócios com eles entabulados.

O prazo final para que os comitês financeiros prestem contas à Justiça Eleitoral é até o 30º (trigésimo) dia posterior às eleições. Se houver dois turnos de votação, os candidatos que o disputem deverão apresentar as contas de uma só vez no mesmo prazo, porém a contar da realização do segundo turno (GOMES, 2008, p.253).

Ainda em relação às ações do comitê ao receber as contas dos candidatos, o artigo 29, I e II, da LE dispõe que esse deve: a) verificar se os valores declarados pelo candidato à eleição majoritária como tendo sido recebidos por intermédio do comitê conferem com seus próprios registros financeiros e contábeis; b) resumir as informações contidas nas prestações de contas, de forma a apresentar demonstrativo consolidado das campanhas dos candidatos.

A obrigação de prestar contas estende-se até mesmo ao candidato que renunciar, desistir ou tiver o registro indeferido pela Justiça Eleitoral, conforme se verifica no artigo 35 da Res. TSE 23.376/2012, § 5º: o candidato que renunciar à candidatura, dela desistir, for substituído ou tiver o seu registro indeferido pela Justiça Eleitoral deverá prestar contas correspondentes ao período em que participou do processo eleitoral, mesmo que não tenha realizado campanha.

No caso de falecimento, essa obrigação é transmitida ao administrador financeiro ou, na ausência deste, à direção do partido (art. 5º, § 6º, da Res. TSE 23.376/2012).

Os candidatos têm a faculdade de enviar suas contas aos respectivos comitês ou prestá-las diretamente à Justiça Eleitoral (art. 29, § 1º, da LE). Para fiscalizar e decidir sobre a regularidade das contas, a JE tem à sua disposição o apoio técnico de órgão e auditoria de controle interno. É também permitido, com fulcro no artigo 30, §3º, da LE, requisitar servidores

dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal ou (quando houver) dos municípios, pelo tempo que for preciso.

A JE, caso verifique irregularidade³¹, poderá requisitar informações adicionais *ex officio* e também poderá determinar diligências para complementar dados ou sanar falhas que deverão ser cumpridas em até 72 horas contadas da intimação (art. 30, § 4º, da LE).

Atualmente, o artigo 30 (incisos) da LE traz quais são as possibilidades de decisão a respeito da regularidade das contas de campanha: pela aprovação (quando estiverem regulares); pela aprovação com ressalvas (quando verificadas falhas que não lhes comprometam a regularidade); pela desaprovação (quando verificadas falhas que lhes comprometam a regularidade); pela não prestação (quando não apresentadas as contas pós-notificação emitidas pela Justiça Eleitoral em que consta a obrigação expressa de prestá-las no prazo de 72 horas).

Caso decida pela desaprovação ou por aprovação com ressalvas³², será aberta vista aos autos ao remetente das prestações para, no prazo de 72 horas, manifestar-se. Nesse momento, ele poderá trazer novas informações e documentações, que serão apreciadas pelo órgão técnico ratificando ou alterando o parecer emitido (arts. 47 e 48 da Res. TSE 23.376/12). Depois dessa análise técnico-contábil, o Ministério Público terá a vista dos autos, devendo manifestar-se dentro de 48 horas (art. 50).

31 Res. TSE nº 23.376/2012, art. 49: Erros formais e materiais corrigidos ou tidos como irrelevantes no conjunto da prestação de contas não ensejam a sua desaprovação e a aplicação de sanção (Lei nº 9.504/97, art. 30, §§ 2º e 2º-A).

32 O artigo 16, inciso II, da Lei nº 8443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - TCU) estabelece que “as contas são julgadas regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulta dano ao erário”.

Como a aprovação com ressalvas não está expressa na LE, a Justiça Eleitoral (JE) vem adotando esse entendimento sempre que as contas prestadas pelos comitês dos partidos e pelos candidatos não estiverem inteiramente regulares, mas que também não ostentem falhas muito graves, ou seja, quando os erros materiais forem insignificativos³³.

Entretanto, não há um critério concreto para designar “pequenos erros materiais”. Trata-se de uma lacuna legal que, nesse caso, depende do entendimento do julgador.

Continuando a análise do procedimento de fiscalização e de prestação de contas, dispõe o artigo 30, §1º da LE: “a decisão que julgar as contas dos candidatos eleitos será pública em sessão até 8 (oito) dias antes da diplomação”. Antes da Lei 11.300/2006, constava no referido artigo a expressão “eleitos ou não”; porém, com a modificação do texto, ficou claro que somente as contas dos candidatos eleitos devem ser julgadas.

Deve a Justiça Eleitoral cumprir tempestivamente o prazo referido, pois nenhum candidato eleito poderá ser diplomado sem que tenha suas contas julgadas.

Caso o candidato ou o comitê não concorde com a decisão proferida pela Justiça Eleitoral, pode-se impetrar recurso ao

33 [...]. Prestação de contas referente ao exercício financeiro de 2005. Impropriedades não sanadas. Aprovação com ressalvas. 1. O pagamento de juros e multas decorre do inadimplemento de uma obrigação, não se incluindo entre as despesas destinadas à manutenção das sedes e dos serviços do partido, autorizadas pelo art. 44, I, da Lei 9.096/95. *In casu*, o PMDB efetuou o pagamento de juros e multas, no valor de R\$ 4.681,11 (quatro mil, seiscentos e oitenta e um reais e onze centavos), o qual deve ser recolhido ao Erário, devidamente atualizado. Contudo, no caso, considerando o reduzido valor, entendo ser aplicável à hipótese o disposto no art. 27, II da Resolução-TSE 21.841/2004. [...]. 2. É assente nesta c. Corte que a existência de irregularidades formais enseja a aprovação das contas com ressalvas [...]. Na espécie, o partido requerente incorreu em impropriedades de natureza formal, de cunho técnico, que examinadas em conjunto não comprometem a integridade e a transparência da prestação de contas, à inteligência do art. 27, II, da Resolução-TSE nº 21.841/2004. [...]. (*Ac. De 30.3.2010 no Pet nº 1.831, rel. Min. Felix Fischer*).

órgão superior da JE, no prazo de 3 (três) dias, a contar da publicação no Diário Oficial (art. 30, § 5º, da LE). No mesmo prazo, caberá recurso especial ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) quando forem preenchidas as hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 121 da Carta Magna³⁴.

3.1.3. Sanções aplicadas

Os doadores de recursos (pessoas físicas ou jurídicas), os candidatos a cargo público, os agentes públicos e os partidos políticos (assim como as coligações partidárias) estarão sujeitos às penalidades previstas na LE. Essas punições podem ser de caráter penal (como, por exemplo, cassação de diploma) ou administrativo (multas ou sanções pecuniárias)³⁵.

Quando candidato ou partido usa recursos além dos valores declarados à Justiça Eleitoral, está sujeito ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes da quantia em excesso (art. 17, § 2º, LE). Caso utilize recursos financeiros para o pagamento de gastos eleitorais que não estejam vinculados a conta bancária específica, terá sua prestação de contas desaprovada; e se for comprovado abuso de poder, terá cancelado o registro da candidatura ou a cassação do diploma (art. 22, § 3º, LE).

Nesse caso, a Lei 4.737, de 15 de julho de 1965, determina que sejam remetidas cópias de todo o processo ao Ministério

34 Esses parágrafos (5º e 6º) foram acrescentados em 2009, pela Lei 12.034 (minireforma eleitoral). As hipóteses previstas pela Constituição Federal são: quando as decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei, ou quando ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais Tribunais Eleitorais. Essa Lei também trouxe a possibilidade de aplicação do disposto no artigo 30 aos processos judiciais pendentes (§7º).

35 Nos casos de reincidência, as penas pecuniárias previstas nesta Lei aplicam-se em dobro (LE, art. 90, §2º).

Público para o ajuizamento de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) ou de Ação de Impugnação de Mandato Eleitoral (AIME); também podendo cogitar o Recurso Contra a Expedição de Diploma (RCED) que consta no art. 222, IV, do Código Eleitoral (CE)³⁶.

A Resolução TSE 22.715/2008, artigo 41, § 3º, trouxe sanção aos que tiverem as suas contas desaprovadas. Estabelece que “a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu”. Sem a referida certidão, é impossível o registro da candidatura, conforme o artigo 11, §1º, VI, da LE.

Já o partido político que descumprir as normas referentes à arrecadação e à aplicação de recursos estabelecidos na LE, não terá direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte, e os candidatos beneficiados responderão ainda por abuso de poder econômico³⁷.

No âmbito das doações, tem-se que os doadores de recursos de campanha que não respeitarem os limites fixados na lei estão sujeitos ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes o valor excedente (RAMAYANA, 2011, p. 508)³⁸.

Existe a possibilidade de a doação ser utilizada para mascarar

36 LE, art. 22, §4º.

37 Cf. art. 25, par. único, da LE: A sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, por desaprovação total ou parcial da prestação de contas do candidato, deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses, ou por meio do desconto, do valor a ser repassado, na importância apontada como irregular, não podendo ser aplicada a sanção de suspensão, caso a prestação de contas não seja julgada, pelo juízo ou tribunal competente, após 5 (cinco) anos de sua apresentação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009).

38 LE, art. 23, §3º. O critério da variação deve ser conforme a situação financeira do doador, devendo ser fundamentada em decisão judicial.

a lavagem de dinheiro e outras condutas penais, como o caso da falsidade ideológica³⁹ (artigo 350 do CE) e de alguns crimes tributários que, com fulcro no CE, devem ser apurados em procedimentos autônomos, servindo como prova da investigação nos autos do processo da representação (RAMAYANA, 2011, p. 508).

No que concerne à captação ou a gastos ilícitos de recursos, se comprovados, será negado o diploma ao candidato ou, caso já tenha sido outorgado, esse terá o diploma cassado (art. 30-A, § 2º, da LE).

Caso um agente público pratique alguma das condutas vedadas descritas no artigo 24 da LE, estará sujeito às penalidades do art. 73 da mesma lei, sendo elas:

§ 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR.

§ 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do caput e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4º, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 6º As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência.

§ 7º As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

39 Cf. art. 350, CE: Omitir em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa que devia ser escrita, para fins eleitorais.

§ 8º Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem.

§ 9º Na distribuição dos recursos do Fundo Partidário (Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995) oriundos da aplicação do disposto no § 4º, deverão ser excluídos os partidos beneficiados pelos atos que originaram as multas. (BRASIL, 1997).

Para concluir, o artigo 90 da LE dispõe que aos crimes definidos na referida lei aplica-se os arts. 287 e 355 a 364 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, do CE.

Em se tratando de sanção penal, o §1º do mesmo artigo afirma que os representantes legais dos partidos e das coligações respondem penalmente. E ainda, a pessoa física e os dirigentes das pessoas jurídicas estão sujeitos aos efeitos de inelegibilidade previstos no art. 1º, inciso I, alíneas j e p da Lei Complementar 64/1990 (RAMAYANA, 2011, p. 508).

Em relação aos recursos financeiros de origem não identificada ou arrecadados durante a campanha eleitoral que não tenham sido gastos, gerando um saldo positivo no balanço final (GOMES, 2008, p. 259), o artigo 30, § único, da LE determina que se, ao final da campanha, ocorrer sobra de recursos financeiros, esta deve ser declarada na prestação de contas e, depois de julgados todos os recursos, transferida ao órgão do partido na circunscrição do pleito ou à coligação, neste caso, para divisão entre os partidos que a compõem, devendo os valores serem declarados em suas prestações de contas à JE, com a identificação dos candidatos (art. 30, § único, da LE).

3.2. Sistema eleitoral português

Uma das novidades da Lei 19, de 20 de junho de 2003, foi haver concentrado a fiscalização das contas anuais dos parti-

dos políticos e das campanhas eleitorais numa única entidade: o Tribunal Constitucional (SILVA, 2005, p. 1210). Antes dessa lei, a apreciação das contas de campanha era de competência da Comissão Nacional de Eleições (CNE), sendo do Tribunal apenas a apreciação de contas referente aos partidos (SILVA, 2005, p. 1210).

Também introduziu no sistema um novo órgão independente, a Entidade das Contas e Financiamento Político (ECFP), cuja função é coadjuvar tecnicamente o Tribunal Constitucional na apreciação e na fiscalização das contas dos partidos e das campanhas eleitorais⁴⁰. Trata-se a ECFP de um órgão análogo à Commission Nationale des Comptes de Campagne et des Financements Politiques, criado na França em 1990, e tem como competências:

- instruir os processos referentes às contas dos partidos políticos e das campanhas eleitorais apreciadas pelo Tribunal Constitucional –TC – (art. 9/1/a da Lei 2/2005) (MIRANDELA, 2005);
- fiscalizar a correspondência entre os gastos declarados e as despesas efetivamente realizadas no âmbito das contas dos partidos e das campanhas eleitorais (art. 9/1/b da Lei 2/2005);
- realizar por iniciativa própria ou solicitação do TC, inspeções e auditorias de qualquer tipo ou natureza a determinados atos, procedimentos e aspectos da gestão financeira quer das contas dos partidos quer das campanhas (art. 9/1/e da Lei 2/2005);
- realizar as consultas de mercado que permitam elaborar uma lista indicativa do valor dos principais meios de campanha e de propaganda política, visando controlar os preços de aquisição ou venda de bens e serviços prestados, previstos nas alíneas a e b do artigo 8/3 da Lei 19/2003 (art. 9/2 da Lei 2/2005).

40 Cf. art. 24/1 da Lei 19/2003.

A Entidade pode definir por regulamentos as regras necessárias à normalização de procedimento no que se refere à apresentação de despesas pelos partidos e campanhas (art. 10 da Lei 2/2005), e pode emitir recomendações genéricas dirigidas às entidades sujeitas a seus poderes de controle e fiscalização (art. 11 da Lei 2/2005)⁴¹.

a) Prestação de contas

Quanto ao processo de fiscalização das contas de campanha, o artigo 17 da Lei 2/2005 dispõe que o orçamento⁴² deve ser entregue ao TC até o último dia do prazo para a entrega de candidaturas.

O mandatário financeiro, constituído nos moldes do artigo 21 da Lei 19/2003, tem o prazo máximo de 90 dias a partir da data da proclamação oficial dos resultados para prestar contas ao TC (arts. 18/2/4 e 35/1, da Lei 2/2005).

Em se tratando de eleições autárquicas, cada partido ou coligação, se concorrer a várias autarquias, apresentará as contas discriminadas como se de uma só candidatura nacional se tratasse, sem prejuízo da existência de contas de base municipal. As despesas de coligações de partidos podem ser imputadas às contas globais pelos partidos que as constituam ou pelas coligações de âmbito nacional a que estes se integrem, de acordo com a proporção dos respectivos candidatos⁴³.

⁴¹ Dispõe ainda o artigo 15 da mesma lei que a Entidade pode solicitar a quaisquer entidades, públicas ou privadas, as informações e a colaboração necessárias para o exercício das suas funções.

⁴² Essa entrega de orçamento deve ser feita obrigatoriamente em suporte informático (art. 17/2 da Lei 2/2005).

⁴³ art. 35/2 da Lei 2/2005. O art. 27/5 da lei 19/2003 diz que o Tribunal Constitucional pode, no caso das eleições autárquicas, notificar as candidaturas para que no prazo máximo de 90 dias lhe seja apresentada a conta de âmbito local. O artigo 37/1 da Lei 2/2005 delega também essa faculdade à ECFR, que o pode fazer sem-

Em síntese, o processo de fiscalização de contas de campanha eleitoral ocorre da seguinte forma:

- primeiro o TC recebe as contas prestadas e as remete à ECFP, para que seja feita a instrução do processo e apreciação das contas, por meio de uma auditoria⁴⁴ à contabilidade das campanhas eleitorais⁴⁵;
- concluída a auditoria, a ECFP elabora um relatório no qual constem as questões suscitadas relativamente a cada candidatura, tendo os candidatos um prazo de 10 dias para se pronunciarem a respeito (art. 41/1/2, da Lei 2/2005);
- passados os 10 dias, a ECFP tem um prazo de 70 dias para elaborar um parecer para que o TC possa decidir se há ou não irregularidade na prestação (art. 42, da Lei 2/2005);
- o TC recebe o parecer e decide em plenário quanto ao cumprimento das obrigações das prestações e quanto ao fato de haver ou não irregularidades, devendo pronunciar-se em um prazo máximo de 90 dias (art. 43);
- em seguida, notificam-se os partidos políticos, assim como o Ministério Público, para caso seja necessário, possa aplicar a “coima” respectiva⁴⁶;

pre que julgar necessário. Esse mesmo artigo (37/2) dispõe ainda que no caso de haver despesas comuns e centrais, a conta respectiva a essas despesas tem o limite máximo igual a 10 % do limite global admissível para o conjunto das candidaturas autárquicas apresentadas.

44 No prazo de 5 dias a contar do recebimento, tendo 35 dias para concluí-la.

45 Cf. os arts. 17, 36 e 38 da Lei 2/2005. Dispõe ainda o artigo 16/1/2 que todos os sujeitos eleitorais apresentantes de candidaturas estão obrigados a comunicar à ECFP as ações de campanha eleitoral que realizem, bem como os meios nelas utilizados, que envolvam um custo superior a um salário mínimo. Os partidos políticos estão obrigados, ainda, comunicar à ECFP as demais ações de propaganda política que realizem, bem como os meios nelas utilizados quando o custo for superior a um salário mínimo.

46 Cf. art. 43 da Lei 2/2005. Coima é o mesmo que multa pecuniária no Direito Brasileiro.

- por fim, a ECFP notifica as candidaturas da promoção do MP para que essas se pronunciem, querendo, no prazo de 10 dias sobre a matéria descrita na promoção e para que prestem esclarecimentos. Encerrado o prazo, o TC delibera em plenário sobre a punição ou não das candidaturas (arts. 44 e 45).

b) Sanções

No sistema eleitoral português, as sanções também vão além do caráter pecuniário⁴⁷.

Prevê o artigo 28 da Lei 19/2003 que os responsáveis pelos crimes de atribuição de financiamentos proibidos aos partidos que não observem os limites com gastos de campanhas fixados em lei ou obtenham receitas proibidas, ou por formas não previstas em lei, estarão sujeitos a prisão de 1 a 3 anos.

Os artigos 30, 31 e 32 da mesma lei trazem as sanções referentes à realização de despesas ilícitas, à não discriminação de receitas e de despesas e à falta da prestação de contas, respectivamente.

O artigo 30, § 1º, estabelece que partidos políticos que obtenham receitas não consentidas para a campanha ou não observem os limites fixados são puníveis com coima variável entre 20 e 400 smn. O § 2º do mesmo artigo estabelece uma coima de 10 a 50 smn às pessoas singulares que violem o artigo 16 (concernente às receitas de campanha), e uma coima de 10 a 200smn aos administradores de pessoas coletivas que não observem o mesmo dispositivo legal. Sendo pessoas coletivas, a coima também será de 10 a 200 smn.

⁴⁷ Novidades advindas da Lei nº 19/2003.

O artigo 31, por sua vez, prevê que a não discriminação de receitas e de despesas, ou a sua não comprovação documental enseja a aplicação de coima no valor de 10 a 200 smn aos partidos políticos; e no valor de 10 a 80smn aos mandatários financeiros, aos candidatos às eleições presidenciais e aos primeiros candidatos de cada lista e aos primeiros proponentes de um grupo de cidadãos eleitores.

Quanto à não prestação de contas, dispõe o artigo 32 que a punição será coima no valor de 5 a 80smn. Não sendo as contas apresentadas, os partidos políticos serão punidos com coima de 15 a 200smn, podendo ainda haver a suspensão do pagamento da subvenção estatal à qual o partido tinha direito até a data da sua efetiva apresentação.

4. Considerações sobre o financiamento de campanhas eleitorais em outros países

4.1. Sistema eleitoral norte-americano

Na década de 1970, com o caso paradigmático de corrupção denominado Watergate (SALATIEL, 2012)⁴⁸, o governo norte-americano adotou o ato de campanha denominado *Federal Election Campaign Act* (FECA), cujo escopo, a princípio, foi o de incluir o financiamento público nas campanhas eleitorais (SALATIEL, 2012).

Depois de relatos de graves abusos financeiros na campanha presidencial de 1972, o Congresso alterou o FECA em 1974, a fim de definir limites para as contribuições de indivíduos, partidos políticos e a *Political Action Commission* (PAC). As alterações de 1974 também estabeleceram a criação de uma agência independente, a *Federal Election Commission* (FEC)

48 O caso Watergate (nome do edifício no qual estava a sede do Comitê Nacional do Partido Democrata) foi o escândalo político ocorrido na década de 1970 nos Estados Unidos da América que, ao vir à tona, acabou por culminar com a renúncia do presidente americano Richard Nixon eleito pelo partido republicano.

para fazer cumprir a lei, facilitar a divulgação e administrar o programa de financiamento público. A FEC abriu as suas portas em 1975 e administrou a primeira eleição presidencial financiada publicamente em 1976 (SALATIEL, 2012).

Em relação ao FECA, as modificações buscavam ainda:

I - impor limites às fontes e às quantidades das contribuições e das despesas com as campanhas eleitorais;

II - inserir o princípio da transparência dos financiamentos privados através da publicação de certas informações referentes à origem e o montante dos fundos de campanha.

III - restringir a influência de indivíduos ricos, limitando doações individuais a US\$ 1.000 e doações pela PAC para US\$ 5.000. Essas doações eleitorais específicas são conhecidas como *hard money*. (SALATIEL, 2012).

Essa legislação foi parcialmente invalidada pela Corte suprema, no caso *Buckley v. Valeo* (CAMPAIGN, 2008)⁴⁹, em 1976.

Por um lado, essa decisão declarou inconstitucional o FECA afirmando que as limitações relativas às despesas eram contrárias à liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1791)⁵⁰. Por

49 *Buckley v Valeo*, 424 EUA 1 (1976), foi um caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou a constitucionalidade de umas partes da FECA, mas a inconstitucionalidade de outras, como a restrição das contribuições que podiam ser feitas para as campanhas políticas e as despesas pelos candidatos. Permitiu, ainda, que uma lei federal definisse limites de contribuições de campanha, afirmando que gastar dinheiro para influenciar as eleições é uma forma livre e constitucionalmente protegida, derrubando partes da lei (FECA). O tribunal também determinou que os candidatos poderiam dar quantias ilimitadas de dinheiro para suas próprias campanhas.

50 A Primeira Emenda (Emenda I) da Constituição dos Estados Unidos consiste em uma parte do *Bill of Rights*. A emenda proíbe a realização de qualquer lei que se manifeste impedindo o livre exercício da religião, cerceando a liberdade de expressão, infringindo a liberdade de imprensa, interferindo com o direito de montar pacificamente ou, até mesmo, proibindo o peticionamento para uma reparação governamental de queixas.

outro lado, a Suprema Corte considerou que as limitações referentes às doações a candidatos eram constitucionais devido ao interesse do Estado convincente na prevenção da corrupção ou de aparente corrupção.

Além disso, Buckley previu também que os requisitos de divulgação e geração de relatórios do FECA só poderiam ser aplicados a gastos autorizados ou solicitados por um candidato, ou às despesas para as comunicações que expressamente defendam a eleição ou a derrota de um candidato claramente identificado (STÉFANINI; MASTOR, 2004, p. 475)⁵¹.

As contribuições às eleições federais restaram apresentadas às limitações anunciadas pelo FECA e à obrigação da transparência. Consequentemente, só eram referidas no texto as contribuições que apareciam abertamente como sendo destinadas a uma eleição federal (*hard money*).

A Suprema Corte concluiu que os limites às contribuições de campanha servem de base de juro do governo para proteger a integridade do processo eleitoral, sem interferir diretamente nos direitos dos cidadãos e dos candidatos a participar no debate e discussão política (STÉFANINI; MASTOR, 2004, p. 475). No entanto, a Corte anulou os limites de gastos, que considerou impostas as restrições substanciais sobre a quantidade de discurso político (STÉFANINI; MASTOR, 2004, p. 475).

Após a decisão Buckley v. Valeo, uma distinção foi estabelecida entre a propaganda expressa (*express advocacy*), regulamentada pelo FECA, quando as comunicações de campanha faziam referência expressa à vitória ou à derrota do

51 La Cour suprême américaine et la réforme du financement des campagnes électorales aux États-Unis: La décision McConnell v. FEC du 10 décembre 2003.

candidato em questão⁵², a que a Corte chamou de “palavras mágicas”, e a propaganda geral (issue advocacy), isto é, os outros tipos de comunicação de campanha não definidos pelo FECA (BUCKLEY, 2012).

As derrapagens nasceram, aparentemente, das muitas opiniões e recomendações oriundas da Federal Election Commission (FEC), num contexto específico mantido pela FECA e explicitado pela Corte Suprema americana.

De um lado, são multiplicados, primeiramente, os financiamentos destinados às atividades mistas (mixed activities), isto é, as concernentes às eleições federais e às eleições estaduais ou locais; que, em princípio, não deveriam escapar à regulamentação do FECA, mas que teriam sido autorizadas pela FEC, em 1977. De outro lado, as comunicações de campanha ditas genéricas não visavam a uma eleição federal em particular com os candidatos nomeados, mas serviam, por exemplo, como uma campanha geral destinada a instigar os eleitores a se inscreverem nas listas eleitorais ou a irem votar (get-out-the-vote) (BUCKLEY, 2012).

As publicidades da campanha ou os debates gerais em torno das quais eram organizados não se encaixavam na definição precisa de propaganda expressa, mas eram projetadas de modo a servir aos mesmos interesses dos partidos políticos ou aos dos candidatos em particular.

4.2. Sistema eleitoral francês

4.2.1. França

Antes de 1988, o financiamento das campanhas eleitorais não era codificado, e os partidos deveriam se manter apenas com as

52 Eram os exemplos de dizeres como: Vote em M.X ou Não vote em M.Y.

contribuições de seus membros. Essa falta de regulamentação permitiu que os partidos estabelecessem mecanismos ocultos de financiamento ilegal: recebiam doações não regulamentadas de empresas em troca de benefícios como autorizações administrativas, contratos, equipamentos etc. (MEIRIM, 1994).

Nas últimas semanas da primeira coabitação (JACQUES, 2012)⁵³, foram votadas a Lei Orgânica 88/226 e a Lei Ordinária 88/227, de 11 de março de 1988, que estabeleceram as primeiras regras de financiamento da vida política, instituindo o princípio de financiamento público dos partidos políticos, mas incidindo apenas nos partidos representados na Assembleia e no Senado (MEIRIM, 1994, p. 44).

As principais imposições oriundas desses preceitos legislativos foram:

- fixar um teto para os gastos de campanhas eleitorais presidenciais;
- obrigar a manutenção de uma conta corrente específica com os gastos de campanhas;
- fixar o financiamento público como sendo exclusivo dos partidos políticos;
- exigir dos parlamentares e candidatos à presidência que apresentassem uma declaração de bens (MEIRIM, 1994, p. 44).

53 A *primeira coabitação* é um momento na história política da *Cinquième République* francesa, que corresponde ao período de 1986 a 1988 sob o governo de Jacques Chirac.

Quando o socialista François Mitterrand (foi o primeiro socialista a ocupar a presidência da república) era presidente, as eleições de 1986 trouxeram para a Assembleia Nacional uma maioria de direita.

Sendo assim, Mitterrand chamou Jacques Chirac (presidente do RPR) para ser o Primeiro-Ministro. Esta foi a primeira vez na V República que coexistiu um Presidente (esquerda) e um Primeiro-Ministro (direita) de diferentes quadrantes políticos. La première Cohabitation foi esse momento de Direita e Esquerda trabalhando juntas.

Entre janeiro de 1987 e fevereiro de 1989, quando aconteceu o famoso caso Urba⁵⁴, houve muita sonegação do governo nas contratações públicas.

Em 1990, devido a esse escândalo, foi publicada uma lei chamada “Lei Rocard”⁵⁵ que dispunha que aos crimes eleitorais cometidos antes de 15 de junho de 1989 seria concedida a anistia, ou seja, esses crimes seriam perdoados, “apagados”. Essa lei estendeu-se a todos os tipos de eleições e inseriu o Financiamento Público também aos partidos políticos que não tinham representação no parlamento francês (MICHEL, 2012).

Outras modificações significativas:

- o teto fixado para gastos eleitorais passou também a ser obrigatório em eleições estaduais e locais;
- o alto custo decorrente de propagandas eleitorais, como, por exemplo, veiculação por veículos de comunicação e outdoors, passaram a ser proibidos;
- as partes passam a poder beneficiarem-se de fundos privados, desde que respeitem os limites estabelecidos em lei (MICHEL, 2012).

Essa lei foi responsável, ainda, pela criação de uma Comissão Nacional de despesas de campanha e financiamento político, pela obrigatoriedade de fundação de uma Associação de Financiamento Eleitoral ou designação de um procurador financeiro para angariar fundos para a campanha política⁵⁶.

54 L'affaire Urba (janeiro de 1987 a fevereiro de 1989): Nas contratações públicas, as empresas deveriam realizar o pagamento, por meio de faturas falsas, de um valor de 2% a 4% do valor correspondente dos mercados, para um fundo de financiamento secreto do Partido Socialista Francês.

55 Nome dado em razão do primeiro-ministro francês na época, Michel Rocard.

56 La *Commission pour la transparence financière de la vie politique* (CTFVP)

Em 29 de janeiro de 1993, foi elaborada a Lei 93/122, que originada de um projeto de lei elaborado pelo governo socialista (1988-1993), foi responsável por um aumento significativo das contribuições públicas para as campanhas eleitorais e, ainda, pela diminuição do teto para os gastos com as despesas eleitorais (MEIRIM, 1994, p. 44).

Visando a uma maior transparência financeira, as contas de campanha deveriam incluir a lista de pessoas jurídicas que concedessem doações aos candidatos e o respectivo montante e, também, o serviço central de prevenção à corrupção.

Em 1995, em razão do aumento do custo das campanhas e da progressiva descentralização nacional a que foi submetida a França, elaborou-se a Lei 95/1965, que trouxe uma série de modificações. As principais delas foram:

- proibição de contribuições (ainda que indiretas) por empresas a partidos políticos franceses. Esta proibição aplica-se a todas as pessoas jurídicas que não sejam os partidos políticos, sejam eles empresas, associações, fundações, sindicatos e comunidades locais;
- paralelamente à proibição do financiamento privado, exceto a contribuição individual, o reembolso das despesas de campanha do Estado é aumentado para 50% do limite de gastos;
- redução (em média de 30%) do teto das despesas com as eleições, para todos os cargos;
- incentivo às contribuições das pessoas físicas mediante vantagens fiscais, igualando as contribuições para os partidos políticos às instituições de utilidade pública;

e *la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques* (CNCCFP) são os órgãos de controle de financiamento político. O controle é facilitado na medida em que cada parte é convidada a confiar fundos de caixa para financiar uma associação ou um agente financeiro, que pode ser uma pessoa singular. Estes devem ser aprovados pelo CNCCFP. Violações de critérios contábeis são punidos, às vezes criminosamente.

- aumento do financiamento público, podendo chegar a 100% do valor das despesas, desde que vinculado ao número de votos obtidos;
- aumento dos créditos públicos para os partidos políticos, sendo uma parte para todos os partidos em função do número de votos obtidos, e a outra, em função do número de candidatos eleitos (MEIRIM, 1994, p. 44).

Em 2003, com o advento da Lei 327, diversos dispositivos da lei anterior e do código eleitoral foram modificados, entre eles os referentes à ajuda de natureza de verba pública aos partidos políticos. O dinheiro público passa a ser concedido apenas às partes cujos candidatos receberam, cada um, no mínimo, 1% dos votos em pelo menos 50 círculos eleitorais.

As modalidades de financiamento eleitoral passaram a ser da seguinte forma:

a) O financiamento público, que é dividido em duas partes:

- *a primeira*: é proporcional aos resultados obtidos pelo partido na legislação anterior. Esse financiamento é atribuído a cada partido político que apresentou candidatos, em que cada um tenha recebido, pelo menos, 1% dos votos em pelo menos 50 círculos eleitorais;
- *a segunda*: é proporcional ao número de membros inscritos que se declarem interessados.

b) O financiamento privado, que está sujeito a determinadas condições:

- doações por cabeça⁵⁷;
- proibição de doações por Estados estrangeiros;
- submeter a uma fiscalização acima de determinado valor.

57 O valor varia se a pessoa for física ou jurídica.

Essa doação individual foi limitada pela lei a 4.500 € por pessoa/ano, com um imposto por parcela dedutível. No entanto, a Lei das Finanças 1.719, de 30 de dezembro de 2005, alterou o limite, quase duplicando as doações de indivíduos, trazendo-o para 7.500 € por pessoa/ano.

Em 1º de setembro de 2010, o grupo socialista francês elaborou um projeto de lei “para reforçar as exigências de transparência financeira da vida política” a fim de limitar as doações à mesma pessoa “para 7.500 euros para um ou mais partidos políticos”, e assimilar “contribuições como membro de um partido político”.

Essas doações dispostas no artigo 1º da referida lei dispõem sobre a obrigação de as associações de financiamento e os agentes financeiros tornarem pública a lista em ordem alfabética de doadores que se fizeram presentes (CONSEIL, 2012).

4.3. Declarações de situação financeira

Os candidatos presidenciais devem apresentar uma declaração, sob envelope lacrado, ao Conselho Constitucional. Apenas os envelopes dos eleitos são publicados.

Membros do governo e alguns políticos (presidentes do Conselho Regional, Conselho-Geral, prefeitos de municípios com mais de 30.000 habitantes) devem apresentar uma declaração à Comissão Nacional de transparência financeira da vida política (CNTFVP). Essa comissão é a responsável por estabelecer um relatório trienal, publicado no Jornal Oficial da República Francesa (CONSEIL, 2012).

Os deputados devem apresentar uma declaração à CNTFVP. Os membros devem fornecer ao Instituto da Assembleia Nacional uma declaração juramentada que contenha a lista

de interesse profissional ou geral, mesmo não remunerado, que pretendam manter (CONSEIL, 2012).

4.4. Financiamento ilegal

O financiamento ilegal permite aos partidos políticos franceses encontrarem recursos financeiros que estejam fora do alcance da lei. Os anos 1990 foram capazes de medir essas práticas ilegais nos escândalos políticos e financeiros que afetaram todos os partidos políticos franceses.

Sujeito à legislação francesa, o financiamento dos partidos políticos tornou-se progressivo desde 1980 (Lei de 11 de março de 1988, Lei de 15 de janeiro de 1990, Lei de 19 de janeiro de 1995).

5. Tendências e perspectivas do modelo brasileiro

Existem alguns doutrinadores, juristas e até mesmo políticos que defendem um sistema de financiamento público exclusivo a ser adotado no Brasil, seguindo modelo de países como Portugal⁵⁸.

Os que defendem a participação do financiamento público nas campanhas eleitorais apresentam como principal justificativa a redução da influência do poder econômico sobre os partidos, a diminuição na ocorrência de fraudes (especialmente o caixa dois) e a atuação dos candidatos eleitos de uma forma mais transparente e isonômica.

Todavia, mister é afirmar que se devem levar em conta as características inerentes a cada sistema eleitoral. O que pode resultar em êxito num país pode não ser em outro.

⁵⁸ Apesar de não ser exclusivamente público essa espécie de financiamento configura a essência do sistema eleitoral português.

Na hipótese de adoção do financiamento público exclusivo, os recursos despendidos para cargos majoritários seriam distribuídos por meio de um estudo prévio, posteriormente regulamentado em lei, e fundamentado em critérios concretos; procedimento semelhante ao utilizado na distribuição do montante ao fundo partidário.

Um repasse em cotas mensais para a Justiça Eleitoral, no período compreendido entre janeiro e outubro, evitaria concentrar-se no ano eleitoral, e os recursos arrecadados poderiam ser utilizados mesmo depois das eleições, para o pagamento das contas de campanha, desde que tenham sido previamente relacionados na prestação de contas apresentada à Justiça Eleitoral, dentro do prazo legal.

As doações de pessoas físicas (filiais ou não a um partido), ou de empresas, continuariam sendo permitidas, desde que fossem observadas as vedações legais.

Caso seja aprovada essa espécie de financiamento, tal deve ser regulamentado pelo Congresso Nacional e pela Justiça Eleitoral, de modo que os partidos utilizem estas contribuições privadas também em situações estabelecidas por lei, sem qualquer tipo de benefício ao partido ou ao candidato. Estes investimentos devem trazer aos destinatários uma perspectiva de crescimento intelectual e cultural. Seriam vedadas as contribuições privadas em quaisquer atividades que prestassem assistência, no âmbito eleitoral, em material usado em campanhas partidárias ou eleitorais.

Levando em conta a argumentação teórica que envolve esse tipo de financiamento, pode-se afirmar que tanto os prós quanto os contras são relevantes e de forte fundamentação. Acontece que essa modalidade aplicada na realidade atual do Brasil apresenta uma peculiaridade, já que existem medidas adotadas pela Justiça Eleitoral que resultam na redução

dos gastos despendidos com as campanhas e geram uma diferença econômica bastante significativa.

As oportunidades de acesso a cargos eletivos no país são provenientes de uma significativa desigualdade, e a adoção de um financiamento público exclusivo propõe um equilíbrio na situação econômica dos candidatos.

É consenso entre os partidos que precisa haver uma reforma política e que vários pontos precisam ser alterados, pelo Congresso Nacional. O debate que envolve o financiamento público exclusivo é o mais polêmico, porém se trata de uma questão ainda dotada de certa ingenuidade e esvanecida de conteúdo material que garanta a sua adoção. Falamos em “certa ingenuidade” porque muitos serão os desafios encontrados para que o financiamento público passe a configurar método exclusivo de financiamento do pleito eleitoral porquanto haverá obstáculos quanto à definição de um *quantum* ideal a ser disponibilizado nas diferentes espécies de campanhas eleitorais. É fundamental que seja feito de forma proporcional e igualitária, a fim de não obstar o surgimento de novos candidatos e partidos políticos.

Outro óbice dar-se-á na fiscalização das contas eleitorais, pois o fato de ser legalmente proibido o financiamento privado não implica o real cessamento de uma prática costumeira e tradicional no contexto político. Para que seja modificado o cenário atual, no qual campanhas eleitorais são sumariamente financiadas por sociedades empresariais, é imprescindível que se proceda a um rigoroso controle, de forma justa e transparente, além de enrijecer as sanções aplicáveis àqueles que descumprirem as determinações legais.

Trata-se, portanto, de um tema relativamente novo nos debates políticos, já que muitos autores, apesar de o debaterem,

não o fizeram por uma óptica político-ideológica, mas apenas sob o aspecto social e econômico do país. Dessa forma, essa proposta apresenta um caráter inovador, vista por muitos como inatingível, considerada a conjuntura política atual.

Quanto às tendências e às perspectivas, o tema não é algo inovador que solucionará todos os problemas eleitorais, mas é indubitável que se trata de uma tentativa de acompanhar a evolução do país em todos os níveis, tentando conciliar os princípios, como o da transparência financeira, o da liberdade e democracia e o da isonomia nas eleições.

6. Conclusão

Diante do exposto, pode-se concluir que antes de decidir qual a modalidade de financiamento o sistema eleitoral do país deve adotar, mister é fazer uma relação de todas as circunstâncias, favoráveis ou não, para que se tenha uma resposta mais palpável.

Cada país apresenta suas peculiaridades. O que é considerado ideal para um, pode não ser para outro. Deve-se levar em conta a situação política, social e, principalmente, econômica.

Portugal, por adotar um sistema de financiamento essencialmente público, amparado pela legislação de 2003, aproxima-se de um “ideal político” que é almejado por países como o Brasil.

A tendência da doutrina e da jurisprudência é, cada vez mais, defender que seja incorporado o modelo do financiamento público, de modo a evitar que ocorra tanta corrupção advinda dos poderes legislativo e executivo.

Porém, depreende-se, do estudo feito, tratar-se de uma tentativa de conciliação e de adaptação política à nova situação econômica, social e ideológica do país.

Em síntese, a tendência a adotar-se o financiamento exclusivamente público consiste na busca de solucionar a prática de fraudes recorrentes e propiciar uma conjuntura política que seja independente das questões econômicas. Só assim será alcançada a isonomia entre os candidatos no embate eleitoral, sendo-lhes garantida a plena efetividade de seus direitos políticos.

7. Referências

BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 28 jun. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm> Acesso em: 28 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Financiamento e gastos com campanha eleitoral. *Boletim Informativo da Escola Judiciária Eleitoral*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/eje/arquivos/informativos/13_Financiamento_Gastos_Campanha_Eleitoral.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.217, de 12 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antecedentes/eleicoes-2010/arquivos/norma-em-vigor-23.217-pdf-eleicoes-2010>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.376, de 1º de março de 2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-23376/view>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.715, de 28 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-tse-no-22-715-eleicoes-2008/view>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

BUCKLEY v. Valeo. *Wikipédia*: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Buckley_v._Valeo>. Acesso em: 26 abr. 2012.

CAMPAIGN Finance Reform: Buckley v. Valeo. *The public good*, 1 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.ilsr.org/rule/campaign/2187-2/>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

CONSEIL constitutionnel (France). *Wikipédia*: a enciclopédia livre. Disponível em: <[http://fr.wikipedia.org/wiki/Conseil_constitutionnel_\(France\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Conseil_constitutionnel_(France))>. Acesso em: 30 abr. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos, de 15 de dezembro de 1791. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Primeira_Emenda_%C3%A0_Constitui%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Unidos>. Acesso em: 26 abr. 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JACQUES Chirac. *Wikipédia*: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Jacques_Chirac>. Acesso em: 30 abr. 2012.

MEIRIM, José Manuel. *O financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais*: introdução e notas à Lei n° 72/93, de 30 de novembro. Lisboa: Aequitas, 1994.

MICHEL Rocard. *Wikipédia*: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Michel_Rocard>. Acesso em: 30 abr. 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: estrutura constitucional da democracia*. Lisboa: Coimbra, 2007.. (tomo 7).

MIRANDELA. Câmara Municipal de Mirandela. *Lei Orgânica n. 2/2005, de 10 de janeiro de 2005*. Lei de organização e funcionamento da Entidade das Contas e Financiamentos Políticos. Disponível em: <<http://www.cm-mirandela.pt/files/69/6967.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

RODRIGUES, Ilda Carvalho. O financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais. *Eleições: Revista de Assuntos Eleitorais*, Lisboa, n. 11, 2007.

SALATIEL, José Renato. *Caso Watergate: “Garganta Profunda” e o impeachment de Nixon*. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/atualidades/caso-watergate-garganta-profunda-e-o-impeachment-de-nixon.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

SILVA, Ana Rodrigues da. O financiamento de partidos e de campanhas: legislação e prevenção de fraudes. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XLVI, n. 2, 2005.

STÉFANINI, Marthe Fatin-Rouge; MASTOR, Wanda. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 59, 2004.

Autora convidada.

DOI: 10.5935/1809-8487.20160042

77-107

Doutrina Nacional | Artigo

**A PRÁTICA DA DELAÇÃO
E SUA FUNCIONALIDADE
EM AMBIENTE DEMOCRÁTICO**

JOÃO GASPAR RODRIGUES

A PRÁTICA DA DELAÇÃO E SUA FUNCIONALIDADE EM AMBIENTE DEMOCRÁTICO

THE PRACTICE OF WHISTLEBLOWING AND ITS FUNCTIONALITY IN A
DEMOCRATIC ENVIRONMENT

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado do Amazonas, Brasil
gasparrodrigues2010@bol.com.br

RESUMO: A análise desenvolvida no presente estudo pretende traçar noções conceituais, descrever as consequências mais claras e sugerir medidas que restrinjam a prática do denunciamento ao nível do razoável dentro de um Estado democrático de direito. Destacam-se também três grandes consequências decorrentes do tema em estudo: violação dos direitos fundamentais das pessoas atingidas pela acusação; instrumentalização das instituições públicas, obrigando-as a desperdiçar tempo e recursos; geração de uma cultura de desconfiança com importantes efeitos sobre a solidariedade, a cooperação e a coesão sociais.

PALAVRAS-CHAVE: denunciamento; direitos fundamentais; estado de direito; democracia.

ABSTRACT: The analysis in this study seeks to draw conceptual notions, describe the consequences clearer and suggest measures that restrict the practice of denunciation reasonable level within a democratic state. We also focus on three major consequences of the topic under study: violation of fundamental rights of those affected by the prosecution; instrumentalisation of public institutions, forcing them to waste time and resources, generating a culture of mistrust with important effects on solidarity, cooperation and social cohesion.

KEY WORDS: denunciation; anonymous denunciation; fundamental rights; rule of law; democracy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções conceituais. 3. Fenômeno antidemocrático. 4. Denunciamento anônimo. 5. A experiência histórica e o inimigo interno da democracia. 6. O Estado de Direito e os meios de coibir o denunciamento. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

O presente estudo apreende um fenômeno prático, de natureza quase sociológica e política, que é o hábito da delação, e o submete a uma abordagem jurídica e política (à luz da teoria democrática). No caudal dessa prática irresponsável, perdem-se ou são feridos vários valores (como vida, honra,

reputação, imagem etc.) que, ao fim, fecham o círculo conceitual da dignidade humana.

Embora a recorrência do denunciamento seja muito clara na sociedade brasileira, principalmente numa sociedade que tenta amadurecer valores democráticos historicamente submetidos ao arbítrio e ao autoritarismo, sendo divulgada diariamente na imprensa nacional (servindo, na verdade, como combustível do ofício jornalístico “marrom”), a matéria ainda não sensibilizou a comunidade científica para a necessidade de estudos sérios e detidos. Continua a ser, assim, um fato sem teoria. E, sem uma teoria para lastrear os estudos, ainda que superficiais como o desenvolvido aqui, corre-se o sério risco de as pesquisas e as especulações se transformarem em amontoados de informações. Tal situação pode conduzir também a um tratamento demasiado simplista de um fenômeno que é bem mais complexo. Essa impostura pode até se desenvolver num movimento elegante, mas não alcança absolutamente nada, seus resultados são inválidos pelo ângulo científico.

Há quem descubra estupendas verdades no entrecchoque das forças sociais, às vezes até por intuição, mas sempre é necessário um trabalho posterior de análise, explicação e definição. A abordagem jurídica não requer simples imaginação ou hipóteses soltas, mas fatos. E, quando se afastam dos fatos, enreda-se num palavreado anódino e inútil.

Um assunto que ninguém conhece bem e ninguém cuida de estudar abre espaço para que todos tenham razão e surjam especulações de todo lado. A escassez de literatura impede o conhecimento, em extensão e profundidade, do fenômeno. E tudo aquilo que não se conhece sob a luz do método científico e da interpretação da vida social tende a ser objeto de conjecturas (quando não, de inevitáveis preconceitos e

superstições). No retiro das conjecturas e das hipóteses, a mente mais lógica pode falhar. É compreensível, então, que esse trabalho seja completado por outros que possam surgir, mais profundos e mais abrangentes, inspirados na necessidade de conhecer o fenômeno do denunciamento em sua relação dialética com a democracia.

A análise desenvolvida pretende, partindo desse terreno estéril e de matéria pouco discutida, traçar noções conceituais, descrever as consequências mais claras e sugerir medidas que restrinjam essa prática ao nível do razoável¹ para uma sociedade que se equilibra no gelo fino dos direitos e deveres. Talvez as observações feitas ao longo do estudo sirvam para sugerir certos problemas, mais do que oferecer soluções. Mesmo assim, diante do panorama que se revela, cumpre um estimável encargo.

2. Noções conceituais

O denunciamento, em princípio, é uma prática recorrente, anti-intelectual, voluntarista (pois subordina a razão à vontade) e espúria de “denúncia”, enquanto notícia de alguma ilegalidade ou irregularidade cometida por alguém, em prejuízo de interesse particular ou público. É um resíduo sobrevivente de uma sociedade imatura e primitiva, que ainda não alcançou, plenamente, a consciência histórica de si própria; de um reino de mediocridade coletiva que se reproduz em claras categorias de demandistas insaciáveis e adeptos da delação, às vezes, com claras tendências psicopáticas². Sua

1 Não podemos, obviamente, tentar encontrar uma solução para o denunciamento, pois “solução” implica certa perfeição ou finalidade, comparável ao equacionamento de um problema matemático ou físico, o que nunca é possível nas relações sociais (BECKER, 1947, p. 82). O máximo que se pode fazer é encontrar mecanismos que restrinjam a prática ao nível do “razoável” ou “tolerável” num ambiente que cobra responsabilidade de todos.

2 Mesmo o homem mais inteligente, como diz George Santayana (1998, p. 10), “floresce dentro de um imbecil e leva amarrado um louco”.

razão oculta (e verdadeira) é a inveja, o ódio, o ressentimento, o revanchismo, a intriga, o desejo de vingança pessoal ou política, a crítica ideológica, a paixão da notoriedade ou o puro capricho; sua razão visível (e falsa) ou seu “bastão de general” é uma suposta preocupação com a ordem pública, o bem comum e a legalidade democrática.

E diz-se “suposta preocupação”³ com o bem comum (ou seus rivais putativos “bem-estar geral” e “interesse público”) porque a realização deste pressupõe uma relação harmoniosa entre a intenção subjetiva e as consequências objetivamente boas. A correlação positiva desses dois polos é o que constitui um princípio para a orientação da conduta. E sobre o hábito da delação há sérias dúvidas a respeito das boas intenções do “denunciante” e dos meios empregados para alcançar os objetivos finais (há uma confortável camuflagem de intenções inconfessáveis). Muita roupagem parasita adere a esse esqueleto dinâmico que é o interesse público.

O modelo utilizado pelos denunciastas é uma máquina de linguça: a suposta preocupação com o bem comum é despejada numa extremidade e na outra saem pequenos e delicados fragmentos de interesse público em seu invólucro natural (apuração oficial, responsabilização etc.). Todavia, é impossível encontrar numa sociedade a noção predominante de que todos os desejos humanos, exigências e reivindicações possam ser convertidos, automaticamente, em interesse público. Não há maquinismo ou mecanismo capaz de produzir tamanha proeza.

Eventualmente, a irracionalidade dos interesses que movem a prática do denunciamento pode resultar em proveitos racionais para a sociedade (como esclarecimento de crimes e ilícitos).

3 A corrupção das melhores intenções é a pior de todas – *optimi corruptio pessima*.

tos diversos, responsabilização de administradores públicos ímprobos, zelo do bem comum etc.). Vícios privados podem ser, eventualmente, uma forma de *approach* aos benefícios públicos. Mas o sistema não pode ficar dependente e refém, como um mero brinquedo, da irracionalidade de desejos primários para alcançar o bem comum. Além disso, viola a relação harmoniosa existente entre meio e fim (os meios não podem suplantar ou envilecer os fins).

Jeremy Bentham (BODENHEIMER, 1967, p. 208-209) acreditava que o interesse público é idêntico à soma dos interesses dos vários membros que compõem a comunidade, pois cada indivíduo é o melhor juiz de seus interesses. Como para Bentham o indivíduo é um ser essencialmente egoísta, sua doutrina só pode ser aceita na suposição de que a soma total das ações individuais egoístas possa ser equiparada à felicidade máxima da comunidade. Todavia, essa doutrina é insidiosa e a história recente não a avaliza. Um indivíduo pode ter um interesse na redução ao mínimo de seus encargos fiscais, enquanto a realização de certas funções indispensáveis da comunidade ou do Estado possam tornar necessário o aumento dos impostos. Um indivíduo pode ter interesse em conseguir ganhar facilmente colocando no mercado um produto de qualidade inferior, mas a comunidade está interessada em manter um nível de produção que proteja pelo menos a segurança e a saúde dos membros do público. Um indivíduo pode desejar retirar seus filhos da escola aos treze anos de idade, a fim de que possam ajudar a sustentar a família num emprego rendoso, mas a comunidade pode considerar a extensão do período de educação compulsória além dessa idade necessária para a formação de cidadãos bem informados e competentes. Tudo isso indica que, sem uma avaliação qualitativa, criteriosa e cautelosa de interesses individuais, uma determinação adequada do bem público pode encontrar sérias dificuldades.

A identificação do interesse público com a soma aritmética total de interesses privados subestima, entre outras coisas, certos elementos contraditórios e desconcertantes na estrutura humana psicológica. Podemos interpretar nossos interesses de um ponto de vista isolado que corresponde exclusivamente aos aspectos autoafirmadores de nossa natureza. Podemos também avaliar nossos interesses como membros responsáveis de um grupo social cujo bem-estar social não pode ser totalmente separado do bem-estar da comunidade a que pertencemos. A força dos impulsos com relação a si próprio e com relação aos outros varia na natureza humana, naturalmente, em indivíduos particulares. Mas, mesmo na composição psicológica de um indivíduo, o equilíbrio dessas tendências conflitantes raramente é estável e inalteravelmente fixo. Uma concepção de nosso interesse ditada por considerações de curto prazo pode ser corrigida com explicações ou argumentos que nos provem certos subprodutos e consequências de nossas ações que tenhamos deixado de tomar em consideração.

É importante observar, em atenção à lição de Duverger (1975, p. 245), que todo homem, todo grupo, toda organização tende, naturalmente, a fazer prevalecer seus próprios objetivos sobre os objetivos globais da coletividade. Com relação ao denunciante, os interesses particularistas tornam-se uma segunda natureza (“a penumbra que rodeia toda ação política”), com o agravante de perseguir vantagens pessoais à custa de um suposto interesse público: interesse particular camuflado de público. Há uma *mise-en-scène* para tentar disfarçar o interesse egoísta. É digno de atenção como a razão se amolda aos desejos cada vez que se trata de defender determinados interesses. O indivíduo, dentro de uma sociedade, não faz proposições abstratas em virtude de sua simples beleza ou elevação teórica, senão em virtude das vantagens substanciais que quer oferecer a si mesmo.

O homem, abandonado a seu próprio instinto, ou seja, não se vendo limitado ou controlado por uma disciplina educativa e pedagógica decorrente do Estado de Direito ou do processo democrático, não leva em consideração o interesse da maioria, mas apenas o seu próprio bem⁴.

Admitir esse individualismo exacerbado (ou “individualismo predatório”, no dizer de Chomsky, 2007, p. 18), seria dar vida à liberdade associal em que todo homem pode usar suas faculdades sem ater-se aos desejos e aos interesses dos demais; esse estado de coisas é inimaginável numa pluralidade de indivíduos que convivem em mútuas relações sociais. Num ambiente plural e politicamente responsável, a liberdade social define o comportamento individual nas relações estabelecidas com os outros. A liberdade social tem, portanto, base na restrição; é aquela liberdade, conforme definição de Hobhouse (1927, p. 76), que pode ser gozada por todos os indivíduos de uma comunidade e que se desenvolve dentro de determinados limites de atividade, não representando um prejuízo para os demais.

Numa ordem social e política dada por uma Lei Fundamental, diz Leibholz (1971, p. 132-133), a liberdade é definida e limitada pela Constituição mesma. É fácil comprovar que a liberdade se desenvolve melhor naquelas democracias que a limitam na esfera social com um critério conservador. E há mais. Não é permitido ao indivíduo abusar da liberdade, pois, quando esta é empregada para minar a ordem democrática, o cidadão perde seu direito individual a ela. Isso é legítimo na proporção em que um texto constitucional não pode proclamar uma liberdade que leva em si sua própria destruição e

4 Tanto o indivíduo quanto a sociedade são “plasmáveis”, capazes de terem suas disposições internas modificadas mediante um processo educativo, podendo adotar um caráter diverso (LEIBHOLZ, 1971, p. 201-202).

sancionar, assim, a possibilidade de um suicídio. A liberdade pode ser desfrutada pela sociedade ou pelos indivíduos, mas não pode dispor dela inteiramente ao seu gosto.

A prática do denunciamento, como corolário da liberdade asocial, reúne simplicidade de meios e complicada torpeza de fins, apresentando, além da degradação moral intrínseca, três grandes consequências ruinosas para um ambiente político e social sadio: 1- viola os direitos fundamentais das pessoas atingidas pela acusação; 2- instrumentaliza instituições públicas, obrigando-as a desperdiçar tempo e recursos para atender espúrios (e doentios) interesses pessoais. 3- gera uma cultura de desconfiança com importantes efeitos sobre a solidariedade, a cooperação e a coesão sociais⁵.

O princípio da felicidade social máxima, tão decantado por Bentham ao longo de sua vida (HOBHOUSE, 1927, p. 58), resulta em que toda ação é socialmente boa quando tende a proporcionar o maior grau possível de felicidade ao maior número possível de pessoas. Assim, é útil o que está de acordo com este princípio e prejudicial o que está em oposição a ele. Para sabermos se o denunciamento é a expressão legítima de um direito, devemos inquirir, previamente, se é útil à sociedade permitir que alguns acusem impunemente e outros suportem, estoicamente, acusações falsas que ferem sua reputação e honra, defraudando-se seu patrimônio moral tão custosamente obtido.

3. Fenômeno antidemocrático

O denunciamento fácil e desvairado, intuitivamente, não é um artifício democrático. Ao contrário, foi largamente usado pe-

5 O isolamento social sugerido pela desconfiança e pela suspeita entre os indivíduos é sublinhado pelos estudos sociológicos (TORRE, 1989, p. 53).

los governos totalitários que encontravam na fórmula uma maneira de manter a sociedade atomizada e individualizada (“cada um por si”), sem laços de solidariedade social.

Como revela Hannah Arendt (2005, p. 64), a fim de destruir todas as conexões sociais e familiares, o governo totalitário usava o “expurgo” que era conduzido de modo a ameaçar com o mesmo destino o acusado e todas as suas relações, desde meros conhecidos até os parentes e amigos íntimos. A “culpa por associação” é uma invenção engenhosa e simples; logo que um homem é acusado, os seus antigos amigos se transformam nos mais amargos inimigos: para salvar a própria pele, prestam informações e acorrem com denúncias que “corroboram” provas inexistentes, a única maneira que encontram de demonstrar a sua própria fidelidade. Em seguida, tentam provar que a sua amizade com o acusado nada mais era que um meio de espioná-lo e delatá-lo como sabotador.

O fenômeno do denunciamento compõe um cenário funcional e estimável a regimes de exceção, sendo uma forma de manter a sociedade atomizada, sob as garras do medo e num ambiente de desconfiança social generalizada que favorece o domínio total do autocrata de plantão. É a adoção da antiga estratégia romana do *divide et impera* (“dividir e dominar”). Num meio democrático, o hábito da delação se revela contraproducente e contrário aos valores mais caros a esse ambiente político, como os direitos fundamentais, o predomínio do interesse público e a solidariedade social.

Uma das mais poderosas ameaças que pairam sobre a democracia moderna é a de uma sociedade de segurança absoluta, de tolerância zero, de prevenção radical, de prisão preventiva (PORTELLI, 2011, p. 8), de desconfiança sistemática em relação ao outro, de vigilância e controle generalizado. A cultura da delação faz de cada cidadão um espião do seu vizinho e do outro o potencial inimigo.

Por ser um nódulo maligno na estrutura orgânica do corpo político (órfão do totalitarismo adotado pela democracia⁶), a ordem jurídica claramente repudia o denunciamento desenfreado e sem limites quando eleva à categoria de crime a “denúncia caluniosa”, impondo severas sanções (Código Penal, art. 339). É lamentável que, diante do espetáculo cotidiano e esmagador de “denúncias” irresponsáveis e levianas, veiculadas na imprensa e agitadas incessantemente por cidadãos comuns, cujo fim é destruir a honra alheia e catapultar indignos interesses pessoais (ou políticos), esse tipo penal não seja esgrimido com mais frequência.

4. Denúncia anônimo

A legislação brasileira (Lei nº 8.112/1990) exige que as denúncias sejam identificadas e apresentadas por escrito: “As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade”.

Embora a lei exija a formalidade da identificação de representante ou denunciante, entende-se que o anonimato, por si só, não autoriza, num primeiro momento, a exclusão da denúncia sobre irregularidade cometida na administração pública e não impede a realização de um juízo de admissibilidade. Diante da máxima *in dubio pro societate*, deve a autoridade competente verificar a existência de mínimos e razoáveis critérios de plausibilidade ou de verossimilhança.

6 Não surpreende que um mecanismo típico de uma ditadura totalitária sobreviva e se desenvolva em meio democrático, uma vez que, como diz Neumann (1969, p. 269), todas as ditaduras totalitárias modernas nasceram, quase sem exceção, dentro das democracias, assumindo o grupo totalitário a forma de um movimento democrático e conservando a fachada até mesmo depois de alcançar o poder. Assim, portanto, muitos rituais democráticos (e o denunciamento assim se encaixa) utilizados pela ditadura totalitária permanecem, naturalmente e sem maiores análises, no ambiente massivo democrático após sua desintegração.

Todavia, quando adota o anonimato, o denunciismo potencializa exponencialmente seu poder destrutivo, pois, além de colocar em risco a integridade do sistema dos direitos fundamentais,⁷ favorece a impunidade do denunciante anônimo, tanto moral quanto jurídica (criminal e cível)⁸. A responsabilidade é nula se ninguém sabe qual o responsável. E isso exige dos agentes públicos um olhar atento e uma cautela acima dos padrões ordinários, para zelar pelos bens indisponíveis descritos acima e não serem, eles mesmos, alvos das sanções do art. 339 do Código Penal.

O dever do Estado e de seus agentes é evitar o abuso da liberdade. Esta só se encontra em perigo quando o Estado descuida sobre a sua manutenção na justa medida. E a justa medida é o respeito pelos direitos do outro.

A delação anônima não possui valor jurídico, pois é claramente repudiada pelo próprio ordenamento jurídico (CF, art. 5º., IV; Lei nº 8.112/90, artigo 144; Lei nº 8.429/92, artigo 14; Lei nº 9.784/99, artigo 6º). Todavia, apesar desse desvalor, se a peça apócrifa revelar indícios confiáveis sobre os fatos por ela narrados, não poderá o Estado (através de seus agentes públicos) simplesmente ignorar a informação. Revela-se razoável, diante da mínima idoneidade dos fatos narrados e informados, deflagrar procedimento de simples averiguação para buscar a consistência jurídica necessária indicativa de justa causa para a instauração de procedimento formal (procedimento administrativo, inquérito policial etc.).

7 Os direitos fundamentais, não é demais lembrar, fazem parte do conteúdo essencial do elemento típico do Estado de Direito, presente no constitucionalismo moderno.

8 “A imprensa anônima oferece um aspecto cômodo e quase tentador, garantindo aos autores a impunidade tanto moral quanto legal. Ela muitas vezes se transforma no abrigo atrás do qual se escondem os covardes e os poltrões para lançarem dardos envenenados contra seus adversários pessoais ou políticos” (MICHELS, [19--], p. 81).

Se a investigação confirmar a plausibilidade da denúncia anônima em seus traços gerais, ela passará a suprir a lacuna do anonimato. Doravante, a investigação formal a ser instaurada não se dará sobre a anonímia da delação, mas no resultado da investigação preliminar, que ratificou os fatos nela descritos, com o fim de comprovar o fato e a sua autoria.

Essa busca de consistência jurídica tem limites muito claros: respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos, o que sugere ser dever dos agentes públicos, em sede de averiguação preliminar, atuar com a máxima discricção e cautela, não podendo determinar ou proceder a buscas domiciliares, quebra de sigilos, cautelares penais típicas, indiciamento etc.

Se o nosso Código Penal, escreve Tourinho Filho (1997, p. 218), erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os “denunciados” chamar à responsabilidade o autor da *delatio criminis*, se esta pudesse ser anônima? A vingança entendimento diverso, será muito cômodo para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros da impunidade. Se se admitisse a *delatio* anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza, ao tempo da *inquisitio extra ordinem*, quando se permitia ao povo jogasse nas famosas ‘Bocas dos Leões’ suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno.

5. A experiência histórica e o inimigo interno da democracia

As experiências totalitárias podem render o máximo de ensinamento e nos alertam sobre os riscos de uma disseminada cultura denunciante, estimulada tanto pela imprensa quanto pelos meios institucionais do corpo político. O tecido complacente da democracia tolera a atuação de inimigos que buscam destruí-la (novamente o exemplo do totalitarismo) e até de princípios não democráticos (monarquia britânica⁹, forças armadas, gestão empresarial, poderes sociais privados etc.). O inimigo interno da democracia joga uma partida fácil, pois explora o direito de discordar, inerente à própria democracia. Ele esconde com habilidade sob a oposição legítima, sob a crítica reconhecida como uma prerrogativa de todo cidadão, o intuito de destruir a própria democracia, a busca incessante do poder absoluto, do monopólio da força. Com efeito, a democracia é esse regime paradoxal em que se oferece aos que querem aboli-lo a possibilidade única de preparar-se, para isso, na legalidade (REVEL, 1984, p. 8), ou seja, leva dentro de si os germens de sua própria dissolução.

Engana-se quem pensa estar prestando um relevante serviço à democracia, estimulando a prática da denúncia pelos cidadãos. Isso faz de cada cidadão um vigia e um vigiado, imersos numa odiosa existência vigiada e de censura onipresente, mais característica de um meio totalitário que democrático. Cria-se um círculo vicioso de vigilantismo e denunciamento.

O radicalismo e o descomedimento em relação a qualquer valor democrático resultam numa ameaça decisiva para a própria democracia. Os perigos inerentes à própria ideia

⁹ A vantagem que normalmente se diz ter a monarquia, para um regime democrático, é que ela fornece um chefe de Estado que constitui um símbolo – apolítico e imparcial – da unidade. Isso geralmente é verdade, embora seja também possível que os monarcas se transformem em forças de divisão. (LIJPHART, 1999, p. 140).

democrática surgem quando um dos ingredientes dela (livre crítica, direito de petição, liberdade de expressão etc.) é isolado e absolutizado (TODOROV, 2012, p. 18). O que reúne esses diversos perigos é a presença de uma forma de descomedimento. O povo, a liberdade, o progresso são elementos constitutivos da democracia; mas, se um deles se emancipa de suas relações com os outros, escapando assim a qualquer tentativa de limitação e erigindo-se em único e absoluto, transforma-se em ameaças: populismo, ultraliberalismo, messianismo, denunciismo, enfim, esses inimigos íntimos da democracia.

O espetáculo de delações, reclamações e representações irresponsáveis apresenta-se mais virulento nos pequenos municípios e localidades. O público sob cujos olhos agem as autoridades locais e que as critica é mais limitado em extensão e, em geral, menos esclarecido do que aquele que admoesta as autoridades de grandes centros e capitais. A imprensa e a discussão pública exercem muito menor interferência, fazendo com que as ações sejam guiadas mais por sentimentos grupais ou partidários e menos por uma consciência comunitária e social. Nas localidades pequenas, o espírito ainda é provinciano e paroquial, e as relações ainda se dão sob a velha fórmula schmittiana amigo/inimigo. E nesta equação (amigo/inimigo) só entram fatores como força, astúcia, maledicência e mexerico.

Na verdade, nas pequenas cidades o mexerico e a intriga, embora desencadeiem o denunciismo virulento e irresponsável, integram uma instância de controle social rígido do comportamento uns dos outros. É uma forma primitiva de ajustamento social (uma sanção reprovativa difusa).

É interessante observar, como o faz J. Maritain (1966, p. 72), que na base de tudo, em um nível muito mais profundo que

o dos partidos políticos, o interesse e a iniciativa do povo em assuntos cívicos deverão começar por um despertar da consciência comum nas menores comunidades locais e aí permanecer constantemente em ação, pondo em prática meios de edificação orgânica (participação produtiva, reclamações e “denúncias” responsáveis, críticas construtivas, cooperação etc.).

A experiência cotidiana nos faz reconhecer que o denunciamento mais virulento e frequente se dá em pequenos municípios em que a única fonte de receita vem do poder público. A luta sem regras por uma cota desses recursos, verdadeira luta pela sobrevivência (*struggle for life*), desperta sentimentos e instintos que em outros lugares foram devidamente sublimados pela multiplicidade de polos geradores de renda e alternativas econômicas.

A participação ativa e produtiva do povo numa democracia, principalmente em escala limitada como se passa nos pequenos municípios, exige um apoio inteligente e uma crítica construtiva aos representantes do público. Quando essa espécie de apoio e de crítica, cuja estrutura e modelo estão bem distantes da anormalidade do denunciamento, é exercida pelos cidadãos de forma responsável e orientada ao interesse público, desaparece o vazio entre o povo, seus representantes e as autoridades tomadoras de decisões. O desaparecimento dessa lacuna ou dessa falta de diálogo (ou ainda de cooperação ativa) poupa os representantes e os tomadores de decisões de serem forçados ao uso de várias formas de autoritarismo e evita também que o povo desenvolva atitudes ou práticas anormais, como o denunciamento.

Atento ao mapa intelectual das lições históricas e da realidade circundante, o cidadão com crenças e firmes hábitos democráticos deve manter-se atento e vigilante quanto à integridade

de do bem comum, assim como à honra e à reputação (que também integram o conceito de bem comum [Simon, 1955, p. 130; Cassinelli, 1967, p. 56]) de seus concidadãos. Todavia, não é exagero afirmar que, entre os cidadãos dotados de direitos políticos, o número dos que realmente se interessam pelos assuntos públicos é ínfimo. Na maioria dos indivíduos, é muito pouco desenvolvida a consciência das íntimas relações existentes entre o bem individual e o bem comum.

Um bom ambiente republicano não é apenas aquele que reflete, mas também promove, a excelência moral e intelectual de seus cidadãos. Nenhum homem pode ser, para outro, apenas meio; cada homem é um fim em si mesmo. E isto não implica uma restrição aos direitos de crítica, de petição¹⁰, de “denúncia” e de representação, mas ataviá-los, na contunância de seu pleno uso, com o signo da responsabilidade e do respeito ao patrimônio moral do outro.

6. O Estado de Direito e meios de coibir o denunciamento

A democracia carece de cidadãos críticos e atentos aos negócios públicos, pois o povo é o juiz último do bom exercício da autoridade e do poder. Mas é necessário que esses cidadãos tenham a virtude da tolerância, alguma noção do valor da vida associativa (WALZER, 1999, p. 143; BECKER, 1947, p. 14) com seus consectários lógicos (alteridade, respeito pela personalidade do outro, bem comum, interesse público etc.) e sejam dotados de instintos humanos, sociais e cooperativos. O melhor sistema político possível não pode ter êxito, a menos que as ações dos cidadãos satisfaçam a certos padrões.

10 O *direito de petição* garante o direito de dirigir-se, só ou em comum com outros, com pedidos ou reclamações às autoridades competentes e à representação popular. Ele obriga as autoridades solicitadas ao exame material da petição e a uma resposta material da qual deve resultar, pelo menos, o conhecimento do conteúdo da petição e o modo de seu cumprimento, enquanto uma fundamentação especial não é necessária (HESSE, 1998, p. 356).

A distinção nítida entre direitos e deveres é decisiva em qualquer sociedade. Esse arranjo define os papéis de cada indivíduo e suas relações dentro do grupo. Um direito não assume sentido senão por ser uma obrigação e por referênci-a a um sistema de obrigações. Reivindicar direitos sem proclamar obrigações é querer o impossível, é jogar às utopias ou às catástrofes. É querer a face da medalha e não lhe aceitar o reverso (POLIN, 1976, p. 143-144). Os direitos e os deveres individuais estabelecem-se sobre o bem comum. Aos direitos fundamentais correspondem os deveres fundamentais do indivíduo. Sempre que essa questão não estiver bem definida, tudo o mais funcionará de maneira deficiente, conflituosa e, muitas vezes, injusta¹¹.

O moderno Estado constitucional está estruturado e integrado por uma série de freios que constitui, ao mesmo tempo, uma forte garantia contra o poder público (exercício das atividades pelas autoridades) e contra o abusivo exercício dos direitos individuais pelos cidadãos. Sem esses contrapesos, o apelo à democracia soa como mera ideologia, como um simples empréstimo retórico, e acaba sendo mera fórmula sem conteúdo.

O cidadão (o *citoyen*), embora seja o elemento vital e a força seminal do ambiente democrático, o titã de uma nova era, a figura especificamente democrática, também é a parte mais frágil da estrutura, sujeito às pressões sociais e às próprias paixões naturais aos seres humanos. É por isso que os diversos ordenamentos jurídicos não confiam aos cidadãos, por exemplo, a defesa geral da Constituição, nem, em regra, a titularidade da ação penal. Por isso, entende-se também porque o hábito generalizado da delação

11 Para Hobhouse (1927, p. 108), uma das partes que integra o conceito orgânico da sociedade e que justifica o princípio democrático é fazer com que os direitos e as responsabilidades dos cidadãos sejam efetivos.

(principalmente, a anônima) levado ao extremo pode trazer mais prejuízos que vantagens (porque conduzido por indivíduos, por “cidadãos” com suas paixões, seus interesses e seus traços idiossincráticos).

Uma sociedade pluralista tem uma base comum para a promoção de seus vários valores supremos: o interesse público, não a capilaridade dos interesses privados. Existirão controvérsias e conflitos? Sim. A liberdade humana é uma liberdade tanto para o melhor quanto para o pior. Mas os entrec choques dos interesses não se tornarão demolidores, enquanto houver alguma base em comum por onde sejam canalizados. Essa “base comum” é o Estado de Direito a proteger a liberdade, sendo esta contrabalaneada pela responsabilidade¹².

Exigem o bom senso e as boas regras do processo democrático que as apurações decorrentes de “denúncias” ou representações sejam feitas com o rigor e a cautela necessários à legítima proteção da ordem jurídica e dos valores que a caracterizam (direitos fundamentais, predomínio do interesse público, bem comum, *virtus* republicana etc.), punindo-se a quem de direito, seja o “denunciado” por eventuais crimes ou outros ilícitos praticados, seja o “denunciante” por denúncia caluniosa, se se houve com má-fé ou dolo. Onde não há vontade nada tem que fazer a mais aguda penetração jurídica (SCHMITT, 2009, p. 57), mas onde existe vontade de prejudicar ou causar danos o aparato jurídico deve incidir e buscar a responsabilização. No caso de não ser apurado nenhum ato ilícito, revela-se insuficiente o arquivamento do procedimento, ficando o dito pelo não dito. Impõe-se a análise da conduta do “denunciante” ou do representante à luz do art. 339 do Código Penal brasileiro (crime de denuncia-

12 “Libertad y responsabilidad son conceptos correlativos que se refieren reciprocamente” (LEIBHOLZ, 1971, p. 252).

ção caluniosa), sem prejuízo das providências pessoais do “denunciado” ou do representado.

Paralelamente ao Estado existem “poderes sociais” que se impõem ao indivíduo com um poder de regulação e de disposição, faticamente superior. E, para proteger eficazmente as liberdades elementares, o Estado de Direito deve traçar limites a qualquer poder superior de regulação ou de disposição, e isto também quando este poder for exercido por indivíduos ou autoridades sociais não estatais. O princípio democrático recomenda que todos os poderes sejam limitados: não só os dos Estados, mas também os dos indivíduos, inclusive quando são exercidos sob o pálio da liberdade (de petição, de crítica, de expressão etc.). A tirania dos indivíduos é certamente menos sanguinária e opressiva do que a do Estado (TODOROV, 2012, p. 149); mas é também um empecilho a uma vida comum harmoniosa. Nada nos obriga a nos limitarmos à escolha entre o “Estado é tudo” e o “indivíduo é tudo”: precisamos defender os dois, Estado e indivíduo, cada um limitando os abusos do outro.

A sanção da lei penal (art. 339) garante a liberdade ao conjunto da comunidade. Não há, por conta disso, nenhuma contradição entre a liberdade (de crítica, de reclamação e de petição) e a lei. Ao contrário, a lei é necessária à liberdade (HOBHOUSE, 1927, p. 22). A lei, desde logo, restringe a função individual e, em certo sentido e em determinado momento, opõe-se à sua liberdade; mas, por outro lado, a lei restringe aos demais que exercitem sua vontade de um modo caprichoso e leviano. Livra o indivíduo da possibilidade de agressões arbitrárias ou de coações, sendo esta a única forma, o único sentido em que se pode limitar o exercício da liberdade numa república humana. O princípio da liberdade não sanciona as premissas de sua própria destruição e, embora as feridas infligidas por um deus pagão (o cidadão,

o *bomo democraticus*) sejam difíceis de ser curadas, não impedem o esforço da eterna vigilância.

O denunciamento vai de um comportamento individual e social a um comportamento político, pois, muitas vezes, o problema desfraldado, direta ou indiretamente, interessa a todos, tendo alguma relação (real ou não) com o bem comum, afetando, de algum modo, o Estado e suas instituições. Muito bem. Os fatos políticos giram numa esfera dinâmica e irracional (confira-se o caráter antiintelectual do denunciamento referido no item 2), acomodando-se sempre às mutáveis condições reais da vida. O Direito, ao contrário, dentro de sua estrutura essencial fundamental, é um ente estático e racional que trata de sujeitar e controlar as forças vitais em conflito na esfera política. Dessa diferença decorre a grande dificuldade em controlar o denunciamento e seus efeitos negativos.

A livre crítica, a expressão livre do pensamento, o direito de petição e de reclamação constituem elos fortes de um regime democrático. São poderes necessários que a democracia põe nas mãos dos cidadãos, numa tentativa de fortalecer o princípio da identidade¹³. Todavia, tais poderes não são ilimitados nem sujeitos à total irresponsabilidade. Isso porque toda a história mostra que qualquer grupo de homens (os “Muitos” ou os “Poucos”) que tenha poder sobre os outros abusará desse poder, se o puder fazer impunemente.

Numa ordem jurídica democrático-liberal, acredita Leibholz (1971, p. 243), supõe-se que o indivíduo particular seja primariamente razoável e esteja em condição de controlar com a ajuda da razão seus instintos egoístas, sua concupiscência, seus sentimentos e afetos. O cidadão ativo tem que conside-

13 A democracia nunca transmite a totalidade dos poderes transmissíveis. Toda democracia continua a ser, sob aspectos e graus variáveis, uma democracia direta (SIMON, 1955, p. 178-179).

rar igualmente como seres razoáveis a seus concidadãos e respeitar suas opiniões.

Infelizmente, tais direitos (livre crítica, expressão livre do pensamento, direito de petição e de reclamação), não com rara frequência, corrompem-se em condutos nocivos por onde fluem as tendências egoístas de má vontade, inveja e desconfiança. E por aí percebemos que os cidadãos não são nem tão racionais, nem tão bem-intencionados como o ideal democrático traçou. E o cidadão denunciante, especificamente, em seu impulso crítico e inspirado numa ética volátil, assume a missão mais de destruir que a de edificar, sem preocupar-se com a reconstrução do patrimônio moral do acusado inocente.

Uma censura (delação) irresponsável e anônima lançada por alguém ultraja a autoestima do ofendido e a reputação que goza perante os outros e a sociedade. O interesse na própria figura social é, em certa medida, um interesse material, pois a simpatia ou a aversão de outros homens é um princípio que se traduz em seus atos (SANTAYANA, 1998, p. 152), e um animal social, como é o homem, depende dos atos dos demais homens para ser feliz.

Há um ponto em que a palavra chega a não se distinguir da ação, e a liberdade de expressão e de crítica pode significar direito à desordem. Os limites dessas liberdades não são fáceis de fixar nem na teoria nem na prática. E isso nos leva ao ponto em que a liberdade e a ordem (ou o Estado de Direito) podem se chocar.

Alguns princípios são usados para resolver conflitos e abrir caminho para novas perspectivas de intercâmbio criador entre os homens, impedindo que o interesse público seja sacrificado. Entre eles, a punição é ministrada, principalmente, como

um meio de retribuir proporcionalmente as consequências do conflito tidas como más e também para impedir mais conflitos destrutivos (MINOR, 1967, p. 46), ou seja, tem a dupla função de resolver e de prevenir conflitos. As pessoas que têm fortes objeções a uma convivência harmoniosa e tolerante só podem viver à altura de um ambiente democrático quando estão sujeitas a processos que liquidam as compulsões (antisociais) que controlam seu comportamento.

A punição dos acusadores caluniosos é mais uma roda que se põe no mecanismo de combate (e de prevenção) à prática do denunciismo irresponsável, dotando os “denunciados” inocentes com armas tão fortes como as que os outros podem manejar para o ataque. Essa postura fortalece o lado fraco da democracia (que recebe, inerte, o livre ataque às suas estruturas e aos seus valores por parte de seus inevitáveis inimigos). De igual modo, o Estado de Direito não favorece a irresponsabilidade e a liberdade sem limites razoáveis (ou a liberdade associada). Deve-se contar entre as partes melhores de sua influência e não entre as piores que estabeleçam limites para o convívio generalizado dos direitos, dos deveres e dos valores.

A acusação ou a suspeita injusta levantada contra alguém, como já dissemos, causa-lhe inúmeros dissabores. O controle e o limite à ação do agressor (denuncista) significam liberdade daquele que pode sofrer a agressão. Somente restringindo a ação pela qual os homens causam danos mutuamente, é como a coletividade adquire a liberdade em todas as modalidades de condutas que conduzem à harmonia social. Quando se fala em harmonia, não é apenas ausência de conflitos, mas espírito de cooperação.

Talvez o lado fraco da democracia, que permite distorções como o denunciismo leviano, tenha autorizado e, até cer-

to ponto, tornado atual a lição de John Stuart Mill (1958, p. 117-189) quando pregava a necessidade de um “núcleo de resistência à democracia” como máxima fundamental de governo. Obviamente, Mill referia-se ao domínio incontrastável (ou tirânico) da maioria. Para ele, quando o governo está nas mãos de Um ou de Poucos, os Muitos existem sempre como poder rival (ou antagônico) com capacidade de se opor, eficientemente, a qualquer das tendências da autoridade que detém o mando. Todavia, quando a democracia é suprema (é dizer, a maioria), não há Um ou Poucos bastante fortes para servirem de apoio a opiniões discordantes ou interesses ameaçados ou prejudicados.

Mill apresenta as deficiências democráticas como deficiências do próprio povo: falta de preparo e de conhecimentos especiais, a que se pode acrescentar o preconceito fácil e a ação por capricho ou apetites. Desse modo, indivíduos armados do prestígio e cheios da arrogância estuprificante de um ambiente democrático mal compreendido, vendo a si mesmos como parte de uma unidade política predominante e fonte de toda a força (o povo ou, pelo menos, a maioria), acabam sendo inspirados pela noção de poder absoluto (vontade infrene) ou até, em casos mais extremos (para não dizer patológicos), do misticismo irracional de paladinos da justiça, sem o correspondente sentimento de responsabilidade e ponderação das consequências dos seus atos quanto à dignidade humana do “outro”.

Há indivíduos que lutam por uma causa justa e outros que lutam pelo simples prazer de lutar; que acusam pelo prazer da acusação; que alimentam o gosto de provocar e golpear forte pelo amor do exercício. Na verdade, lutar é um instinto essencial do homem; se os homens não têm outra coisa pela qual lutar, lutam por palavras, fantasias ou preconceitos. Derrubar uma coisa ou uma pessoa, especialmente se é vis-

ta numa posição predominante ou arrogante, é um grande prazer para o denunciante radical. Assim, não se “denuncia” por um benefício de ordem social ou coletiva, às vezes nem por um benefício pessoal, mas por simples esporte e para alcançar a vitória.

A dimensão do bem comum e do interesse público pode ajudar, como diz Cassinelli (1967, p. 62-63), a conter a importuna tendência do cidadão de se acreditar possuidor de muitos direitos, enquanto ao mesmo tempo nega ou ignora os deveres concomitantes. Essa atitude é arrogante e socialmente perigosa; ela mina a autoridade e pode conduzir à predominância do que Ortega y Gasset chamava de “homem-massa”.

Frente ao fenômeno moderno da massividade e do equivalente anonimato do homem-massa, ocultam-se três forças: 1- o instinto de rebanho contra os fortes e independentes; 2- o instinto dos que sofrem e dos deserdados contra os felizes ou os privilegiados; 3- o instinto dos medíocres contra tudo o que seja excepcional (NIETZSCHE, 1973, p. 84). Ao homem-massa, os sentimentos nobres e elevados (cuja presença num indivíduo o eleva acima dos demais) parecem carentes de pertinência e verossimilhança; diante desses sentimentos, surge a suspeita de que o indivíduo busca, por algum ardil, vantagens pessoais. Se chega a convencer-se da ausência de intenções egoístas, vislumbra neste indivíduo um louco, sujeito ao ridículo e ao desprezo de todos. A natureza do homem medíocre (do homem-massa) distingue-se pelo fato de não perder nunca de vista seu próprio proveito, em que a obsessão do benefício é mais forte que todos os demais instintos.

Gunther Frankenberg (2007, p. 240) alude ainda a outras manifestações sociais que são também características da atual sociedade massiva: o consumismo individual despolitizan-

te, o acelerado isolamento do indivíduo, o desaparecimento do significado de ligações pessoais, a fragmentação social aprofundada e um egocentrismo patológico. Essas últimas características são claramente potencializadas pelo denunciamento que, além disso, favorece uma cultura da desconfiança, de completa ruína do princípio da boa-fé que rege as relações entre as pessoas e até destas com as autoridades.

É certo que o exercício do poder (em todas as suas esferas) numa sociedade democrática e pluralista exige, para ser legítimo, uma especial justificação que não o mero argumento de autoridade (“fiz isto porque estava na lei” ou “as circunstâncias ditavam essa solução”). A ambiência democrática desconfia do poder e exige uma justificação axiológica para o seu exercício ou, como diz Hobhouse (1927, p. 179), uma “prova da responsabilidade permanente do poder”¹⁴.

A democracia, como sentimento, tem dois aspectos: quando diz “sou tão bom quanto você” é sadia; mas, quando diz “você não é melhor que eu”, torna-se opressiva e um obstáculo ao desenvolvimento do mérito excepcional. Para colocar a questão mais clara: a democracia é boa quando inspira o respeito próprio e má quando inspira a coletividade à perseguição dos indivíduos excepcionais (RUSSELL, 1956, p. 57). Espécie de despotismo típico dos povos democráticos, a “tirania igualitária”. Uma “democracia absoluta” é tão prejudicial quanto uma monarquia absoluta. Há, numa sociedade democrática, um instinto natural de rebeldia e má vontade contra toda superioridade, que encontra teorias justificadoras e livre curso na prática.

14 Diz Hobhouse (1927, p. 179): “Algunos hombres son mejores y más sabios que otros, pero la experiencia parece demostrar que difícilmente son tan buenos y tan sabios que puedan eludir la prueba de la reponsabilidad permanente del poder. Por el contrario, el mejor y más sabio es aquel que acude a los más humildes para averiguar sus aspiraciones y el modo de realizarlas, antes de legislar para ellos”. Também: SANTAYANA, 1998, p. 142.

O fato de a minoria se inclinar perante a maioria é uma lei básica da democracia, diz Cunningham (2009, p. 27). Mas levado ao extremo revela o lado obscuro do governo da maioria: a tirania, que se reflete informalmente numa espécie de controle de pensamento. Pessoas com senso refinado, com determinada cultura ou riqueza material e detentoras de prestigiados cargos públicos são ignoradas, vistas com desconfiança ou socialmente condenadas ao ostracismo. E de maneira ainda mais perniciosa, aqueles com pontos de vista de minorias éticas ou de minorias sociais/políticas se expressarão com risco, como Sócrates descobriu que a manifestação na Atenas democrática de seus pontos de vista populares condenaram-no à morte.

Reconhece-se que a ascendência da maioria é menos injusta e, no geral, menos perniciosa do que muitas outras, mas vem acompanhada da mesma espécie de perigos, e até mesmo com maior certeza. E um desses perigos, talvez o maior de todos, pois se constitui em causa de inúmeros vícios democráticos, é a supremacia da maioria, pois, alcançada a democracia, não há mais necessidade das armas da razão¹⁵; fica em condições de fazer prevalecer a própria vontade, e a quem não se pode apresentar resistência está, em geral, muito satisfeito com as próprias opiniões para ter a vontade de alterá-las ou para escutar, com paciência e tolerância, quem quer que venha a apontar discordâncias. É inútil oferecer razões a quem não sabe escutar nada além de seu próprio interesse.

7. Conclusão

O denunciamento é a liberdade de pensamento, de expressão, de crítica e de petição atacada de gigantismo ou de uma es-

15 Em todo movimento de massas, há o antiintelectualismo, diz Neumann (1969, p. 234). Ou, como ensina Sêneca (1952, p. 42): “El pueblo es acérrimo defensor de sus errores contra la razón”.

pecial suscetibilidade à expansão. Essa prática apresenta, além da degradação moral intrínseca, três grandes consequências indesejáveis para um hígido ambiente político e social: 1- viola os direitos fundamentais das pessoas atingidas pela acusação; 2- instrumentaliza instituições públicas, obrigando-as a desperdiçar tempo e recursos; 3- gera uma cultura de desconfiança, constituindo-se num processo social de afastamento (ou dissociativo) com importantes efeitos sobre a solidariedade, a cooperação e a coesão sociais.

Como o hábito da delação e da reclamação é uma distorção do governo dos Muitos, estimulado pela liberdade de pensamento e de expressão, exercido com as armas da vontade e não da razão (daí a falta de compromisso com a correlação positiva de meios e fins), os Poucos (minoría) ficam desprotegidos e expostos à sanha mórbida. O “núcleo de resistência” a essa aberração democrática é, como já frisamos ao longo do estudo, o uso dos mecanismos do Estado de Direito para, de forma sistemática, responsabilizar os acusadores levianos e caluniosos.

Alimentar e robustecer o conceito de responsabilidade jurídica dos meros denunciastas, numa espécie de saneamento social ou institucional, contribui para coibir uma prática indesejável e para elevar a delação séria e legítima como instrumento útil na defesa do regime democrático.

Exigem as boas regras do processo democrático, lastreadas no equilíbrio instável de direitos e deveres, que as apurações derivadas de “denúncias” ou representações sejam feitas com o rigor e a cautela necessários à legítima proteção da ordem jurídica e dos valores que a qualificam (direitos fundamentais, predominância do interesse público, bem comum, virtude republicana etc.), punindo a quem de direito, seja o “denunciado” por eventuais crimes ou outros ilícitos,

seja o “denunciante” por denúncia caluniosa, se se houve com má-fé ou dolo. Onde existir vontade de prejudicar ou causar danos, o aparato jurídico deverá incidir e buscar a responsabilização. No caso de não ser apurado nenhum ato ilícito, não basta o arquivamento do procedimento, ficando o dito pelo não dito. Impõe-se a análise da conduta do “denunciante” ou do representante à luz do art. 339 do Código Penal brasileiro (crime de denúncia caluniosa), sem prejuízo das providências pessoais do “denunciado” ou do representado.

Se a denúncia ou delação é anônima, carece de consistência jurídica e tem limites muito claros, devendo sua apuração respeitar os direitos fundamentais dos envolvidos. A peça apócrifa tem mero valor informativo, não podendo alavancar a instauração de procedimento investigatório formal. Os agentes públicos competentes, em sede de averiguação preliminar, devem atuar com a máxima discrição e cautela, não podendo determinar ou proceder a buscas domiciliares, quebra de sigilos, cautelares penais típicas, indiciamento etc., sob pena de ser, eles mesmos, alvos das sanções do art. 339 do Código Penal.

8. Referências

ARENDDT, Hannah. *Le système totalitaire*: les origines du totalitarisme. Tradução Jean-Loup Bourget, Robert Davreu e Patrick Lévy. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

BECKER, Carl L. *Modern democracy*. 5. ed. New Haven: Yale University Press, 1947.

BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: Carl. J. Friedrich (Ed.). *O interesse público*. Tradução Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

CASSINELLI, C. W. O interesse público na ética política. In: FRIEDRICH, Carl. J. (Ed.). *O interesse público*. Tradução Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

CHOMSKY, Noam. *O governo do futuro*. Tradução Maira Parula. Rio de Janeiro: Record, 2007.

CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia*. Tradução Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DELLA TORRE, M. B. L. *O homem e a sociedade: uma introdução à sociologia*. 15. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1989.

DUVERGER, Maurice. *As modernas tecnodemocracias*. Tradução Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

FRANKENBERG, Günther. *A gramática da constituição e do direito*. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBHOUSE, L. T. *Liberalismo*. Tradução Julio Calvo Alfaro. Barcelona: Labor, 1927.

LASKI, Harold J. *El Estado moderno*. Tradução Teodoro González García. Barcelona: Bosch, 1932. Tomo I.

LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Tradução Eloy Fuente. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

LIJPHART, Arend. *Patterns of democracy: Government forms and performance in thirty-six countries*. New Haven and London: Yale University Press, 1999.

MARITAIN, Jacques. *O homem e o estado*. Tradução Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

MICHELS, Robert. *Os partidos políticos*. Tradução Hamilton Trevisan. São Paulo: Senzala, [19--].

MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*. New York: Forum Books, 1958.

MINOR, William S. O interesse público e o supremo compromisso. In: FRIEDRICH, Carl. J. (Ed.). *O interesse público*. Tradução Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

NIETZSCHE, Friedrich. *En torno a la voluntad de poder*. Tradução Manuel Carbonell. Barcelona: Península, 1973.

POLIN, Raymond. *Iniciação política. O homem e o estado*. Tradução João dos Santos. Mira-Sintra (Portugal): Publicações Europa-América, 1976.

PORTELLI, Serge. Les mots, première dérive, premier combat. *Revue Mémoires*, Paris, n. 53, jun. 2011.

REVEL, Jean-François. *Como terminam as democracias*. Tradução: João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Difel, 1984.

RUSSELL, Bertrand. *Educação e ordem social*. Tradução Leonidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956.

SANTAYANA, George. *The life of reason*. New York: Prometheus Books, 1998.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

SÉNECA, Lucio Anneo. *Tratados filosóficos*. Tradução Pedro Fernández de Navarrete. Buenos Aires: El Ateneo, 1952.

SIMON, Yves. *Filosofia do governo democrático*. Tradução Edgard Godói da Mata-Machado. Rio de Janeiro: Agir, 1955.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Tradução Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

WALZER, Michael. *Da tolerância*. Tradução Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Artigo recebido em: 28/01/2014.

Artigo aprovado em: 31/07/2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20160043

111 - 146

Diálogo Multidisciplinar | Artigo

**TESE DO ABANDONO VIRTUAL E A
RESPONSABILIZAÇÃO DE PAIS
POR DANOS AOS FILHOS,
VÍTIMAS NO CIBERMUNDO**

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

TESE DO ABANDONO VIRTUAL E A RESPONSABILIZAÇÃO DE PAIS POR DANOS AOS FILHOS, VÍTIMAS NO CIBERMUNDO

THEORY OF VIRTUAL ABANDONMENT AND THE PARENTS ACCOUNTABILITY FOR THE DAMAGES TO CHILDREN, VICTIMS IN THE CYBERWORLD

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Rondônia, Brasil

samuellalvarengagoncalves@gmail.com

RESUMO: Neste artigo, queremos chamar a atenção sobre um tipo de violência cada mais comum que vem sendo registrada em face de crianças e de adolescentes: o abandono virtual por pais e/ou responsáveis legais, que têm deixado filhos e pupilos navegando abertamente no ciber mundo e, por conta da falta de vigilância adequada, esses menores, não raro, são vítimas das mais diversas espécies de crimes e abusos no mundo virtual.

PALAVRAS-CHAVE: ciber mundo; abandono virtual; responsabilidade civil.

ABSTRACT: In this article, we want to draw attention to a type of violence increasingly common that has been registered in the face of children and adolescents: the virtual abandonment by parents and/or legal responsible one's, whom have left their children and pupils openly browsing the cyber world and, due to the lack of proper supervision, these smaller, often, are victims of the most diverse kinds of crimes and abuses in the virtual world.

KEYWORDS: cyber world; virtual abandonment; civil responsibility.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Novos tempos, novos problemas. 3. A posição do Direito no ciber mundo. 4. Afinal, com o que estamos lidando e para onde caminhamos? 5. Do dever de proteção parental em relação aos menores. 6. O acesso precoce ao ciber mundo. 7. Da responsabilidade parental pelo abandono virtual. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. Introdução

Visa o presente artigo abordar e contextualizar a doutrina da proteção integral com a responsabilização de pais por eventuais danos sofridos por seus filhos em sua interação no ambiente virtual.

Atualmente, um dos principais lugares de relacionamento social é aquele assentado no chamado ciber mundo ou mundo cibernético.

É cada vez mais comum passar-se mais tempo se comunicando nesse ambiente virtual do que na realidade física.

Própria da pós-modernidade, esse tipo de linguagem comunicacional parece influenciar inexoravelmente as relações jurídicas, não jurídicas, familiares, laborais, éticas, sociais, espirituais etc.

Antigos costumes e hábitos sociais estão tendo sua forma de exercício alterada diante dessa nova e peculiar interação.

E que tempos são esses, que momento estaríamos experimentando?

2. Novos tempos, novos problemas

Segundo Rogério Donnini, autor de *Responsabilidade civil na pós-modernidade*, o termo pós-modernidade surgiu a primeira vez na América Hispânica, em 1930, muito antes de seu uso na Europa e nos Estados Unidos, por intermédio do escritor Federico de Onís, no âmbito da poesia, para designar um momento contemporâneo desta, de alcance universal, vanguardista.

O uso do termo desperta tanta divergência quanto o próprio conceito que gravita em torno de si. Há quem prefira as expressões “modernidade tardia”, “segunda modernidade” ou “modernidade reflexiva” (DONNINI, 2015, p. 14).

Na década de 80 do século passado, Ulrich Beck escreveu:

Tudo é ‘pós’. Ao ‘pós-industrialismo’ já nos acostumamos há algum tempo. Ainda lhe associamos alguns conteúdos. Com a ‘pós-modernidade’, tudo já começa a ficar mais nebuloso. Na penumbra conceitual do ‘pós-esclarecimento’,

todos os gatos são pardos. ‘Pós’ é a senha para um além que não é capaz de nomear, enquanto, nos conteúdos, que simultaneamente nomeia e nega, mantém-se na rigidez do que já é conhecido. Passado mais pós – essa é a receita básica com a qual confrontamos, em verborrágica e obtusa confusão, uma realidade que parece sair dos trilhos. (BECK, 2010, p. 11).

Seja como for, no mundo de hoje florescem novos perfumes, encantam novos sabores e descortinam novos horizontes. E a busca pela universalização das relações humanas, embora não seja fenômeno recente, tem efetivamente se tornado cada vez mais perceptível e real.

Independentemente da maneira pela qual designamos o período que se iniciou há, pelo menos, quatro décadas, é incontestável a complexidade cada vez maior de nossa sociedade, sensação de incerteza e a convicção que estão a demonstrar o surgimento de um novo período, uma nova fase, a pós-modernidade.

Há alguns decênios, presenciamos uma verdadeira revolução tecnológica na comunicação e na informação, o que alterou a noção de espaço e de tempo. Em um mundo de informação e comunicação fugazes, as relações familiares se alteraram, ou mais precisamente o convívio humano, o mesmo ocorrendo nas artes, na ciência, na economia e na cultura. (DONNINI, 2015, p. 16-17).

De fato, vivemos um novo tempo ou um tempo de novas vivências. Vale a pena o registro de João Carlos Loureiro:

O desenvolvimento de uma “sociedade tecnológica transnacional” desafia o direito e mostra as insuficiências de um nacional-constitucionalismo temperado apenas por alguma normação internacional, bem como aponta para o desenho de uma nova organização nos planos macrorregional

e mundial, no quadro de uma governança (*governance*). Assim, as sociedades em rede, também em termos tecnológicos, exigem um outro constitucionalismo igualmente em rede, em tempos marcados por um discurso cosmopolita, em que se cruzam Kant e Habermas. As entradas agora são constitucionalismo mundial e cosmopolitismo constitucional. (LOUREIRO, 2015, p. 35-36).

E é dentro dessa nova perspectiva da vida mundializada que o tema da proteção da infância e juventude ganha maior relevo, notadamente quando sua vulnerabilidade é colocada à prova e abrem-se os portões a novas formas de violação a direitos.

3. A posição do Direito no cibermundo

Não é exagero afirmar, ainda que incipientemente, que o cibermundo está longe de ser um ambiente 100% seguro no campo das relações ali travadas.

Em tempos de precariedade e de provisoriedade, assistimos a uma revolução na compreensão da lei. Se de há muito perdera a representação mítica da generalidade e da abstração do pensamento iluminista, deparamo-nos, em áreas marcadas por um ritmo frenético da técnica, com leis que, *ab initio*, surgem com a data de sua revisão ou, pelo menos, de exame anunciados, tendo presente também a aprendizagem, assistindo-se a “modulações de permanência”. Este fenómeno não se acantona na normatividade nacional, mas alarga-se ao plano internacional. (LOUREIRO, 2015, p. 67).

De fato, esse admirável mundo “não tão novo” ainda nos causa fascínio e parece mover-se alheio ou independente das tradicionais e ortodoxas amarras do Direito do mundo real. Dentro desse contexto, apresenta-se a faceta “ciberlibertária” do ativista americano John Perry Barlow e sua conhecida *Declaração de Independência do Ciberespaço*:

Governos do Mundo Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do espaço cibernético, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm a independência que nos une. [...]

Não temos governos eleitos, nem mesmo é provável que tenhamos um, então eu me dirijo a vocês sem autoridade maior do que aquela com a qual a liberdade por si só sempre se manifesta.

Eu declaro o espaço social global aquele que estamos construindo para ser naturalmente independente das tiranias que vocês tentam nos impor. Vocês não têm direito moral de nos impor regras, nem ao menos de possuir métodos de coação a que tenhamos real razão para temer. [...]

Estamos formando nosso próprio Contrato Social. Essa maneira de governar surgirá de acordo com as condições do nosso mundo, não do seu. Nosso mundo é diferente.

O espaço cibernético consiste em ideias, transações e relacionamentos próprios, tabelados como uma onda parada na rede das nossas comunicações.

Nosso é um mundo que está ao mesmo tempo em todos os lugares e em nenhum lugar, mas não é onde pessoas vivem. [...]

Seus conceitos legais sobre propriedade, expressão, identidade, movimento e contexto não se aplicam a nós. Eles são baseados na matéria. Não há nenhuma matéria aqui.

Nossas identidades não possuem corpos, então, diferente de vocês, não podemos obter ordem por meio da coerção física. Acreditamos que a partir da ética, compreensivelmente interesse próprio de nossa comunidade, nossa maneira de governar surgirá. Nossas identidades poderão ser distribuídas através de muitas de suas jurisdições.

A única lei que todas as nossas culturas constituídas iriam reconhecer é o Código Dourado. Esperamos que sejamos capazes de construir nossas próprias soluções sobre este fundamento. Mas não podemos aceitar soluções que vocês estão tentando nos impor. [...]

Vocês estão apavorados com suas próprias crianças, já que elas nasceram num mundo onde vocês serão sempre imigrantes. Porque têm medo delas, vocês incumbem suas burocracias com responsabilidades paternais, já que são covardes demais para se confrontarem consigo mesmos. [...]

Precisamos nos declarar virtualmente imunes de sua soberania, mesmo se continuarmos a consentir suas regras sobre nós. Nos espalharemos pelo mundo para que ninguém consiga aprisionar nossos pensamentos.

Criaremos a civilização da Mente no espaço cibernético. Ela poderá ser mais humana e justa do que o mundo que vocês governantes fizeram antes.

Davos, Suíça, 8 de fevereiro de 1996. (BARLOW, 1996).

Essa alardeada independência do ciberespaço tem desafiado as Instituições de Poder e questionado a própria razão do Direito como ferramenta de controle social.

O cibermundo cria, pois, a ambiência propícia – complexamente paradoxal – para o anonimato, embora intrínseca e latente seja a busca pelo desejo de notoriedade.

As pessoas escudam-se em “avatars”, falsos perfis, *nicks*, na tentativa de encobrir a própria individualidade. Contudo, são movidas pelo intento de criarem redes de relacionamentos cada vez mais horizontalizadas e superficiais com um sem-número de pessoas muitas vezes completamente desconhecidas.

Quanto mais seguidores, quanto maior o número de *likes* e *posts* sobre qualquer assunto que seja, tanto maior será o prestígio do indivíduo invisível no mundo virtual, mundo onde o ser é observado por todos sem, contudo, conseguir ser enxergado verdadeiramente por ninguém.

Dal Bello (2014, p. 251) escreveu sobre a celebração da in-

dividualidade e a naturalização do desejo de ser visto no mundo “globalizado”. Para a autora, o indivíduo virtualizado condiciona a validação da sua existência e da sua individualidade à alteridade subjetiva, à sua confirmação pelo interlocutor. Ou seja, a pessoa somente existe porque é vista por outrem, e sua não visibilidade no cibermundo seria o equivalente à sua morte no mundo dos vivos.

O indivíduo moderno introspectivo e intimidado pelas pressões de ‘ser alguém’, apreende pela moda, pela publicidade e principalmente pela cultura midiática que ‘notoriedade pública’ (e ‘fama’, seu vulgar correlato) é a medida de validação da existência dentro do novo contexto sociocultural, razão pela qual implode sua privacidade e migra do interior (da mente, do corpo, do quarto, da residência) para o exterior (configurado como espacialidade midiática e hiperespetáculo). Em tempos pós-modernos, o preço da visibilidade é a transparência – e equivale a ter, ser e estar no Facebook, no Orkut, no Twitter ou onde quer que o outro possa vê-lo. Portanto, a projeção espectral do si mesmo em perfis, avatares ou *nicknames* obedece à lógica da circunscrição da subjetividade operante nos fluxos informacionais e tem por objetivo conferir uma face (ou aspecto) que a identifique, diferenciando-a. Os indivíduos querem ser vistos, pois, conforme apresentado, apenas como objeto da percepção de outrem é que podem alcançar seu estado de sujeito (DAL BELO, 2014, p. 251).

4. Afinal, com o que estamos lidando e para onde caminhamos?

Há setor da doutrina que sustenta que hoje a inclusão digital e os direitos relativos ao ciberespaço possuem natureza de direito fundamental de terceira dimensão, contendo inclusive uma proposta de Emenda Constitucional nº 479/2010 para a previsão do direito de acesso à internet de alta velocidade no rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (RAMINELLI; RODEGHERI; OLIVEIRA, 2015, p. 68).

De acordo com Raminelli *et al* (2015, p. 74), a inclusão digital mantém ligação com o próprio conceito de inclusão social e, a partir dessa interação, o cidadão consegue ter acesso a determinadas ferramentas e a espaços para se conectar a bens e a serviços que normalmente apenas estariam disponíveis às classes mais privilegiadas.

O direito à inclusão digital, nesse contexto, não é visto como um direito-meio para aquisição ou efetivação de outros direitos fundamentais, mas um direito-fim, relacionado à própria dignidade da pessoa humana.

São princípios que nortearam a Cúpula Mundial da ONU sobre a Sociedade de Informações, em 2003, em Genebra, e em 2005, na Tunísia:

[...] 21. A conectividade é um dos importantes fatores habilitadores para criar a sociedade da informação. O acesso universal, ubíquo, equitativo e economicamente acessível à infraestrutura e aos serviços de TICs (incluído o acesso à energia), assim como aos serviços postais, é um dos desafios da sociedade da informação e deve ser um objetivo de todos os que participam de sua criação. A conectividade implica também acesso à energia e aos serviços postais, que deve ser garantido de acordo com a legislação de cada país.

22. Um bom desenvolvimento de infraestruturas de rede e aplicações de comunicação e informação adaptadas às condições locais, regionais e nacionais, facilmente acessíveis e economicamente viáveis e que utilizem em maior medida a banda larga e, se possível, outras tecnologias inovadoras, pode acelerar o progresso econômico e social e melhorar a qualidade de vida de todas as pessoas, comunidades e populações. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003/2005).

O empoderamento dessas novas tecnologias de informação e de comunicação proporciona ao cidadão maior controle na salvaguarda da sua própria existência, permitindo-lhe postura mais ativa no contexto da sociedade. Há estudos que demonstram que os países com maior difusão dessas novas tecnologias estão entre as nações com maior desenvolvimento social e econômico da população (RAMINELLI; RODEGHERI; OLIVEIRA, 2015, p. 76-77).

Mas, em contraponto a este argumento, é fato que a democratização da difusão da informação e da comunicação acabam, de forma inevitável, criando um ambiente de tão ampla liberdade que, em determinados casos, podem tender à vulgarização do direito à expressão e à liberdade no mundo virtual ou cibernético.

O uso desse chamado ciberespaço intelectual tem tido relevante importância frente a várias denúncias contra desvios éticos e morais de certas autoridades ou nichos de poder, auxiliando inclusive, em alguns casos, no desmantelamento de esquemas antigos de corrupção que acabam por perder o seu poder e sua estabilidade ao serem violentamente expostos ao mundo, em questões de segundos.

Fiorillo (2015, p. 143) faz interessante abordagem entre a sociedade da informação e o meio ambiente cultural, na medida em que nos lembra que são bens integrantes do patrimônio cultural de um povo, de acordo com o próprio art. 216 da Constituição Federal de 1988, as suas formas de expressão e os seus modos de criar, fazer e viver.

O meio ambiente cultural, por via de consequência, manifesta-se no século XXI em nosso país exatamente em face de uma cultura que passa por diversos veículos reveladores da informação, a saber, de nova forma de viver relacionada a

uma cultura de convergência em que as emissoras de rádio, televisão, o cinema, os *videogames*, a internet, as comunicações por meio de ligações de telefones fixos e celulares etc. moldam uma “nova vida” reveladora de nova faceta do meio ambiente cultural, a saber: o meio ambiente digital (FIORILLO, 2015, p. 143).

Assim, com base nas lições do respeitado jurista, a própria sociedade da informação – e, conseqüentemente, seu modo de ser – possui respaldo e legitimidade no próprio ordenamento jurídico, com inegável roupagem de direito fundamental constitucional.

Destarte, a tutela do meio ambiente digital tem como finalidade interpretar os arts. 220 a 224 da Constituição Federal diante dos arts. 215 a 216, com a segura orientação dos princípios fundamentais indicados nos art. 1º a 4º da nossa Carta Política em face particularmente da denominada “cultura digital”, a saber, estabelecer a tutela jurídica das formas de expressão, dos modos de criar, fazer e viver, assim como das criações científicas, artísticas e principalmente tecnológicas realizadas com a ajuda de computadores e outros componentes eletrônicos, observando-se o disposto nas regras de comunicação social determinadas pela Constituição Federal.

O meio ambiente digital, por via de consequência, fixa no âmbito de nosso direito positivo deveres, direitos, obrigações e regime de responsabilidade inerentes à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação realizados pela pessoa humana com a ajuda de computadores (art. 220 da CF) dentro do pleno exercício dos direitos culturais assegurados a brasileiros e estrangeiros residentes no País (arts. 215 e 5º da CF) orientados pelos princípios fundamentais da Constituição Federal (art. 1º a 4º). (FIORILLO, 2015, p. 148-156).

5. Do dever de proteção parental em relação aos menores

A realidade registra uma mudança no paradigma tradicional e no modelo matrimonializado de família, cujo *pater* tinha importância ímpar no contexto da unidade familiar.

A Constituição Federal de 1988, art. 226, trouxe rol ampliativo e meramente ilustrativo do conceito de família, tendo como figura central a busca pela dignidade e o afeto entre seus membros, independentemente de sua configuração numérica e de sua estrutura de hierarquia.

Assim, comunidade familiar não é tão somente a formada por pai, mãe e filhos; é, bem por isso, qualquer tipo de unidade em que haja o desenvolvimento das potencialidades humanas na busca pela afirmação do grupo, na busca pela felicidade:

Ora, como sinaliza Gustavo Tepedino, 'é a pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social'.

[...]

Na esteira do aqui se sustenta, nossos Pretórios têm reconhecido que a presença do caráter afetivo como mola propulsora de algumas relações, a caracteriza como *entidade familiar* (independente da previsão constitucional), merecendo a proteção do Direito de Família e determinando, por conseguinte, a competência das Varas de Família para processar e julgar os conflitos delas decorrentes, como afirmado pela Corte gaúcha em aresto referido alhures.

A não admissibilidade de quaisquer comunidades afetivas (denominadas por alguns de entidades parafamiliares) como núcleos familiares, afastando-as da incidência proteti-

va do Direito de Família, sob o frágil argumento de não estarem explicitamente previstas no art. 226, colide, em linhas gerais, com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, por ser descabida discriminação de qualquer espécie à opção afetiva de cada cidadão.

Tem-se, portanto, como inadmissível um sistema familiar fechado, eis que, a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade, que restariam tolhido, emoldurados numa ambientação previamente delimitada. Por isso, estão admitidas no Direito de Família todas as entidades fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, expressamente pelo comando do art. 226 da Carta Maior. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 36-37).

Logo, novos modelos de família são encontrados na sociedade atual: famílias apenas de irmãos, famílias monoparentais, famílias entre tios e sobrinhos, mãe e filhos, avós e netos etc.

É dentro desse conceito constitucional e revisitado de família que devemos extrair a fundamentação da exigência de proteção de pais e/ou responsáveis legais a seus filhos e pupilos, cuja figura outrora conhecida como pátrio poder veio se metamorfoseando até o que hoje conhecemos como responsabilidade parental.

Rolf Madaleno (2011, p. 653), ao citar o gênio Pontes de Miranda, lembra que os romanos davam ao *pater familias* o direito inclusive de matar o filho, o que apenas foi limitado já no século II, sob a influência de Justiniano.

Nesse modelo romano, a autoridade do *pater* exercia uma incontestável chefia sobre seus subordinados e, como senhor absoluto do lar, todos lhe deviam obediência. O chefe da família detinha outros poderes em relação aos filhos,

abarcando condutas inacreditáveis em tempos atuais, como, por exemplo, dar o filho em pagamento a uma indenização, abandonar o filho deficiente, praticar uma espécie de aluguel do filho durante certo tempo para se recuperar de eventual dificuldade financeira no grupo familiar. É o que registra Rof Madaleno, com base na doutrina especializada:

O pater familias também tinha o poder de venda dos filhos, com duração até cinco anos, para depois recuperar a potestade, como uma espécie de momentânea suspensão do pátrio poder, cuja finalidade era a de poder suprir eventuais dificuldades financeiras da família, cometendo sacrificar um dos integrantes dessa família em benefício do grupo.

Outra variante do direito de venda sobre o filho (*ius vendendi*) era a *noxae deditio*, sendo o filho entregue à vítima de um dano por ele causado, como forma de compensar o prejuízo sofrido mediante a prestação de serviços pelo filho dado em compensação.

Por fim, dentre as prerrogativas concedidas ao chefe da família, acrescia-se a faculdade de abandonar o filho recém-nascido (*ius vendendi*), cumprindo-lhe o direito de seleção eugênica quando nascesse uma criança débil.

Com o advento do cristianismo como religião oficial do Estado Romano, tornam-se inconciliáveis as antigas leis despoticas de poder de mando sobre a vida e a pessoa do filho, sendo proibida a venda, a morte ou a entrega do filho a um credor. (MADALENO, 2011, p. 653).

No Brasil colonial, Rolf Madaleno (2011, p. 654) também lembra que, sob as ordenações e as leis de Portugal, o pai detinha um poder quase absoluto sobre os filhos, cabendo inclusive direito de correção manifestado em reprimendas e castigos corporais moderados que não resultassem em ofensas físicas sérias. Já no esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas, o anteprojeto previa, além dos castigos

moderados, o poder de requerimento ao juiz dos órfãos de “autorização para a detenção dos filhos por até quatro meses na casa correccional, sem direito a recurso”. A mudança, influenciada pelo cristianismo, torna o poder familiar uma imposição de ordem pública, um dever de proteção integral, calcado inclusive em documentos normativos humanitários internacionais.

Hoje, o ordenamento doméstico possui legislação que impõe aos pais e/ou responsáveis legais esse dever de cuidado em grau máximo, previsto desde a Constituição Federal (art. 227, § 4º) até a legislação extravagante, citando-se aqui especificamente o Código Civil (arts. 1.630, 1.631, 1.634, I e X, 1.637, 1.638, I a IV) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º, 4º, 5º e 249).

Berenice Dias critica o uso da expressão “poder familiar” (mesmo em substituição ao antigo pátrio poder), já que, na verdade, esse múnus representa muito mais um dever, uma função familiar. Para a ilustre doutrinadora, o termo que melhor reflete a mudança de paradigma legislativo seria “autoridade parental”, centrando a obrigação de proteção na figura dos pais e não na entidade familiar, em abstrato.

Ainda que a expressão “poder familiar” tenha buscado atender à igualdade entre o homem e a mulher, não agradou. Mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. Pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere. O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um múnus, e talvez fosse melhor falar em função familiar, em dever familiar.

A expressão que goza de simpatia da doutrina é “autoridade parental”. Melhor reflete a profunda mudança que decor-

reu da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças e de adolescentes (CF 227). Destaca, ainda, que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. (DIAS, 2005, p. 380).

Rolf Madaleno registra a posição da doutrina sobre o alcance e a melhor compreensão sobre o poder familiar, com foco absoluto no dever de cuidado integral aos filhos menores:

O pátrio poder já foi definido como sendo um “conjunto de direitos concedido ao pai, ou à própria mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida.

Tem como prioritário foco constitucional os melhores interesses da criança e do adolescente, e não mais a supremacia da vontade do pai, chefe da sociedade familiar.

[...]

Como ensina Jorge Adolfo Mazzinghi, o filho precisa da proteção e dos cuidados de seus pais, porque precisa ser alimentado e educado pelos progenitores, e ele nasce indefeso e dependente, e assim permanece durante muito tempo, impedido de atender pessoalmente às suas necessidades pessoais.

Logo, é ao mesmo tempo dever e interesse natural dos pais propiciarem as melhores condições para os seus filhos, tanto no respeitante à sua educação e formação como no pertinente aos seus interesses físicos, morais, sociais, intelectuais e afetivos, porque todos esses elementos contribuem na boa estruturação intelectual e psíquica da criatura por eles trazida ao mundo (MADALENO, 2011, p. 654-656).

Com efeito, o exercício da autoridade parental está efetivamente inserido dentro da doutrina da proteção integral. Pais

não mais possuem a ampla e irrestrita liberdade de agirem em face dos filhos sem que haja o devido respaldo dos interesses dos menores. É dizer que todas essas ações dos adultos devem refletir um conjunto de medidas que resultem, ao final, nas melhores escolhas aos menores.

Disserta Gregório Assagra de Almeida sobre a evolução da doutrina da situação irregular (*Direito Tutelar*) para a doutrina de proteção integral dos menores (*Direito da Infância e da Juventude*):

Fala-se hoje em um novo direito da criança e do adolescente, vinculado à proteção integral, socializada, multidisciplinar (entrelaçado com outras áreas do conhecimento como a psicologia, a pedagogia, a sociologia etc.) desses cidadãos em desenvolvimento.

[...]

Martha Toledo Machado afirma que a positivação conferida aos direitos humanos das crianças e dos adolescentes pela CF/88 difere da conformação que receberam os direitos fundamentais dos adultos. Em suas conclusões, os direitos fundamentais especiais de crianças e adolescentes configuraram-se como sendo direitos da personalidade infantojuvenil e o reconhecimento dessa condição peculiar.

Ante da CF/88 e do ECA (Lei n. 8.069/90) vigia no Brasil o denominado “Direito Tutelar”, caracterizado pelo seu objetivo de proteção fragmentária da criança e do adolescente, uma proteção para as hipóteses de situação irregular (doutrina da situação irregular). Com o ECA, houve uma mudança radical de paradigma. O direito da criança e do adolescente passa para uma dimensão de proteção e de responsabilização, que é a doutrina da proteção integral. (ALMEIDA, 2008, p. 542-543).

6. O acesso precoce ao ciber mundo

O manuseio sadio e adequado da internet representa hoje etapa indispensável da formação intelectual da criança. A compreensão da rede mundial de computadores é fator de conexão do cidadão com o mundo; é ferramenta que pode ter o poder de eliminar barreiras sociais e econômicas, de reduzir desigualdades entre os povos, de fomentar a busca pelo conhecimento, de ampliar a interação cultural e permitir, sem dúvidas, a independência do ser humano e sua autoafirmação.

Contudo, pais e/ou responsáveis têm admitido a internet como uma “verdadeira babá ou cuidadora” desses menores. Fornecem *smartphones* e *tablets* cada vez mais cedo às suas crianças. Permitem aos pequenos a livre e desvigiada navegação pela rede, inclusive como forma de não precisarem interagir depois de um longo e exaustivo dia de trabalho.

Nesse cenário paradoxal, o isolamento humano vem perdendo espaço para interação meramente virtual das pessoas, e o Direito já deveria lançar suas preocupações com o perfil dessa nova geração que trocou o mundo real pelas redes sociais.

Dentro da responsabilidade parental, sem dúvida, tem-se o dever de proteção e cuidados diários na condução da vida dos filhos, colocando-a a salvo de danos e propiciando o seu melhor desenvolvimento. Esse dever hoje deve ser visto também como uma obrigação a ser exercida igualmente no mundo virtual, e não mais apenas no mundo real.

Ora, se é fato que os jovens estão navegando cada vez mais cedo no ciber mundo, como se dá então a responsabilidade dos pais e coobrigados em prover-lhes segurança nesse ambiente?

Drica Guzzi, em artigo intitulado *Proibir, vigiar ou regradar o uso das redes sociais por crianças?*, alerta sobre os cuidados de privacidade e segurança aos menores de idade na internet e o papel fundamental da mediação parental.

Infelizmente, algumas dessas informações que as crianças, inadvertidamente, postam em suas páginas podem torná-las vulneráveis a algumas “pegadinhas”, que, no início, são inocentes experimentações, mas que podem levar ao *cyberbullying*, ao *phishing* e a outros tipos de ameaças mal-intencionadas.

[...]

No contexto da mediação parental e do tipo de orientação dada pelos pais/responsáveis para o uso da Internet, a pesquisa de 2013 apontou que, segundo a declaração dos pais, 81% dos jovens conversam com eles sobre esse uso (um aumento de três pontos percentuais em relação a 2012); e 43% realizam atividades junto com eles na rede. Ainda nesse contexto, segundo a percepção de seus pais ou responsáveis sobre riscos na rede, apenas 8% dos jovens passaram por alguma situação de incômodo ou constrangimento na Internet (6%, em 2012). Ao mesmo tempo, ocorreu um aumento percentual de três pontos de jovens que são estimulados a aprender coisas por conta própria na Internet, segundo a declaração de seus pais.

[...]

Para os pais que já mantêm a possibilidade de um diálogo franco e aberto, torna-se mais fácil incentivar os filhos a exporem os motivos de se sentir desconfortáveis ou ameaçados por alguma situação mais grave. Outros pais e educadores, que possuem maior dificuldade para conversar, precisam se disponibilizar a dar mais atenção aos sintomas de ansiedade das crianças, buscar desvendar o que as angustiam e ouvi-las quando manifestarem desejo de falar sobre o assunto, de modo a que possam pensar juntos como resolver problemas que envolvam riscos em potencial. Não se trata de, apenas, sentar junto cada vez que os filhos usam o computador, des-

se modo, vigiando o que fazem. Se certa vigilância é necessária, é preciso compreender o limite de sua adequação e ter em mãos bons argumentos para orientar. O uso da Internet desejável para a aprendizagem requer também que os jovens desenvolvam suas próprias habilidades de privacidade e seleção de conteúdo. (GUZZI, 2015, p. 50).

Essas crianças da Geração Z (nascidas já no ambiente virtual mundialmente consolidado) têm tido acesso cada vez mais cedo à internet. Nas últimas décadas, diante de uma fiscalização cada vez mais ausente no contexto familiar, as tecnologias assumiram importante papel na regência do núcleo convivencial, e sobre isso a pesquisadora Jane A. Marques traz o seguinte alerta:

O Facebook continua sendo a rede social que concentra maior participação das crianças e dos adolescentes usuários da rede (de 61% em 2012 para 83% em 2013), pois mesmo os mais jovens (de 9 a 10 anos) têm ao menos um perfil nessa rede (de 46% em 2012 para 62% em 2013), apesar de a idade não ser considerada adequada para esse tipo de interação social. Mas, conforme aumenta a idade dos respondentes, seu percentual também aumenta, atingindo 94% entre os adolescentes de 15 a 17 anos em 2013; esse valor era 72% em 2012. Ressalta-se que, enquanto o Orkut perdeu usuários (de 39% em 2012 para 15% em 2013), outros sites de redes sociais, como Google+ (37%) e Instagram (16%) são mencionados por jovens. Esses dois últimos são mais comuns entre os adolescentes de mais idade: 40% e 19% entre os jovens de 13 a 14 anos e 39% e 25% entre os de 15 a 17 anos para o Google+ e o Instagram, respectivamente. Entre os respondentes de classes sociais mais elevadas (AB), há incidência de 41% de usuários que citaram o Google+ e 27% dos usuários que utilizam o Instagram.

[...]

Pode-se afirmar que jovens usuários de Internet manifestam pouca preocupação com quem pode visualizar o que

publicam nos seus perfis de redes sociais (Tabela 10): 42% deixam todo o perfil como público, e 23% disponibilizam o perfil parcialmente privado. Comparando com os dados coletados em 2012, quando 42% mantinham o perfil privado, ou seja, apenas os amigos conseguiriam ver, em 2013 esse percentual cai para 32%. Embora sejam poucos os respondentes que não sabem que tipo de configuração de privacidade mantêm nas redes sociais, de 2% em 2012, há um aumento para 3% em 2013; ainda é temerário pensar que esses jovens desconhecem esse recurso nas redes sociais.

[...]

Nota-se, por fim, que o público pesquisado já está mais presente na rede mundial e que o incentivo ao uso consciente da Internet deve ser estimulado no ambiente familiar, escolar e midiático. Esse cuidado possibilitará uma maior utilização por parte desses usuários, que, por estarem ainda em processo de formação, poderão aprender a utilizar das facilidades dessa tecnologia e estarão sendo potencializados para melhor aproveitamento dos conteúdos a serem buscados e/ou compartilhados. (MARQUES, 2015).

A vulnerabilidade de menores e sua navegação desvigiada na internet podem assumir consequências catastróficas e danos psicológicos por vezes insuperáveis, especialmente quando vítimas de abusos relacionados à violência sexual.

Além disso, a pesquisa do Comitê Gestor da Internet no Brasil também apontou ser comum os próprios pais inicialmente incentivarem os filhos a terem pleno acesso à internet, inclusive criando perfis e páginas de relacionamento social em nome dos próprios rebentos recém-nascidos. Alheio a tudo o que se passa, o menor tem sua vida desde muito cedo exposta ao mundo. Miriam Von Zuben adverte inclusive para o “sequestro digital”:

Para alguns pais, expor os filhos na Internet pode ser algo bastante atrativo. Afinal, cada momento possui seu encanto; cada idade, as suas descobertas; e cada acontecimento pode ser fotografado, compartilhado, comentado e curtido. É necessário, porém, refletir sobre os limites de tal comportamento e os riscos que ele pode trazer, tanto para os pais como para essas crianças. Ao expor os filhos excessivamente na Internet, os pais podem colocá-los em riscos, como:

Legado digital indesejado: muitos pais criam perfis em nome dos filhos e postam sobre eles. Alguns até fazem isso em primeira pessoa, interagindo como se a própria criança estivesse fazendo aquilo. Isso é adequado? Como diferenciar no futuro o que a criança postou daquilo que os pais escreveram? Como ela se sentirá lendo opiniões que não foram emitidas por ela?;

Constrangimento público: até onde vai o direito dos pais de exporem a privacidade dos filhos? Onde começa o direito da criança de não querer ser exposta? A partir de que idade ela começa a ter direito à própria privacidade? Aquilo que para os pais é inocente, pode constranger a criança; aquilo que é privado, típico da relação entre pais e filhos, não precisa ser postado no perfil público da criança;

Supervalorização da aprovação social: crianças estão em período de formação de personalidade, podem não ter maturidade emocional ou não saber lidar com a opinião, a desaprovação ou, até mesmo, o desprezo dos demais. Uma imagem compartilhada pode gerar na criança a expectativa de como será recebida e poderá ser frustrante caso a imagem não seja “curtida” ou compartilhada rapidamente ou, ainda, receba comentários negativos;

Uso indevido das imagens por terceiros: a fotografia de uma criança nua ou seminua, tomando banho, brincando na praia ou sendo amamentada pode ser algo bastante inocente para os pais. Essa mesma fotografia pode ser encarada com outra conotação;

Violência: expor a rotina dos filhos, com informações sobre onde eles estudam, de quais cursos participam, locais que

frequentam ou qualquer imagem que possa indicar sinais de posses materiais pode colocá-los em risco. Nos noticiários, há relatos de casos de criminosos que escolhiam suas vítimas nas redes sociais;

Sequestro digital, digital *kidnapping*, virtual *kidnapping* ou, ainda, *baby role playing*: não basta ter um bichinho virtual de estimação. Algumas pessoas estão adotando crianças e cuidando delas como se fossem seus próprios filhos virtuais. Esse é um novo tipo de furto de identidade que vem acontecendo na Internet, em que fotografias de crianças postadas por seus pais estão sendo indevidamente usadas.

Algumas formas de sequestro digital que vêm ocorrendo são:

Os 'sequestradores' copiam as fotografias, criam um perfil falso em nome da criança e o utilizam para interagir com outras pessoas;

Os 'sequestradores' compartilham as fotografias como se fossem eles os verdadeiros pais da criança e escrevem comentários típicos da maternidade ou paternidade;

Os 'sequestradores' se colocam como agências virtuais de adoção, em que os pais interessados podem requisitar tipos específicos de bebês ou crianças, detalhando, por exemplo, a idade, a raça e a cor da pele, e a agência seleciona fotografias de possíveis candidatos à adoção. (VON ZUBEN, 2015).

Não é objeto deste artigo tecer com detalhes os diversos crimes virtuais tendo por vítimas menores de idade. Contudo, de acordo com Cassanti, pode-se registrar que a pornografia infantil/pedofilia e o *sexting* (exposição íntima) continuam sendo os mais recorrentes delitos que envolvem a vítima menor de idade.

Para conquistar a confiança das crianças e dos adolescentes os criminosos utilizam perfis falsos e uma linguagem diferenciada, com intuito de programar encontros virtuais e presenciais que viabilizem a prática de atos de violência sexual.

Em muitos casos oferecem oportunidades imperdíveis, presentes ou até mesmo dinheiro para convencer a vítima a marcar um encontro ou pedem que se façam fotos e vídeos pornográficos. (CASSANTI, 2014, p. 30).

Inarredavelmente, quanto maior a interação social desses jovens no mundo virtual, maior se mostrará o dever de proteção em relação a eles, cujo mister indeclinável recai sobre seus pais e responsáveis legais.

A tecnologia traz inesgotáveis benefícios e melhorias significativas ao cotidiano do ser humano, ninguém duvida disso. Contudo, algumas das consequências desse novo mundo são igualmente poderosas ao próprio bem-estar do indivíduo, cujos danos tendem ainda a não ser devidamente assimilados pelo tecido social em que vivemos.

Como vimos atrás, são novos danos, novos problemas. Entretanto, devemos indagar: estamos realmente preparados para admitir novas formas de reparação ou, preferivelmente, para a prevenção a tais lesões?

Algumas lesões vêm se modificando de maneira rápida, em verdadeira sintonia com o progresso tecnológico, adquirindo, assim, feições até então desconhecidas e com potencial ofensivo de grande magnitude. A revolução tecnológica comunicacional diuturnamente, fazendo com o que o tempo da informação e da comunicação se torne praticamente instantâneo, se inegáveis benefícios trazem, tornando a vida mais fácil e, muitas vezes, mais segura, também criam situações cujo potencial lesivo não é ainda aquilatado, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência.

Em verdade, alguns danos antigos ainda são tratados de maneira destacada, separada da novel tecnologia que os tornam nefastos não apenas para as vítimas, mas envolvem um número expressivo de lesados, que vão dos integrantes da família até parentes mais distantes e pessoas próximas.

O tempo do dano, vale dizer, o período em que a ofensa é perpetrada, que antes se restringia ao contato físico ou presencial, direto entre ofensor e ofendido, passou a ser também virtual, com intensidade máxima, que pode ser denominada lesão incessante ou em tempo integral, por ter se transformado em algo permanente, sem qualquer chance de recuperação momentânea da vítima. (DONNINI, 2015, p. 128-129).

[...] Se já era excessivamente penoso para a vítima enfrentar esses danos anteriormente, hoje essa nocividade deve ser encarada pelos tribunais com muito mais rigor, mediante a fixação de indenização para as vítimas que, efetivamente, evite essas práticas com caráter dissuasório e pedagógico, com valores mais elevados, desde que haja possibilidade para tanto, sob pena de se difundir um efeito contrário, ou seja, a incidência cada vez maior dessas gravíssimas ofensas, o que requer uma interpretação contemporânea dos dispositivos à responsabilidade civil, em consonância com a sua função social. (DONNINI, 2015, p. 139).

7. Da responsabilidade parental pelo abandono virtual

Chegado o momento de enfrentarmos o objeto central desse pequeno trabalho, indaga-se: cabe algum tipo de responsabilização aos pais e aos demais coobrigados legais no caso de seus filhos e/ou pupilos virem a usar a internet de maneira indevida, acessando conteúdo inadequado, cometendo atos infracionais equiparados a crimes, por exemplo, contra a honra, contra o racismo etc., ou na hipótese de serem vítimas em razão da atuação de terceira pessoa, por conta de ausência de fiscalização e supervisão dos responsáveis?

É essa ausência do dever de cuidado no cibermundo que representa o núcleo da chamada “tese do abandono virtual”, que significa o ato comissivo ou omissivo, culposo ou doloso, em se permitir, incentivar, negligenciar ou deixar de adotar as cautelas necessárias em relação à navegação e à

interação dos menores de idade na internet, independentemente da ocorrência de danos.

O abandono virtual representa violação do dever inerente à autoridade parental no que diz respeito aos cuidados objetivos de proteção, bem como está dentro do rol de obrigações concernente ao acesso à educação pelos menores de idade.

Essa nova ideia de violência e danos aos menores de idade impõe o pensamento de formas mais eficazes de seu combate e uma nova configuração do dever de vigilância dos pais e responsáveis legais.

No mundo real, por assim dizer, o Código Penal (art. 133, §§ 2º e 3º, II) prevê responsabilização para o caso de abandono de incapaz, podendo chegar a uma pena-base máxima de até 16 anos (12 anos com o aumento de 1/3) no caso de evento morte e se o agente, por exemplo, for ascendente da vítima.

Além disso, o Código Penal (art. 247) prevê como crime permitir que pessoa menor conviva, no mundo real, com pessoa viciosa ou de má vida. E, dentro dessa óptica, é possível concluirmos pela incidência de outros tipos de responsabilidade de pais pelo abandono dos filhos no mundo virtual?

A resposta nos parece possível, sim, a princípio. Ainda que não haja eventual possibilidade de responsabilização criminal, em homenagem aos princípios da tipicidade e ao da legalidade estrita que vigem no Direito Penal, nada impede que haja a verificação das demais esferas de responsabilização, especialmente no campo das infrações administrativas do ECA.

Quando os pais permitem que os filhos naveguem livremente por redes sociais, interajam com criminosos (em geral, pervertidos sexuais), sejam vítimas das mais urdidadas tramas,

o dano psicológico causado a esses menores tem parcela de responsabilidade muito grande a ser debitada na conduta daqueles que possuem o dever legal de proteção.

Segundo Carlos Eduardo Araújo Lima, em conhecida obra coletiva de comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o descumprimento do dever de proteção encerra tamanha gravidade que passa a interessar ao Estado, ingressando na ordem do Direito Público, reservando a legislação desde sanções mais simples (no caso de infrações administrativas) a punições mais severas em caso de faltas graves:

Se os pais abusam dos direitos da criança e do adolescente de desenvolver harmonicamente sua personalidade, dão eles, ainda, ensejo à intervenção do Estado, através do Judiciário, para a garantia desse direito à vida e a seu normal desenvolvimento.

[...]

O caráter protetivo do pátrio poder, na verdade, transcende a órbita do Direito Privado para ingressar na órbita do Direito Público. É um múnus público imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos.

[...]

Não se perca de vista que é interesse do Estado assegurar a proteção de novas gerações, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura.

[...]

O desrespeito ao direito de proteção assegurado por lei à criança e ao adolescente implica infração administrativa se inaplicáveis à espécie sanções penais previstas na legislação penal ou em dispositivos dessa natureza também contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, por faltas mais graves.

A simples apenação administrativa destina-se a casos de menor gravidade, onde a experiência do passado e a perspec-

tiva do futuro militam em favor da conservação do múnus público protetivo dos fundamentais interesses da criança e do adolescente (ARAÚJO LIMA, 2005, p. 826-827).

Embora não seja orientação pretoriana uniforme, há entendimento de configurar descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar os pais que, por negligência e ausência de cuidados, acabam permitindo que o filho se apodere de veículo automotor e dele faça uso, ainda que no momento do ato os pais não estejam em casa.

Isso porque incumbe aos pais assegurar que seus filhos lhes prestem dever de obediência e respeito, como inclusive menciona alhures o Código Civil. Não é demais lembrar que pai ou mãe poderá perder o poder familiar em caso de abandono do filho, conforme art. 1.638, II, do CC. Será que esse abandono pode ser interpretado também como o abandono virtual?

De igual forma, pode ser almejada a responsabilização dos pais que permitem que filhos frequentem locais inapropriados e incompatíveis para a sua idade (por exemplo, festas, bares e boates em faixa etária imprópria).

Assim, o mundo virtual tem-se tornado uma extensão do mundo real. Sobre esse novo espaço convivencial, pais e demais coobrigados legais possuem as mesmas responsabilidades em zelar pela integridade psicológica, ética e moral de seus filhos.

A negativa da aplicação do Direito sancionador também ao ciber mundo, na proteção dos interesses das crianças e dos adolescentes, viola a doutrina da proteção integral, até porque se trata de princípio protetivo que se deve adaptar a fim de acompanhar as exigências da sociedade e dos novos desafios.

Durante séculos, o Direito, como componente regulador das relações sociais, foi pensado para ser aplicado tão somente no mundo físico, tátil, real. Ocorre que, em tempos atuais, o dia a dia do ser humano passou a ser muito mais virtual que físico e, em relação a isso, sequer existe corpo de legislação devidamente pensada e sedimentada.

Com efeito, há quem veja o uso desgovernado nas novas tecnologias como um potencial dano às garantias constitucionais.

Esse nosso passeio pelos avanços da ciência nos levam a uma constatação: as novas tecnologias são potencialmente violadoras de garantias constitucionais. As mídias sociais tendem a violar o princípio da presunção da inocência. Não só o atentado de Boston o prova, mas inúmeros outros exemplos são encontrados no Brasil, e não somente em relação às mídias sociais. A imprensa tradicional também é potencialmente violadora da mesma garantia ao dar destaque a apenas uma das versões, normalmente a veiculada pelo órgão de acusação, que é a que, normalmente, ganha apelo popular, pelas razões já examinadas acima (CARVALHO, 2015, p. 124).

O uso emprestado da legislação vigente é de pouca ou nenhuma presteza. Talvez a regulação dos conflitos no ambiente virtual seja o maior desafio a ser enfrentado pelo Direito.

Uma crítica, contudo, merece ser registrada. Mesmo a instauração, pelo Ministério Público, do procedimento de apuração de infração administrativa previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente parece ter a resposta legislativa adequada para o enfrentamento do problema porque, como é cediço, a mera aplicação de sanção pecuniária em face dos pais e/ou responsáveis legais não possui nenhum aspecto efetivamente reparador em relação aos menores.

E mais: frequentemente, provém das camadas sociais mais pobres o registro desse tipo de infração. Apenar os pais e/ou responsáveis legais pelo pagamento de multa poderá representar uma obrigação, além de inócua (diante da inexistência de patrimônio), também excessiva, quando o valor retirado acaba por fazer desfalcar sobremaneira o orçamento familiar, por vezes, afetando até mesmo a aquisição de alimentos e o pagamento das despesas mais básicas.

Logo, o Direito brasileiro positivado, infelizmente, ainda não está devidamente preparado para apresentar resposta adequada a esse tipo de violação de direitos (abandono virtual) no campo da responsabilização dos agentes e dos demais responsáveis.

Por isso, a responsabilização pode e deve passar por outras formas de punições, dando-se inclusive preferência àquelas que imponham aos pais e aos corresponsáveis fazer, por exemplo, a frequência obrigatória a seminários e a cursos para conscientização acerca do abandono virtual e suas consequências.

Existe indiscutível base legal para a busca de outras formas de sancionamento por intermédio de vias processuais inominadas.

A própria Lei 8.069/1990, art. 129, I, III e IV, possibilita a imposição aos pais ou aos responsáveis de “encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico e o encaminhamento a cursos ou programas de orientação”.

Assim, não deixa de ser uma forma de responsabilização a determinação judicial que pais e filhos passem, por exemplo, algumas horas por semana em sala de aula frequentando seminário sobre segurança na internet.

O direito de proteção especial dos menores é, sem dúvida, um legítimo direito constitucional. Por isso, é necessário que o direito processual brasileiro disponha de ferramentas procedimentais legítimas para a devida tutela de tais valores.

Eventual omissão legislativa ou mesmo a produção legislativa deficiente não podem impedir a oferta de uma resposta adequada ao caso de violação de direitos de vítimas menores no cibermundo, quer no campo da prevenção a tais agressões e abusos, na recuperação e tratamento em caso de efetiva realização do dano, quer na punição dos agentes e demais corresponsáveis, tudo isso à luz da doutrina da proteção integral.

Márcia Zollinger (2006, p. 152) escreveu excelente obra sobre a proteção processual aos direitos fundamentais. Diz a autora que o dever estatal de proteção impõe a adoção de medidas ativas, normativas e fáticas de proteção dos bens jusfundamentais dos cidadãos, individual ou coletivamente considerados.

Adiante, explica o papel do juiz na condução de processos envolvendo a proteção a direitos fundamentais:

Dessa forma, admite-se que o Judiciário proceda à definição da conduta de proteção jusfundamental definitiva, inferindo-a diretamente do direito fundamental, elegendo-a mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade aos meios que *prima facie* favoreçam a realização do direito à proteção, sempre que a proteção legal mostrar-se insuficiente ou for inexistente.

Há, portanto, nitidamente, um campo de atuação judicial que não foi previamente delimitado pelo legislador, em face mesmo da inexistência ou insuficiência da previsão normativa legal. O juiz, nestes casos, deve efetuar uma opção da ação de proteção definitiva em face de todas as ações que

constituem uma proteção. Claro que a escolha do juiz deve ser racionalmente fundamentada, submetendo-se à apreciação quanto à observância do princípio da proporcionalidade.

Essas considerações acerca do papel do juiz na prestação da tutela jurisdicional muito se afastam da suposição racionalista de que o juiz, na aplicação do direito, objetiva apenas declarar a vontade contida na lei e reafirmar a autoridade do Estado-legislador, sem nenhuma vontade, neutro, praticamente burocrático, um poder realmente nulo (ZOLLINGER, 2006, p. 152-153).

Gregório Assagra de Almeida, ao trabalhar os princípios e outras diretrizes de interpretação do Direito Coletivo brasileiro, sistematizou o princípio da universalidade da proteção e da efetivação ao direito coletivo:

Por força do princípio da universalidade da proteção e da efetivação do Direito Coletivo, todos os meios legítimos podem e dever ser utilizados (...) administrativos (termo de ajustamento de conduta, multas administrativas etc.), jurisdicionais, legislativos e outros pertinentes.

No plano jurisdicional, a universalidade do acesso à justiça é ampla e irrestrita, conforme se extrai do art. 5º, XXXV, da CF.

A publicidade desses meios e canais de proteção deve ser ampla e irrestrita. A ampliação para a participação popular é uma exigência do Estado Democrático de Direito (ALMEIDA, 2008, p. 460).

Assim, deve o Judiciário admitir todas as formas que busquem a prevenção e a reparação do ilícito e do dano, assim como a punição adequada em se tratando de vítimas do abandono virtual, vencendo eventual omissão legislativa ou mesmo eventuais atos normativos com fraca carga de resolutividade e eficácia.

8. Conclusão

A legislação brasileira ainda não trabalha bem o tema da reparação de danos no ambiente cibernético, especialmente se as vítimas forem menores de idade.

O abandono virtual praticado por pais e por coobrigados legais em relação aos menores de idade aumenta a vulnerabilidade e o risco de ocorrência de crimes sobretudo às crianças.

Repensar a forma de cuidado ao assentir a interação de menores na internet é permitir que a atual geração seja apresentada ao cibermundo de forma adequada e sem danos.

A omissão da autoridade parental ou principalmente sua conivência ativa à violação de direitos a crianças e a adolescentes no ambiente virtual é causa de incidência de responsabilização por infringência aos postulados inerentes ao poder familiar.

Há que se buscar, portanto, a melhor forma de a doutrina da proteção integral encontrar mecanismos para a efetivação desse tipo de tutela especializada a crianças e a adolescentes.

Em fecho ao presente trabalho, invocamos as lições de Eduardo Bittar acerca do direito na pós-modernidade e, em recorte, sobre essa nova sociedade digitocêntrica:

Por isso, não se pode desprezar que o conjunto de avanços traz consigo notáveis conquistas, mas essas conquistas têm de ser mediadas por novas atividades regulatórias, por novas frentes de estudo e crítica, ponderada a partir da reflexão. Ademais, não se pode desprezar o fato de que essas transformações infirmadas na dimensão dos progressos tecnológicos trazem significativos desafios que não são passíveis no nível meramente operatório, ou meramente técnico. Eis o limite da técnica.

[...]

As potências técnicas da ‘sociedade digitocêntrica’, esta idolatrada por suas vantagens, deve se opor às potências do ‘valor da pessoa humana’. Este, para sua consideração, não pode depender e nem ser negligenciado, em função de contextos sociais específicos, do estado social da técnica, nem mesmo em favor desta ou daquela conjuntura socio-política. Alçar a dignidade da pessoa humana ao patamar de valor dos valores (art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948), significa afirmar que sua projeção não tem fronteiras e, por isso, tem de ser respeitada, dentro ou fora do ambiente virtual. Aliás, do fundamento universal de proteção à pessoa humana, pode-se afirmar que deriva o respeito aos direitos humanos no espaço virtual.

Assim, é que na atualidade desta correlação entre liberdade e dignidade, pode-se falar em responsabilidade digital como forma de apurar e aferir a impossibilidade da impunidade no espaço virtual (BITTAR, 2014, p. 304).

9. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARLOW, John Perry. *Declaração de Independência do Ciberespaço*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITTAR, Eduardo. C. B. *O Direito na Pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanlho de. Judiciário e novas mídias: garantias processuais e novas tecnologias. In: OLIVEIRA, Rafael Santos de (Org.). *Direito e novas tecnologias da informação*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 117-127.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. *Crimes virtuais, vítimas reais*. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

DAL BELO, Cintia. A (in)visibilidade glocal: projeção e dissolução de sujeitos em plataformas ciberculturais. In: TREVINHO, Eugênio. *A condição glocal: configurações tecnoculturais, sociopolíticas e econômico-financeiras na civilização midiática avançada*. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2014. p. 237-258.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUZZI, Drica. Proibir, vigiar ou regar o uso das redes sociais por crianças? In: BARBOSA, Alexandre F. (Coord.). *TIC Kids Online Brasil 2014: pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2014_livro_eletronico.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação: a tutela jurídica do meio ambiente digital*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Carlos Eduardo Araújo. Comentários ao art. 249 do ECA. In: CURY, Munir (Coord). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOUREIRO, João Carlos. Constituição, tecnologia e risco(s): entre medo(s) e esperança(s). In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33-84. v. 1.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2011.

MARQUES, Jane A. Usos e apropriações da internet por crianças e adolescentes: análise comparativa das duas ondas da pesquisa TIC Kids online Brasil. In: BARBOSA, Alexandre F. (Coord.). *TIC Kids Online Brasil 2014: pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2014_livro_eletronico.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2015.

NEGER, Antonio Eduardo Ripari. O ordenamento jurídico em face da realidade tecnológica. In: FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.). *Novas fronteiras do direito na era digital*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 5-18.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Cúpula mundial da ONU sobre a sociedade de informações. Genebra, 2003; Tunísia, 2005. Disponível em: <<https://www.nupez.org.br/sites/default/files/downloads/cupulamndialparte1.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2015.

RAMINELLI, Francieli Puntel; RODEGHERI, Letícia Bodanese; OLIVEIRA, Rafael Santos de. Direitos fundamentais de terceira geração: o direito de acesso à internet como direito fundamental. In: Rafael Santos de; SILVA, Rosane Leal da (Org.). *Direito e novas mídias*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 67-80.

VON ZUBEN, Miriam. Crianças de 5 a 8 anos usuárias de internet: desafios e recomendações para pais e educadores In: BARBOSA, Alexandre F. (Coord.). *TIC Kids Online Brasil 2014: pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015. Disponível em <http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2014_livro_eletronico.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2015.

ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual dos direitos processuais*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006.

Artigo recebido em: 05/04/2016.

Artigo aprovado em: 16/05/2016.

DOI: 10.5935/1809-8487.20160044

151 - 168

Artigo

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DO
ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E DA
TEORIA DOS JOGOS
NO CUMPRIMENTO
DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR**

ANDEIRSON DA MATTA BARBOSA

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E DA TEORIA DOS JOGOS NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

APPLICATION OF SUBSTANTIAL PERFORMANCE DOCTRINE AND OF GAME
THEORY IN THE MAINTENANCE

ANDEIRSON DA MATTA BARBOSA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
andeirsonbarbosa@gmail.com

RESUMO: Propõe-se defender a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito de família, com o fim de refrear, ainda mais, a voracidade da prisão civil, ou mesmo assegurar a razoável duração do processo, prestigiando a rápida solução do litígio e a dignidade da justiça. Entretanto, por ser da natureza do ser humano, imperfeito, ceder ao comportamento ímprobo, pode o executado, ciente da possibilidade da aplicação da teoria do adimplemento substancial nesta seara, definir a melhor estratégia para alcançar os melhores benefícios para si, furtando-se ao pagamento das parcelas restantes. Crê-se, desta forma e de maneira geral, que a aplicação da teoria dos jogos encontra terreno fértil no direito de família, especificamente no cumprimento de obrigação alimentícia. Apesar disso, pretende-se defender a teoria do adimplemento substancial no cumprimento da obrigação alimentar, observada a excepcionalidade do caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: obrigação alimentar; teoria do adimplemento substancial; teoria dos jogos.

ABSTRACT: It is proposed to defend the application of the substantial performance doctrine in family law, restraining, even more, the voracity of the civil prison, or even ensuring reasonable processing time, honoring the speedy resolution of the dispute and the dignity of justice. As it happens, is the nature of being human, imperfect, yielding to brief unrighteous behavior, can run, known application of this substantial performance doctrine harvest, anticipating the move, you want to evade the payment of the remaining installments. It is believed, therefore, and in general, the application of game theory finds fertile ground in family law, specifically in meeting food requirement. Nevertheless, we intend to defend the substantial compliance doctrine in the maintenance, subject to the exceptionality of the case.

KEY WORDS: Maintenance; substantial performance doctrine; game theory.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A aplicação da teoria do adimplemento substancial no cumprimento de obrigação alimentar. 3. A teoria do adimplemento substancial e a teoria dos jogos. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

É sabido que, na prática forense, apesar de satisfeita expressiva parcela da dívida alimentícia, o processo de execução

tem prosseguimento em face de parcela diminuta da obrigação, podendo ocasionar, inclusive, a privação da liberdade do devedor.

Em vista disso, constata-se que, ao magistrado, na ausência de subsídio legal ou doutrinário, outra via não há, senão continuar impulsionando o processo, mesmo verificando que a dívida é ínfima e perdeu seu “caráter alimentar”.

Ocorre que emerge na doutrina e na jurisprudência, com base no direito inglês, a teoria do adimplemento substancial e, muito embora tenha lugar no direito contratual, crê-se que ela possa, por analogia, ser aplicada ao direito de família, refreando, ainda mais, a voracidade da prisão civil, ou assegurando a razoável duração do processo, prestigiando a rápida solução do litígio e a dignidade da justiça.

Deve-se ponderar que é da natureza do ser humano, imperfeito, ceder ao breve comportamento ímprobo e se valer de meios legais, apesar de antiéticos, para se safar de obrigação passível de adimplemento. Sabendo o executado da possibilidade da aplicação da teoria do adimplemento substancial, favorecido pelo “perdão” do débito alimentício, pode o devedor, antecipando a jogada, pretender se furtar ao pagamento das parcelas restantes.

Crê-se, desta forma e de maneira geral, que a aplicação da teoria dos jogos encontra terreno fértil no direito de família, especificamente no cumprimento de obrigação alimentícia, tamanhas as possíveis variantes no decorrer de um processo judicial.

Pretende-se, portanto, defender a aplicação da teoria do adimplemento substancial no cumprimento da obrigação alimentar, como meio de buscar a solução do conflito, pon-do fim ao processo, sem, entretanto, armar o devedor ina-

dimplente de mais um instrumento para se furtar ao pagamento integral da dívida.

2. A aplicação da teoria do adimplemento substancial no cumprimento de obrigação alimentar

No âmbito do cumprimento de obrigação alimentar, no caso de inadimplemento, é assegurada ao credor a propositura de ação executória, visando a completa satisfação de seu crédito. É sabido, ademais, que o credor pode se valer de mecanismo ordinário de satisfação do crédito, através da expropriação de bens, mas ainda por meio de instituto excepcional, que remonta aos tempos de antanho, a saber: a privação da liberdade, ocasião em que o devedor é coagido a satisfazer a obrigação.

O inadimplemento voluntário e inescusável do devedor de alimentos culmina na privação de sua liberdade, pela utilização do instrumento da prisão civil, prevista na Constituição da República, no estatuto civil e processual civil. A medida é necessária para garantir ao credor de alimentos que não lhe falte o mínimo necessário e indispensável para o sustento, a manutenção de sua qualidade de vida, compatível com sua condição social e de acordo com as necessidades de sua educação.

Especificamente no que se refere à prisão civil, que não possui caráter punitivo, mas simplesmente coercitivo, o Superior Tribunal de Justiça, visando refrear a voracidade dessa medida, editou a Súmula nº 309, sedimentando o entendimento de que somente as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da ação, bem como as que se vencessem no curso da ação executória, ensejariam a imposição da medida gravosa ao executado. As demais prestações, pretéritas ao ajuizamento da execução, deveriam ser satisfeitas pelos métodos ordinários previstos no estatuto processual civil.

Ocorre que, na prática forense, conquanto satisfeita expressiva parcela da dívida; normalizada a situação de inadimplemento das prestações vincendas; garantido o necessário e indispensável para o sustento e a manutenção da qualidade de vida do credor, compatível com sua condição social, inclusive suas necessidades de educação, o processo de execução tem prosseguimento em face de parcela diminuta da obrigação. Pode ocasionar, até mesmo, a privação da liberdade do devedor.

Em exemplo, do mais singelo, imagine-se o ajuizamento de uma ação de execução de alimentos cuja memória de cálculo revele existirem 3 (três) meses de inadimplemento. O processo se prolonga em face da dificuldade do devedor em satisfazer o crédito, inclusive se verificando o vencimento de várias prestações no curso da demanda.

Depois de sucessivas decretações de sua prisão civil, o executado finalmente logra êxito em adimplir de maneira significativa o débito, regularizando o pagamento da pensão alimentícia, que passa a ser descontada em folha de pagamento. Até este ponto, verifica-se ter havido, aproximadamente, 1 (um) ano de tramitação do processo, e esta demanda não encontra seu final, já que ainda remanesce o débito das três parcelas anteriores ao ajuizamento da ação, ou seja, de, aproximadamente, um ano atrás.

Vê-se que, na hipótese acima aventada, o credor de alimentos, após um ano da tramitação do processo, não está mais em situação de risco, pois, tirantes as três parcelas anteriores ao ajuizamento da ação (aproximadamente um ano atrás), o mínimo necessário já lhe foi garantido. Acrescente-se que, por ter o devedor logrado êxito em regularizar sua situação de inadimplência contumaz, foi assegurado ao credor o necessário e o indispensável para o sustento, para a manutenção da

sua qualidade de vida, compatível com sua condição social, assegurado o atendimento das necessidades de sua educação.

Pode-se arriscar dizer que houve adimplemento substancial da dívida.

Entretanto, na praxe forense, como o credor não aceita renunciar ao crédito, o processo prossegue, dando azo a intermináveis diligências, requerendo a prisão civil do executado, ou diligenciando na localização de bens passíveis de penhora; isso movimentava a máquina judiciária para a cobrança de ínfimo débito.

Perceba-se que, ao magistrado, na ausência de subsídio legal, jurisprudencial ou doutrinário, outra via não há, senão continuar impulsionando o processo, mesmo após verificar que a dívida é ínfima e perdeu seu “caráter alimentar”.

Ocorre que emerge da doutrina e da jurisprudência, com base no direito inglês, a teoria do adimplemento substancial. Sua aplicação na legislação brasileira tem encontrado guarida no direito das obrigações, especificamente na seara contratual, em conjugação com os princípios da boa-fé objetiva e, principalmente, na vedação do abuso de garantias.

Segundo a teoria do adimplemento substancial, quando a prestação for, essencialmente, cumprida, presume-se que a pretensão do credor estará satisfeita. Nessa situação – no âmbito do direito contratual – a resolução do contrato é afastada, caso haja parcela mínima da obrigação a ser adimplida.

Muito embora a teoria do adimplemento substancial tenha lugar no direito contratual, crê-se que ela possa, por analogia, ser aplicada no direito de família, restando, ainda mais, a voracidade da prisão civil, ou mesmo assegurando a razo-

ável duração do processo, prestigiando a rápida solução do litígio e a dignidade da justiça (veja-se artigo 125, incisos II e III, do Código de Processo Civil).

Ressalte-se que a possibilidade de resolução do contrato, por inadimplemento, deita raízes no direito de família, já que somente após o *Decreto Quemadmodum*, do Papa Inocêncio III, possibilitou-se ao marido deixar sua esposa em razão de infidelidade. Entendeu-se que o aludido decreto se fundava na ideia de que todo vínculo matrimonial continha uma cláusula implícita de que o matrimônio deveria ser mantido, desde que o dever de fidelidade fosse cumprido (BUSSATA, 2007, p. 36).

O direito inglês, por sua vez, veio a estabelecer um parâmetro de quando determinada obrigação ensejaria a resolução contratual.

Desta forma, se se pode afirmar que a teoria do adimplemento substancial possui como origem próxima o direito inglês (*substantial performance*), não menos verdade é dizer que possui como origem remota o próprio direito de família.

A inexistência de previsão legal ou jurisprudencial não constitui óbice à sua aplicação no direito de família, já que, segundo o disposto no art. 126 do CPC, ao magistrado é facultado, na inexistência de normas legais, recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

No que se refere ao processo de execução de alimentos, a afirmação peremptória de completa previsão legislativa é temerária. No que tange à ação de execução de prestação alimentícia propriamente dita, o legislador pretendeu que esta recebesse regramento específico, já que conferiu a este capítulo próprio na lei de ritos, no Capítulo V; não lhe conferiu,

entretanto, obrigatoriedade da aplicação das demais normas previstas no resto do Livro II – do Processo de Execução; definiu-a tão somente de maneira subsidiária, analógica.

Tanto é verdade que, ao executado, na ação de execução de alimentos, é assegurada a faculdade de justificar o inadimplemento, comprovando que foi involuntário e escusável, afirmando e corroborando não dispor de condições financeiras de adimplir o débito. Isso não acontece em outras modalidades de execução, nas quais o executado só pode se opor à cobrança do débito através dos embargos ou da impugnação ao cumprimento de sentença, cujas matérias são restritas.

A justificativa do devedor de alimentos deriva de fonte diversa da processual, já que encontra amparo na Constituição da República, no art. 5º, inciso LXVII.

Por tudo o que foi argumentado, infere-se que inexistente óbice ao julgador, na direção do processo de execução de alimentos, de valer-se, subsidiariamente, de outras fontes do direito, especificamente no que se refere a suspensão e extinção do processo.

A aplicação da teoria do adimplemento substancial, no âmbito da execução de alimentos, confere ao magistrado o exame do caso posto à apreciação, avaliando se houve cumprimento da obrigação em seus pontos relevantes e essenciais, concluindo se o adimplemento está próximo do resultado ideal.

Nesse contexto, apesar de líquido, certo e exigível o título executivo, se ínfimo, insignificante ou irrisório o débito que lhe deu origem, não há que se considerar descumprida a obrigação.

A aplicação da teoria do adimplemento substancial no processo de execução de alimentos permite que se deem a cada caso concreto soluções razoáveis, sensatas, obedientes aos ideais de justiça.

Assim como no direito contratual a aplicação da referida teoria tem por desiderato impedir a resolução do contrato, na execução de alimentos obstar-se-ia a imposição desarrazoada da prisão civil do executado e o prolongamento do processo por dívida ínfima em prejuízo à razoável duração do processo e à dignidade da justiça.

A recepção da teoria do adimplemento substancial, no direito de família, está em perfeita sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que teria o condão de privar o devedor de alimentos do cerceamento de sua liberdade em razão de dívida insignificante.

É possível, ademais, entender configurar abuso de direito, nos termos do previsto no art. 187 do CC, o requerimento de aplicação da prisão civil do executado, depois de quitada parcela substancial da dívida alimentícia, ou daquela cujo caráter “alimentar” se perdeu, ocasião em que se extrapolam os limites da boa-fé. Sobre o abuso de direito na execução de alimentos, colaciona-se julgado do TJMG que se aplica, por analogia, à tese defendida. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - ART. 733 DO CPC - VULTUOSIDADE DA DÍVIDA ALIMENTAR - PEDIDO DE DAÇÃO EM PAGAMENTO, PELO ALIMENTANTE, DA MEAÇÃO DO IMÓVEL COMUM A QUE FAZ JUS - DISCORDÂNCIA DESARRAZOADA DA ALIMENTANDA, QUE, EM DIVERSOS MOMENTOS, MANIFESTOU O INTERESSE DE PERMANECER NA PROPRIEDADE DO BEM - ABUSO DE DIREITO - RECURSO PROVIDO. 1)

Não há dúvidas de que o credor tem diversos direitos face ao devedor, dentre eles, o de exigir o cumprimento integral da prestação que lhe é devida, podendo, a seu critério, opor-se ou consentir com o recebimento de prestação diversa (arts. 313 e 356 do CC/02). Todavia, também é certo que ao credor não é dado, a pretexto de exercer um direito que lhe é assegurado, comportar-se de maneira excessiva, desviando-se da real finalidade da norma, em prejuízo do devedor, sob pena de, assim agindo, infringir a cláusula geral contida no art. 187 do CC/02. 2) Se a alimentanda, ao discordar do pedido de dação de imóvel em pagamento formulado pelo alimentante, busca apenas prejudicar o devedor, com repercussões negativas para si própria, resta configurado o abuso de direito (art. 187 do CC/02), a autorizar o deferimento do pedido, a despeito do disposto nos arts. 313 e 356 do CC/02. (MINAS GERAIS, 2011).

O entendimento aqui esboçado não está isento de críticas, mas crê-se que a adoção da teoria do adimplemento substancial no direito de família, irradiando seus efeitos práticos na execução de alimentos, terá por fito resguardar os interesses das partes e principalmente a dignidade do executado.

3. A teoria do adimplemento substancial e a teoria dos jogos

Primeiramente cabe dizer que, na teoria dos jogos, o termo “jogo” corresponde a toda forma de interação e mútua influência ocorrente entre sujeitos. É uma descrição formal de uma situação de estratégia.

A teoria dos jogos é um fenômeno que alcança todas as modalidades de relacionamentos humanos, inclusive no âmbito jurídico.

Portanto, a teoria dos jogos nada mais é do que um estudo formal de tomada de decisão em que cada jogador preci-

sar realizar certa escolha que pode afetar, potencialmente, o interesse dos outros jogadores. É um estudo de conflito e cooperação, um modelo formal de situação de interação.

Como “jogador” entenda-se o agente que, estrategicamente, toma decisões no jogo. Por estratégia entenda-se como uma das possíveis ações de um jogador.

A teoria dos jogos foi utilizada, inicialmente, para as análises de disputas de mercado por corporações, fornecendo subsídios à tomada de decisão, permitindo a formulação de uma sequência de eventos nos quais os jogadores procuram maximizar os seus ganhos.

Relata-se que o grande marco do desenvolvimento da moderna teoria dos jogos foi a publicação de obra literária, em 1928, pelo matemático John Von Neumann, professor da Universidade de Berlim, o qual veio a ser considerado o pai da teoria dos jogos, explicando que, à medida que um dos jogadores deseja maximizar os seus ganhos, o outro deseja minimizar as suas perdas. Em 1944, o referido autor em conjugação de esforços com Oskar Morgenstern (economista da Universidade de Princeton) publicaram o livro *The Theory of Games and Economic Behavior*.

Outro marco na literatura foi o matemático John Forbes Nash Jr., com obra publicada em 1949, ganhador do prêmio Nobel por seus estudos nesta área. John Nash nasceu em 1928 e tinha apenas 21 anos quando escreveu sua dissertação sobre jogos e estratégias não cooperativas, em que conceituava o hoje conhecido “equilíbrio de Nash”. Apesar de portador da enfermidade denominada “esquizofrenia paranóica”, quando controlada, Nash voltou seus estudos para a matemática. Sua vida foi retratada no filme *Uma Mente Brilhante*.

No ano de 2005, a academia sueca de ciências premiou outros dois estudiosos, Robert J. Aumann e Thomas C. Schelling. Relata-se, ainda, a contribuição de John C. Harsanyi e Reinhard Selten para a propagação dos jogos estratégicos.

Como não constitui objetivo deste trabalho uma abordagem histórica da teoria dos jogos, conclui-se por dizer que, após a contribuição de referidos autores, essa abordagem passou a ser aplicada a economia, ciência política, sociologia etc.

O jogador, no âmbito jurídico, pretende a obtenção de um resultado que lhe proporcione certa vantagem em detrimento do adversário ou do terceiro.

O jogador, utilizando raciocínio estratégico, antecipa, em sua mente, a escolha que seus companheiros de partida farão na sequência ou no desenrolar do lance. Com base nas informações/hipóteses previstas, o jogador toma uma decisão no presente.

Em outras palavras, pode o participante efetuar sua jogada conhecendo, de antemão, a futura e possível jogada de seu oponente. Desta forma, a reação do jogador passa a considerar as opções, imaginando todas as alternativas possíveis, definindo a melhor estratégia para alcançar os melhores benefícios para si. Nesta metodologia, ele percorre as várias linhas de ação no sentido inverso, considerando qual o último movimento do jogo e, estrategicamente, define qual a melhor tática.

A bem dizer, a teoria dos jogos tem por base a previsão do comportamento futuro dos jogadores e atua, desde já, com esteio nesta previsão. No âmbito judicial, pode-se dizer que aquele a quem se aplica a jurisdição antecipa as jogadas sucessivas e, a partir disso, efetua determinado comportamento.

É quase certo que as decisões do indivíduo sejam voltadas a satisfazer seus próprios interesses e, sendo assim, tal comportamento não deve prevalecer, sob pena de gerar prejuízos aos demais participantes da relação.

Crê-se que a aplicação da teoria dos jogos encontra terreno fértil no direito de família, especificamente no cumprimento de obrigação alimentícia, considerando-se as possíveis variantes no decorrer de um processo judicial.

Com foco no emprego da teoria defendida no início deste artigo – teoria do adimplemento substancial –, infere-se que a possibilidade de sua aplicação no processo de execução de alimentos pode estimular a antecipação do movimento pelo jogador executado.

Já afirmou Jean-Jacques Rousseau (filósofo suíço, escritor, teórico político e compositor musical – 1712/1778), e com muita razão, que as pessoas são movidas por interesses próprios, unindo-se nos casos em que há vantagens na cooperação mútua, mas sob vínculos frágeis, desaparecendo dita cooperação quando presentes possibilidades imediatas de ganhos.

De fato, é da natureza do ser humano, imperfeito, ceder ao breve comportamento ímprobo, valendo-se de meios legais para se safar de obrigação passível de adimplemento – a conhecida “brecha da lei”. Em outras palavras, os jogadores raramente aceitam o valor ofertado, eles barganham a redução do preço, ou tentam se evadir do pagamento.

Permitida a breve divagação, suponha-se seja admissível a aplicação da teoria do adimplemento substancial no cumprimento de obrigação alimentícia, podendo o magistrado, mediante análise do caso concreto, julgar extinta a execução em razão de ínfimo débito alimentício restante, do qual o credor não abre mão.

Ciente da possibilidade do “perdão” do débito alimentício, pode o executado, antecipando a jogada, pretender se furtar ao pagamento das parcelas restantes, aguardando a aplicação da teoria do adimplemento substancial pelo magistrado, julgando extinto o processo.

Mesmo que se considere inaplicável a teoria do adimplemento substancial no cumprimento de obrigação alimentícia, o fato – comportamento ardiloso baseado na previsão; estratégia antecipada das jogadas sucessivas – ocorre atualmente com subsídio no disposto na Súmula nº 309 do STJ, pela qual o executado não pode ter sua prisão civil decretada a não ser pelas três parcelas anteriores ao ajuizamento da ação ou as que se vencerem no curso da lide, mesmo que vislumbrado débito voluntário e inescusável.

Neste caso, o executado, antecipando as jogadas sucessivas, efetua o pagamento somente das parcelas que lhe podem ensejar a medida gravosa e deixa o processo correr quanto às demais.

Ocorre que, no caso da aplicação da Súmula nº 309 do STJ, a jogada é facilmente antecipada, em razão da previsão, matematicamente estipulada.

Por outro lado, a aplicação da teoria do adimplemento substancial ficaria a critério do magistrado, a quem cabe, todavia, dificultar a previsão estratégica do executado, o que melhor atenderia aos critérios de justiça.

Com efeito, sem querer se filiar a nenhuma das teorias reducionistas (Jusnaturalismo, Positivismo Jurídico, Realismo Jurídico), a justiça não deve ficar relegada à validade (previsão legal), como pretendem os defensores do Positivismo Jurídico. Não se deve reduzir a justiça à validade. Não há como

se negar que o direito se forma e se transforma, sendo o magistrado instrumento de modificação da realidade social.

Ressalte-se que há casos em que a incidência de determinada norma de direito material ou processual pode produzir mais malefícios do que vantagens, gerando resultados desastrosos para a justiça, para o sentimento de justiça que domina a mente e o espírito do magistrado. Soam corretas, portanto, as palavras do ministro do Superior Tribunal de Justiça, o magistrado César Asfor Rocha, que nas “Cartas A Um Jovem Juiz: Cada processo hospeda uma vida” aduz:

Outro sistema ou escola judiciária que certamente haverá de ocupar as atenções dos juristas é o que denomino sistema ou escola da adequação, que também não reivindica a eliminação do quadro normativo, mas advoga sua superação em situações (ou casos) em que a incidência de certa norma produziria mais malefícios do que vantagens, mas desgastes do que proveitos à jurisdição, podendo-se afirmar que há uma autêntica desadequação das previsões legais aos casos a cuja regulação se destinavam. (ROCHA, 2009, p. 38).

Facilitar a previsão da futura jogada é o que tem prejudicado a “efetiva *prevenção* e reparação de danos patrimoniais e morais” no âmbito das ações de indenização por danos morais, segundo Rodolfo Oliveira Santos, autor do artigo “Teoria dos Jogos no Âmbito Judicial”, já que, nestes casos, as empresas e sociedade em geral não esperam grandes condenações do judiciário – considerando o histórico de decisões tímidas na condenação – o que tende a uma conduta individual, podendo traçar uma estratégia visando a maximizar os lucros, mesmo que presente o risco de eventualmente sofrer ações de dano moral.

Perceba-se que não se está a oferecer resistência à aplicação da teoria do adimplemento substancial no cumprimento de obrigação alimentar, sugerida, inclusive por este autor. Pelo

contrário, crê-se que sua aplicação oferece ao magistrado a possibilidade de pôr termo à lide quando for cumprida substancialmente a dívida alimentícia, o credor não estiver mais em situação de risco e estiver regularizado o atual pagamento da pensão alimentícia.

Entretanto, visando evitar o estratagema do devedor – que pretende se furtrar ao pagamento integral da dívida (tendo condição de fazê-lo) e que antecipou, mentalmente, as futuras jogadas –, a aplicação da teoria do adimplemento substancial no cumprimento de obrigação alimentícia deve ser utilizada, mas de maneira excepcional, assim como acontece, exemplificativamente, com a desconstituição da personalidade jurídica da empresa no direito de empresa ou da aplicação do princípio da insignificância no direito penal.

Pretende-se, portanto, defender a aplicação da teoria do adimplemento substancial no cumprimento da obrigação alimentar, como meio de buscar a solução do conflito, pon-do fim ao processo, sem, entretanto, armar o devedor inadimplente de mais um instrumento para se furtrar ao pagamento integral da dívida.

Defende-se a aplicação da teoria do adimplemento substancial de maneira excepcional, quando o magistrado verificar, mediante análise de cada caso posto à apreciação, a perda do caráter alimentar da dívida, entendida esta quando verificada a ausência das características de urgência e de garantia de sustento imediato (MINAS GERAIS, 2007), ainda que cobertas pelo manto das “três prestações anteriores ao ajuizamento da ação”.

4. Conclusão

Crê-se aplicável a teoria do adimplemento substancial no direito de família, notadamente no cumprimento de obrigação

alimentar; essa premissa poderá refrear, ainda mais, a voracidade da prisão civil, prestigiando a rápida solução do litígio e a dignidade da justiça.

Sua aplicação no processo deve prescindir de norma legal ou processual, visto que não se pode negar que o Direito se forma e se transforma, sendo o magistrado instrumento de modificação da realidade social. É sabido, ademais, que há casos em que a incidência de determinada norma de direito material ou processual pode produzir mais malefícios do que vantagens, gerando resultados desastrosos para a justiça, para o sentimento de justiça que domina a mente e o espírito do magistrado.

Contudo, como é da natureza do ser humano, imperfeito, ceder ao breve comportamento ímprobo, pode o executado, informado da aplicação da teoria do adimplemento substancial nesta seara, antecipando a jogada, pretender furtar-se ao pagamento das parcelas restantes.

Por isso, fica demonstrado que a teoria dos jogos encontra terreno fértil no direito de família, especificamente no cumprimento de obrigação alimentícia.

Por isso, o magistrado e os demais operadores do direito devem ficar atentos à previsão estratégica do executado e dificultar a antecipação da jogada, ocasião em que o devedor, ciente da possibilidade do “perdão” do débito alimentício, pode – mesmo possuindo meios para tanto – pretender se furtar ao pagamento das parcelas restantes, aguardando a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Para isso, a aplicação da teoria do adimplemento substancial no cumprimento da obrigação alimentar deve observar a excepcionalidade do caso concreto, constatada a perda do

caráter alimentar da dívida, a ausência das características de urgência e de garantia de sustento imediato.

5. Referências

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à Teoria dos Jogos no Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 59, p. 213-234, abr./jun. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento Cv nº 1.0024.07.768381-1/011 0192171-64.2011.8.13.0000 (1), Relator: Des. Manuel Saragamo, Belo Horizonte, 25 de agosto de 2011. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 29 set. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Habeas Corpus* Cível nº 1.0000.07.460558-5/000 4605585-35.2007.8.13.0000, Relator: Des. Célio César Paduani, Belo Horizonte, 25 de outubro de 2007. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 8 nov. 2007.

PELÁ, Carlos; LEITE, Carlos Henrique Bezerra; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *A validade e a eficácia das normas jurídicas*. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 46-59.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Teoria dos jogos: por uma propedêutica à elaboração racional da decisão. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 42, n. 132, p. 160-166, out./dez. 2003.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. A teoria dos jogos e o processo de recuperação de empresas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, ano 9, n. 31, p. 64-78, jan./mar. 2006.

POUSADA, Estevan Lo Ré. Alguns conceitos elementares de teoria dos jogos: uma análise sucinta de aspectos potencialmente relevantes. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 42, n. 132, p. 167-176, out./dez. 2003.

ROCHA, Cesar Asfor. *Cartas a um jovem juiz: cada processo hospeda uma vida*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTOS, Rodolpho Oliveira. Teoria dos Jogos no ambiente judicial. *Doutrina*, n. 19, p. 370-372, 1^a quinzena, out. 2005.

VITAL, André Luiz Francisco da Silva. A teoria dos jogos no contexto social e a visão de controle. *Revista de Direito Público da Economia – RDP*, Belo Horizonte, ano 8, v. 8, n. 32, p. 17-34, out./dez. 2010.

Artigo recebido em: 26/03/2013.

Artigo aprovado em: 23/09/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20160045

173 - 217

Artigo

**ADOÇÃO POR CASAS
HOMOAFETIVOS**

CAROLINA COSTA VAL RODRIGUES
FERNANDA ALMEIDA LOPES

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

ADOPTION BY HOMOSEXUAL COUPLES

CAROLINA COSTA VAL RODRIGUES

Analista
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
ccrodrigues@mpmg.mp.br

FERNANDA ALMEIDA LOPES

Analista
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
falopes@mpmg.mp.br

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo geral realizar uma discussão sobre a adoção por casais homoafetivos no Brasil, defendendo-a como direito fundamental de qualquer ser humano, verificando o que rege seus principais instrumentos legais envolvendo o arcabouço jurídico pátrio, bem como julgados recentes sobre o tema, destacando os pontos em que os tribunais estão sendo favoráveis a esse tipo de adoção. O desenvolvimento do trabalho foi baseado na técnica metodológica de análise teórica e levantamento bibliográfico. Os capítulos foram estruturados realizando, inicialmente, uma descrição conceitual sobre a entidade familiar e o tratamento constitucional dispensado à família. Em um segundo momento, descreveu-se o contexto histórico do instituto da adoção, seu conceito e seus requisitos para, em seguida, analisar a adoção por pares homoafetivos. Pode-se concluir que, embora tenha havido uma profunda transformação de posicionamento da justiça pátria, o assunto é polêmico e a sociedade ainda demonstra uma postura conservadora diante deste tema.

PALAVRAS-CHAVE: Família; adoção por casais homoafetivos; sociedade.

ABSTRACT: The work presented is a partial requirement for obtaining the title of specialist in Family Law and Succession promoted by International Faculty Signorelli and aimed to conduct a discussion on the adoption by homosexual couples in Brazil, defending it as a fundamental right of any human being, checking what governs its main legal instruments involving the Brazilian legal framework, as well as recent sentences on the topic, highlighting the points where the courts are favorable to this type of adoption. The development work was based on technical analysis of theoretical and methodological literature. The chapters are structured conducting an initial conceptual description of the family entity and constitutional treatment meted out to family. In a second step, described the historical context of the adoption of the institute, its concept and its requirements, then analyze the adoption by homosexual couples. It can be concluded that, although there has been a profound transformation positioning justice homeland, the subject is still controversial and society demonstrates a conservative stance on this issue.

KEY WORDS: Family; adoption by homosexual couples; society.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Justificativa. 3. Da entidade familiar. 3.1 Concepções e tratamento constitucional dispensado à família. 4. Instituto da adoção. 4.1. Contexto histórico. 4.1.1. Histórico da adoção da fase pré-romana à moderna. 4.1.2. Histórico da adoção no Brasil. 4.2. Conceito. 4.3 Requisitos. 5. Adoção por casais homoafetivos. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O reconhecimento do instituto da adoção promovida por casal homoafetivo envolve necessariamente a análise do que hodiernamente nomeamos como *familiae*.

Isso ocorre, porque o ser humano nasce inserido na família, que é sua referência. Não há dúvidas de que cada indivíduo recebe as primeiras informações e orientações a partir do núcleo familiar ao qual se encontra inserido.

Entretanto, a estrutura familiar de hoje não é a mesma da que se via há tempos atrás. A começar com a mudança de paradigma social, que refletiu na ordem constitucional, com a Constituição da República de 1988, e que desencadeou o surgimento de novas leis e jurisprudências sobre o tema, fazendo com que a família ganhasse novas definições.

Antigamente, a família conhecida era aquela composta por um homem, uma mulher e filhos gerados por aquela relação formada pelo casamento, cujos valores eram influenciados pela igreja e determinavam as uniões como indissolúveis.

Atualmente, houve uma ampliação desse conceito, podendo-se pensar na família como toda e qualquer comunidade de indivíduos ligados pelo afeto.

Importante informar, contudo, que não há definições concretas acerca dos temas aventados. A sociedade está passando por constantes mudanças, que geram também alterações na

ordem jurídica vigente. Assim, as questões envolvendo o Direito de Família ou das Famílias estão longe de ser sepultadas.

Nesse sentido, não menos nebuloso é o assunto da adoção por casais homoafetivos, o qual não possui legislação que o regule e que pretendemos estudar no presente trabalho.

Contudo, por mais delicado que seja esse tema, não podemos nos furtar de explorá-lo, visto que, principalmente após a possibilidade de existir casamento entre pessoas do mesmo sexo, a adoção por casais homoafetivos tornou-se, inevitavelmente, uma questão obrigatória a ser examinada, pois será abordada em inúmeros casos concretos.

A esse respeito, vale dizer que há opiniões favoráveis e desfavoráveis em torno da sobredita adoção. Enquanto os defensores desse ato justificam suas posições com base no princípio de dignidade da pessoa humana, igualdade e de oferecimento de melhor condição à criança ou adolescente, os opositores dessa medida alegam que esses casais influenciariam na orientação sexual dos adotandos, inclinando-os à homossexualidade, além da possibilidade de sofrerem discriminação por parte de outras pessoas.

Diante desse quadro, este artigo terá a função de elucidar eventuais dúvidas dos leitores sobre o tema, movido principalmente pela necessidade de eleger uma posição que melhor privilegie os interesses da criança ou do adolescente que se encontra em desamparo ou sem um lar permanente.

2. Direito de família

O direito de família difere dos outros ramos do direito, uma vez que seus sujeitos são ligados por fortes laços afetivos. Devido à presença de grande fundo emocional sobre os con-

flitos familiares, as ações são mais conturbadas e desgastadas do que as de qualquer outro conteúdo jurídico.

As peculiaridades dessa esfera forense ainda se tornam mais proeminentes no tocante ao instituto da adoção, o qual merece grandes e aprofundados estudos, dada sua relevância para a constituição da família por meio diverso do biológico, servindo de base e espelho no desenvolvimento da sociedade em que vivemos.

A escolha do tema foi também movida pela instigante transformação a que a sociedade vem passando, permitindo a realização de mudanças no seio das instituições sociais, notadamente a entidade familiar. A família seria uma espécie de pequena sociedade, que traz, em sua essência, grande parte das dificuldades que enfrentamos fora de nossas casas, seja pela ausência de conhecimento acerca da legislação brasileira e decisões jurisprudenciais que inferem sobre o tema, seja pela falta de informações e confiança que temos uns com os outros.

Apesar dos avanços sociais em relação à entidade familiar, percebe-se que a adoção por casais homoafetivos, por se tratar de tema polêmico, embora reflita uma grande evolução na seara jurídica, ainda sofre grande preconceito e discriminação da sociedade, trazendo inúmeros questionamentos.

Este ponto se reveste de certa gravidade, haja vista a ausência de amparo legal concernente ao instituto da adoção por pares homoafetivos.

O tema deste trabalho já vem sendo debatido há um certo tempo, tendo ganhado destaque com a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, a partir desta pesquisa, poderemos obter, além do conhecimento legal sobre o assunto, uma análise detalhada, com base no pensamento dos principais doutrinadores brasileiros e da jurisprudência pátria.

Dessa forma, esta abordagem contribuirá não só esclarecendo os aspectos jurídicos que giram ao redor deste objeto de pesquisa, como também interferindo socialmente na construção da família, ampliando a visão daqueles que argumentam contrariamente à adoção por pares homoafetivos.

Certo é que se trata de um tema de cautelosa análise, inclusive por parte dos grandes estudiosos, ficando ainda mais difícil para os magistrados no julgamento dos casos concretos, uma vez que não existe legislação específica a ser aplicada.

Em suma, justifica-se a presente pesquisa como essencial à evolução da sociedade e do direito, em prol de esclarecimentos quanto à possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos.

3. Da entidade familiar

A entidade familiar constitui a base de toda a estrutura social. É o elemento fundamental para o desenvolvimento da sociedade.

Sendo a família constituída por seres humanos, que estão em constantes mudanças, pode-se afirmar que, com o passar do tempo, tanto social quanto juridicamente, a concepção de entidade familiar sofreu uma grande evolução.

Antigamente, em virtude do contexto social que o Diploma Civilista de 1916 havia sido constituído, a família era analisada sob a ótica patrimonial, como escopo único de reprodução.

Com a transição, sobrepujando valores meramente patrimoniais, passou a ser vista com uma nova feição, fundada na afetividade e na solidariedade e não mais como uma unidade econômica. Isto é, o modelo familiar tradicional mudou, passando a enfatizar o afeto como pilar de sustentação das novas entidades familiares.

Essas mudanças trouxeram à tona um novo conceito de família, conhecido como eudemonista, que prima pelo afeto entre os seus integrantes.

Nesse novo balizamento, há que se reconhecer verdadeiro pluralismo de entidades familiares, fundadas, notadamente, em laços de afeição, devendo o ordenamento jurídico garantir-lhes respeito e proteção.

Atualmente a entidade familiar apresenta-se sob tantas e diversas formas quantas sejam as possibilidades de se relacionar e de se demonstrar amor.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, na contemporaneidade, “Existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho e de amor”. (DIAS, 2010, p. 31).

3.1. Concepções e tratamento constitucional dispensado à família

No Brasil, a evolução legislativa demonstra os anseios da sociedade em cada momento histórico, de acordo com a evolução do pensamento humano e a quebra de paradigmas.

Historicamente, as Constituições de 1824 e 1981 não fizeram menção relevante à entidade familiar, havendo como determinante somente o casamento religioso.

A primeira constituição a delinear a família em seu contexto foi a de 1934, em que se determinou a indissolubilidade do casamento, ressaltando-se as hipóteses de anulação e desquite e o texto de 1946 não inovou sobre a questão.

Com o advento do Código Civil de 1916, foi preconizado um direito de família imbuído de um estereótipo familiar patriarcal, estruturado sob a chefia do homem. Além disso, concebia-se apenas a família matrimonial. Isto é, indigitado diploma legal somente reconhecia o casamento como entidade familiar, não admitindo, sequer, a existência de uniões extraconjugais.

Nos termos do diploma civil de 1916, a dissolução do casamento era vetada, havia distinção entre seus membros e a discriminação às pessoas unidas sem os laços matrimoniais e aos filhos nascidos destas uniões era positivada.

Dado o caráter indissolúvel do casamento, na vigência do instrumento legislativo em voga, uma vez que este poderia até acabar de fato, mas não de direito, muitas vezes os indivíduos viviam maritalmente com alguém, mas optando por não casar. Essas pessoas passaram a viver em entidades que foram intituladas concubinato, que significava, em epítome, união entre homem e mulher sem casamento, seja porque eles não poderiam casar, seja porque não pretendiam casar. De qualquer modo, o concubinato não produzia efeito jurídico no âmbito do Direito de Família, mas sim no Direito das Obrigações, por ser estranho ao conceito de família, sendo chamada de sociedade de fato.

Tais relações afetivas, no entanto, produziam consequências fáticas, e as inúmeras pessoas que viviam em concubinato passavam a reclamar proteção jurídica e, com isso, buscaram o reconhecimento de seus direitos no Poder Judiciário, exigindo, desta feita, manifestação jurisprudencial.

Provocadas as cortes superiores, o STF, que na época possuía competência, antes da promulgação da lei maior de 1988, cumprindo um papel construtivo, editou duas súmulas reconhecendo certa proteção às pessoas que viviam concubinariamente, fora do matrimônio legal.

Dispõe a Súmula nº 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Por seu turno, a Súmula nº 382 reza: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Percebe-se, portanto, que com a transformação social e familiar, as alterações legislativas foram inevitáveis e algumas muito expressivas, como o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/1962, e a Lei do Divórcio (EC 9/77), Lei nº 6515/77.

Somente com o advento da Carta Magna de 1988 a entidade familiar ganhou novos horizontes. Ou seja, o sistema jurídico passou a estabelecer regras segundo a realidade social e esta alcançou o núcleo familiar, regulamentando a possibilidade de novas concepções de família, e não apenas as constituídas pelo casamento, ampliando o seu conceito e protegendo todos os seus integrantes.

Nas palavras de Paulo Lôbo, na família constitucionalizada:

O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco regulatório estampado nos artigos 226 a 230 da Constituição de 1988. (LÔBO, 2009, p. 5).

Com a CR de 1988, instaurou-se a igualdade entre homem e mulher, o conceito de família foi elasticado, o concubinato foi elevado à qualidade de entidade familiar, sob normatividade do Direto das Famílias, ganhando proteção estatal. Concretamente, o nome do instituto se viu modificado, visando retirar o estigma da dupla conotação trazida pela palavra concubinato. União estável foi a nova denominação adotada para indicar as relações afetivas decorrentes da convivência entre homem e mulher, com o intuito de constituir família, prescindindo das formalidades exigidas para o casamento.

A união estável foi normatizada e reconhecida como entidade familiar merecedora de amparo a partir do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição cidadã, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Sua tutela constitucional decorre do reconhecimento pelo legislador constituinte de uma situação de fato existente entre duas pessoas, de sexos diferentes e desimpedidas para os votos do matrimônio, que vivem juntas, como se casadas fossem, caracterizando, por esta forma, nítida entidade familiar.

Posteriormente, a união estável foi regulamentada pela Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996:

Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 2º. São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I – respeito e consideração mútuos;

II – assistência moral e material recíproca;

III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Trata-se, em verdade, de um *casamento de fato*, efetivando a ligação entre um homem e uma mulher, fora do casamento, merecedor de especial proteção do Estado, uma vez que significa fenômeno social natural, decorrente da própria liberdade de autodeterminação de pessoas que optam por viverem uma união livre.

O texto constitucional adotou, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, conhecida como família monoparental, nos termos do art. 226, § 4º.

Por fim, considerando que o rol previsto no texto constitucional não é taxativo e em face da proteção do Estado às múltiplas possibilidades de arranjos familiares, com a evolução do pensamento humano e a quebra de paradigmas, foi aberta a possibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, a fim de possibilitar a redução de discriminação e injustiças, sobretudo, em relação àqueles que vivem em união consensual, mas com seus direitos cerceados, impedindo o livre exercício de sua cidadania.

Essa discussão ganhou destaque com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF, da Relatoria do Ministro do STF Ayres Britto, em que se abordou a equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo com a entidade familiar, preconizada pelo art. 1.723 do CC, julgamento ocorrido em 05/05/2011, com publicação no *DJe*-198 em 14/10/2011.

Sobrelevam-se alguns pontos da ementa do referido processo:

[...] 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉ-TREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos'. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana 'norma geral negativa', segundo a qual 'o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido'. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

[...]

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PRÓPOSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS

TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao usar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferencia-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe 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. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...]

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA 'INTERPRETAÇÃO CONFORME'). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio,

faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva. (BRASIL, 2011).

Tal posicionamento jurisprudencial teve grande consistência jurídica, representando significativo avanço forense no direito de família pátrio.

Outrossim, conforme esposado, embora não tenhamos nenhum dispositivo legal que regulamente expressamente a união e o casamento homoafetivos, algumas decisões vem surgindo para suprir as lacunas acerca do assunto na legislação brasileira.

Destarte, o conceito de família restou flexibilizado, indicando que seu elemento formador precípua é, antes mesmo do que qualquer fator genético, o afeto. Hoje o afeto dá os contornos do que seja uma entidade familiar.

4. Instituto da adoção

4.1. Contexto histórico

4.1.1. Histórico da adoção na fase pré-romana à moderna

O objetivo do adotante nem sempre foi o mesmo, ao longo dos anos. Assim, para compreensão e discussão da adoção, interessante se mostra delinear a sua base histórica. Sob essa premissa, torna-se impossível enxergar esse instituto com olhar conservador.

Em diversas passagens bíblicas vemos traços da adoção, como, por exemplo, em Gênesis 16, que cita a figura de Sara, uma mulher estéril, que vislumbra a maternidade por meio de uma escrava, que, após gerar, entregaria à ama os seus próprios filhos (Gn 16).

Há vestígios desse instituto também no Código de Hamurabi, vigente na Babilônia, nos anos de 1728-1686 a.C. Contudo, lá, esse instituto era visto como um contrato, no qual a pessoa adotada poderia retornar ao seio da família biológica, desde que o adotante não tivesse lhe ensinado algum ofício. Baseava-se, assim, no princípio de justiça elementar, no qual as prestações entre contratante e contratado deveriam ser correspondentes, a fim de se evitarem prejuízos (CHAVES, 1983, p. 40). Ainda segundo esse autor, o Código de Hamurabi também se preocupava com o direito sucessório do adotado, que estabelecia que, se o adotante viesse a ter filhos naturais e abandonasse o filho adotivo, este herdaria a terça parte dos seus bens móveis.

No Código de Manu, redigido entre os séculos II a.C. e II d.C., a adoção tinha um cunho eminentemente religioso. Afirma Mônaco que os homens daquele tempo que não podiam ter filhos autorizavam suas esposas a terem o primogênito com o irmão ou outro parente, para que, se fosse varão, assumisse a presidência dos cultos domésticos e da cerimônia fúnebre do adotante (MÔNACO, 2002, p. 19).

Em Roma, o instituto ganhou destaque pela necessidade de alguns reis perpetrarem a dinastia. Coulanges (1961) enumera o nome de alguns filhos adotivos que se tornaram imperadores em Roma, quais sejam, Scipião Emiliano, César Otaviano, Calígola, Tibério, Nero e Justiniano.

Na Roma Antiga, expressa na Lei das XII Tábuas, conforme Juliana Costa, existiam duas modalidades de adoção, a *ad-rogatio* e a *adoptio* ou *adoção propriamente dita*. (COSTA, 2014).

Juliana Costa esclarece ainda que, na *ad-rogatio*, em regra, o adotante deveria ser homem; ser, no mínimo, dezoito anos mais velho que o adotado; não ter outros filhos; por fim, deveria existir a aceitação da igreja, do Estado e das partes envolvidas, quais sejam, do *ad-rogante* e o do *ad-rogatio* (COSTA, 2014). Cumpridos esses requisitos, a adoção estaria concluída, cabendo dizer que se tratava de uma medida bastante invasiva, visto que um chefe de família penetrava na família de outro, extinguindo-a. Posteriormente, explica Gustavo Picolin, que um desses requisitos se modificou, havendo a necessidade de oitiva de lictores, ao invés da cúria e, depois, de decisão do príncipe. (PICOLIN, 2007).

A concretização da *adoptio*, por sua vez, dependia apenas da anuência do pai biológico e do adotante e passava por duas solenidades: “a *mancipatio*, que extinguiu o pátrio poder do pai natural, e a *in juri cessio*, que consistia na cessão de direito pura e simples em favor do adotante, que deveria ser realizada perante o pretor”. (COSTA, 2014, p. 13).

Em Roma com Justiniano, consoante Gustavo Picolin, a adoção passou-se a operar por meio da declaração das partes perante o magistrado; a exclusividade da adoção era do varão; exigia-se a diferença de dezoito anos entre o adotante e o adotado, sendo que, na ad-rogatio, o adotante deveria ter, no mínimo, 60 anos; dependida da aceitação do adotado; tutores e curadores não podiam adotar tutelado ou curatelado; não se podia adotar pessoa de outra classe social (PICOLIN, 2007).

Na Alemanha, durante o feudalismo, a adoção não foi muito empregada, pois os interesses dos senhores feudais – os feudos – poderiam conflitar com eventuais direitos a serem conferidos aos adotados, possivelmente, plebeus. Além disso, a igreja não concordava com esse método, tendo em

vista que, quando da morte de senhores feudais que não deixavam descendentes, a herança desses era, muitas vezes, destinada à igreja, por meio da chamada *donatio post obitum*, entretanto, justificava o seu posicionamento em favor da família cristã, formada pelo sacramento matrimonial.

Com a Revolução Francesa, em 1789, porém, a adoção voltou a ser discutida, sendo tratada no Código de Napoleão, 1804, como um ato contratual, obtido após o consentimento das partes, extenso trâmite processual e avaliação de requisitos, tais como, adotante ser maior de cinquenta anos; ter, no mínimo, quinze anos a mais que o adotado; não possuir outros filhos, cabendo, também, ressaltar que, somente na maioridade, a pessoa adotada assumiria a qualidade de filho.

Passado o tempo, outras leis surgiram no mundo, inclusive, na França, para dispor sobre a adoção, mas cumpre mencionar que a legislação napoleônica precursora foi bastante influenciadora da cultura moderna.

O Brasil, positivando a adoção, inicialmente, pelo CC de 1916, inspirou-se fortemente no modelo francês dando ampla proteção às pessoas destituídas de sua família ou desamparadas por quaisquer motivos.

Por fim, vale dizer que, atualmente, mesmo apresentando características diversas, a adoção é permitida em quase todas as legislações, visando, principalmente, o sentimento humanitário e a garantia de melhores condições de vida ao menor.

4.1.2 Histórico da adoção no Brasil

No Brasil, a adoção foi introduzida por influência do Direito Português, com fortes traços do Direito Canônico.

O instituto passou a ser disciplinado com o CC de 1916, nos artigos 368 a 378, sendo que o adotante deveria ter, no mínimo, cinquenta anos, ser pelo menos dezoito anos mais velho que o adotado e não possuir outros filhos legítimos ou legitimados, com o objetivo de oportunizar a maternidade ou a paternidade àquele que não possuía ou gostaria de ter filhos biológicos, caráter este observado como herança às origens do instituto.

A Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, ampliou a possibilidade de adoção, modificando a idade mínima do adotante para trinta anos, diminuindo a diferença de idade entre adotante e adotado para dezesseis anos e permitindo que casais que tivessem outros filhos pudessem adotar, desde que comprovassem estabilidade conjugal. Portanto, esta lei representou uma evolução para a adoção, na medida em que diminuiu os requisitos para a concretização do ato.

Com a Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965, foi introduzida a legitimação adotiva, segundo a qual poderiam ser adotados os menores, cujos pais fossem desconhecidos ou que manifestassem por escrito esse desejo, ou, ainda, aos menores de sete anos, cujos pais fossem destituídos do pátrio poder, após o período de adaptação de 3 (três) anos. Contudo, apesar do aspecto positivo que representou essa lei, no tocante à possibilidade de adoção dos menores em situação irregular, o conteúdo desta não foi louvável em relação à sucessão dos adotandos, pois manteve a discriminação dos filhos adotivos em relação aos legítimos.

A Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965, estabeleceu que as regras sucessórias seriam ditadas pelo art. 1.605, § 2º, do Código Civilista, em processo de instauração, que determinava que o filho adotivo tocava apenas a metade do que coubesse na herança aos filhos legítimos supervenientes.

Por conseguinte, por meio da Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, foi recepcionado em nosso ordenamento jurídico o Código de Menores, dispondo a respeito de situações protetivas para pessoas com menos de 18 (dezoito) anos, que estivessem em situação irregular, caso em que prevaleceria a regra da sobredita Lei ante o CC.

Para efeitos dessa Lei, a situação irregular seria identificada por toda aquela em que o menor estivesse:

Art. 2º [...]:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

- a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
- b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal. (BRASIL, 1979).

De acordo com o Código de Menores, seguindo a linha romana, havia dois tipos de adoção: a simples e a plena. Enquanto a primeira assemelhava-se à adoção prevista no CC, com ressalvas em relação ao uso de apelidos da família substituta, a possibilidade de mudança de prenome, a des-

tituição do pátrio poder e a concorrência em igualdade na sucessão hereditária, a segunda exigia que os cônjuges, brasileiros, fossem casados há mais de 5 (cinco) anos; que pelo menos um dos cônjuges tivesse idade igual ou superior a 30 (trinta) anos e 16 (dezesseis) anos a mais que o adotado, salvo se um deles fosse estéril; que o adotado não tivesse mais de 7 (sete) anos, exceto se já se encontrava, à época em que completou tal idade, sob a guarda de adotantes; que houvesse estágio de convivência entre adotantes e adotado de, pelo menos, um ano, salvo se o adotado fosse recém-nascido. Vale lembrar que a adoção plena extinguiu todos os vínculos do adotado com a sua família biológica, mantendo-se os impedimentos matrimoniais.

A CR, por sua vez, inovou o instituto da adoção, equiparando as condições dos filhos, oriundos ou não da relação de casamento, dispondo em seu § 6º que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Dessa forma, extinguiu-se o modelo vigente, o qual estabelecia critérios diferenciados para a adoção e, por conseguinte, acabava por discriminar os filhos adotivos em relação aos legítimos.

Os requisitos para a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos, no entanto, continuavam sendo aqueles determinados pelo CC de 1916.

Com o advento da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que abrogou o Código de Menores, tornou-se nítida a preocupação do país com a proteção de crianças e adolescentes, sendo aquelas consideradas com a idade de até 12 anos incompletos e estes considerados entre 12 e 18 anos de idade.

O indigitado Estatuto dispõe sobre a adoção em seus artigos 39 a 52, sendo interessante citar o art. 40, que faculta a prática da adoção somente aos maiores de 18 anos, que completarem esta idade até a data do pedido, salvo se já se encontrassem sob guarda ou tutela dos adotantes.

4.2. Conceito

A palavra adoção vem do verbo adotar, que tem origem no latim, *adoptare*, indicando optar, decidir-se por; escolher (ADOÇÃO, 2012. p. 19).

O lexicógrafo brasileiro Antônio Houaiss determina que adotar é “tomar (alguém) legalmente como filho, dando-lhe direitos” (ADOTAR, 2010. p. 16).

Partindo da junção dos dois conceitos, extrai-se que a adoção é um ato deliberativo condicionado a outorga Estatal, pelo Poder Judiciário, conforme previsto no art. 47 do ECA e no art. 1623, § único, do CC.

Para Clóvis Beviláqua, a adoção pode ser entendida como um “[...] ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho.” (BEVILAQUA, 1976, p. 351).

Na concepção de Silvio Rodrigues adoção é “[...] o ato do adotante, pelo qual traz ele, para a sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha.” (RODRIGUES, 2004, p. 380).

Silvio Salvo Venosa entende a adoção como “modalidade artificial de filiação que busca limitar a filiação natural” (VENOSA, 2010, p. 271).

Consoante lição de Maria Helena Diniz, a adoção é:

[...] o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. (DINIZ, 2011, p. 522).

Em análise a essas definições, vários elementos podem ser extraídos, os quais nos conduzem a pensar na adoção como um ato jurídico solene, pelo qual o adotante estabelece um vínculo de filiação com o adotado, mesmo sem parentesco consanguíneo ou afim, fazendo este, a partir desse momento, parte de sua família na condição de filho.

Ademais, consoante a redação do art. 227, §§ 5º e 6º, da CF, verifica-se que a adoção cria uma relação de parentesco civil, em linha reta, entre adotante e adotado, a qual não pode ser revogada, tendo-se em vista que o adotante perde todos os vínculos com os pais consanguíneos, excetuando-se apenas os impedimentos para o casamento.

A adoção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para menores de 18 anos e segue os mesmos princípios para os maiores de 18 anos.

Essa medida tem por finalidade precípua a inserção de forma integral e definitiva da criança ou do adolescente em um novo ambiente familiar, estabelecendo a relação de paternidade e filiação. Portanto, o interesse da criança ou do adolescente deve prevalecer sobre quaisquer outros.

Maria Helena Diniz traduz assim esse ato:

[...] medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo, dar filhos àqueles

a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado. (DINIZ, 2011, p. 23).

Cabe ressaltar, no entanto, que a colocação de criança ou adolescente em família substituta somente deve ocorrer após a impossibilidade de permanência na família natural, situação essa apurada em juízo e fundamentada em decisão judicial, como reza o art. 1º, § 1º e § 2º, do ECA.

Portanto, essa medida é um modo de proteção àquelas pessoas que não possuem pais biológicos, por suas recusas ou faltas, dando-lhes outras famílias, e, em contrapartida, oportuniza pessoas, motivadas pelo caráter humanitário, pelo desejo de ter uma prole que não conseguiria por meios fisiológicos e/ou para não ficarem sozinhas, a terem filhos.

4.3. Requisitos

Os requisitos da adoção estão dispostos no ECA e no CC, sendo todos eles essenciais para a formação do ato.

Em relação aos requisitos pessoais, destacam-se, inicialmente, os sujeitos que estão legitimados a adotar, os quais devem ser maiores de 18 (dezoito) anos, segundo preleciona o art. 1.618, do CC, tornando obsoleta a redação do art. 42, *caput*, do ECA, que estabelece a idade de 21 (vinte e um) anos.

A adoção pode se dar de forma singular ou conjunta, sendo que a primeira opção formará a denominada família monoparental, constituída apenas por uma mãe ou pai e sua prole. A segunda opção cabe apenas aos adotantes ligados pelo matrimônio ou pela união estável e comprovada a estabilidade familiar, em obediência ao princípio constitucional da paternidade responsável, previsto no art. 226, § 7º, da

Constituição Federal. A legislação e a jurisprudência brasileira aceitavam que essa união, para fins de adoção, fosse entre pessoas de sexo oposto, tratando o presente trabalho de discutir uma nova realidade.

Se apenas um dos cônjuges ou companheiro adotou, aplica-se, por analogia, a regra do art. 165, I, do ECA, indicando que o outro cônjuge ou companheiro anuiu a esse ato.

Curador ou tutor poderão adotar o curatelado ou tutelado, desde que prestem judicialmente contas da sua administração, as quais serão fiscalizadas pelo Ministério Público; saldem eventual débito; peçam exoneração do encargo, tal como reza o art. 44 do ECA. Esses tutores, curadores ou detentores de guarda em geral, com base no art. 50 e seus parágrafos do ECA, mesmo se não cadastrados, desde que domiciliados no Brasil, estão legitimados a adotarem crianças maiores de 3 anos ou adolescentes, se comprovados os requisitos básicos para a adoção, se o lapso de tempo de convivência comprovar a fixação de laços de afinidade e afetividade e se não for constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos artigos 237 ou 238 do ECA.

Por incompatibilidade, não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

Marido também não poderia adotar sua mulher e vice-versa nem o casal ser adotado pelas mesmas pessoas, pois implicaria matrimônio entre ascendente e descendente por parentesco civil, condenado pelo art. 1.521, I do CC e relação entre irmãos, respectivamente.

Demais disso, poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente, quando formulada por parente com o qual a criança ou o

adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade, desde que preenchidos os requisitos legais.

Caso um pai ou uma mãe biológica reconheça seu filho, não poderá adotá-lo, mas, se não houver reconhecimento prévio, nada impedirá a adoção.

Consoante a redação do art. 40 do ECA, o adotando deverá ter no máximo 18 (dezoito) anos à época do pedido, ressalvada a hipótese de já se encontrar sob a guarda ou a tutela dos adotantes, quando poderá contar com idade superior a 18 (dezoito) anos.

Ademais, com base no art. 42, § 3º, do ECA, o adotante deve ser, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotando, seguindo a diferença média de idade entre pai e filho biológico, objetivando que o adotante seja maduro, tenha condições financeiras para praticar esse ato e, também, que se afaste outro cunho à relação, senão o paternal. Vale ressaltar que, quando a adoção for conjunta, a diferença etária será exigida somente a um dos pares.

O estado civil dos adotantes é irrelevante para fins de adoção, sendo apenas importante que as pessoas divorciadas tenham acordado a guarda e o regime de visitas e que pessoas separadas judicialmente tenham iniciado o estágio de convivência na constância do matrimônio, consoante art. 40, § 2º, do ECA e art. 1.622, parágrafo único, do CC.

Segundo inserto no art. 41, § 2º, do ECA, o cônjuge ou companheiro de um dos pais do adotando pode adotar o (a) enteado (a), tornando este (a) seu filho (a). Nesse caso, o pai ou a mãe natural não perderá os vínculos da filiação, que será exercido conjuntamente, e deverá aquiescer o pedido do cônjuge ou do companheiro.

Nos termos do artigo 42, § 5º do ECA, é admitida a adoção póstuma, que ocorre após o falecimento do adotante, desde que este tenha manifestado a sua vontade no transcurso do processo de adoção.

No que tange aos requisitos formais, cabe citar o primeiro deles, que é o cadastramento dos interessados em adotar em Juízo, como determinado no art. 50 do ECA. Cada comarca ou foro regional mantém um registro de crianças e adolescentes em condições de ser adotados e um registro de pretendentes à adoção, constando nesse eventuais interesses dos adotantes.

Esse cadastramento é chamado de habilitação, a qual se revela um procedimento bastante burocrático. Inicia-se com petição inicial, que deve ser acompanhada de uma série de documentos, como comprovante de renda, comprovante de domicílio, atestado de sanidade física e mental, certidão de antecedentes criminais e negativa de distribuição cível.

Cumprе mencionar que o requerimento de adoção é um ato pessoal, cabendo exclusivamente aos próprios interessados, não se admitindo procuração formulada por brasileiro ou estrangeiros, em que pesem os requerentes estejam representados por advogado, conforme dita o art. 39, parágrafo único, do ECA.

O Ministério Público pode requerer a designação de audiência para a oitiva dos postulantes e de testemunhas, como determina o art. 197 do ECA.

Mesmo após a apresentação desses diversos tipos de documentos, o candidato à adoção passa por um período de preparação psicossocial e jurídica, em que lhe é estimulada a adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes,

com necessidades específicas de saúde ou com deficiências, entre grupos de irmãos (DIAS, 2010, p. 13).

Ademais, informa o art. 197, § 2º, do ECA que é recomendável, na etapa preparatória, o contato dos candidatos à adoção com crianças e adolescentes em condições de ser adotados, a ser realizado sob orientação, supervisão e avaliação de equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude. Entretanto, essa situação acaba por gerar falsas esperanças aos adotantes e adotandos (DIAS, 2010, p. 14).

Em seguida, caso deferida a adoção, determina o art. 50 do ECA que o postulante será inscrito nos cadastros de interessados, sendo sua convocação feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças e adolescentes adotáveis. Essa ordem somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária quando se tratar de pedido de adoção unilateral (pelo cônjuge do ascendente); quando for formulada por parente com o qual a criança ou o adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade ou por quem detém a tutela ou a guarda legal da criança maior de três anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade e não seja constatada a ocorrência de má-fé.

A adoção será precedida de estágio de convivência entre adotando e adotante, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar. Esse prévio estágio de convivência deve ser acompanhado por equipe interprofissional, a qual deverá elaborar relatórios minuciosos sobre a situação verificada, conforme o art. 46, § 4º, do ECA.

Carvalho discorre:

O estágio de convivência pelo prazo que o juiz fixar é fundamental para verificar se o adotando se adaptou à família e se os adotantes realmente estão preparados para assumir o filho afetivo, sendo imprescindível para demonstrar a convivência do deferimento do vínculo, o que deve ter acompanhado por profissionais especializados e, ao final, apresentar relatório de estudo social, fornecendo subsídios da situação de fato para o magistrado deferir a cada adoção com segurança. (CARVALHO, 2013, p. 347).

A dispensa do estágio de convivência, expressa no art. 50 do ECA, abrange os legitimados a adotar crianças maiores de 3 anos ou adolescentes e seus tutores, detentores de sua guarda legal, desde que domiciliados no Brasil, mesmo não cadastrados, se o lapso de tempo de convivência comprovar a fixação dos laços de afinidade e afetividade, se não for constatada a ocorrência de má-fé e se houver comprovação de que preenchidos estão os requisitos necessários à adoção.

Consoante previsão do artigo 43 do ECA, a adoção somente terá lugar quando constatado, por uma equipe multidisciplinar que atua no Juizado da Infância e da Juventude, o efetivo proveito para o adotando, com o objetivo de evitar, ou, ao menos, prevenir o seu insucesso, rastreando assim eventuais riscos que podem ocorrer na relação entre adotantes e adotandos.

Essa equipe técnica do Juizado da Infância e da Juventude promove um estudo da personalidade dos adotantes, do ambiente familiar e da situação econômica dos envolvidos.

Sempre que possível, a criança ou o adolescente será ouvido, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada, como dita o art. 28, § 1º, do ECA. Se maior de 12 anos de idade, será necessário

seu consentimento colhido em audiência. Os maiores de 18 anos e capazes, por sua vez, deverão manifestar sua aquiescência por ato inequívoco.

Medeiros reprova o texto legal, ponderando que a vontade do jovem nem sempre representa o melhor para ele. Detalha que, muitas vezes, o jovem não tem maturidade e discernimento para aceitar a sua colocação em outra família, preferindo viver em um ambiente sem regras e impedimentos (MEDEIROS, 2010, p. 8-9).

Por esse motivo, a análise dessa situação deve ser feita de maneira bastante cautelosa.

A adoção depende também do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, exceto quando a criança ou o adolescente tiver pais desconhecidos ou houver destituição do pátrio poder. Diniz ensina que, em caso de adoção de menor órfão, abandonado ou cujos pais foram inibidos do poder familiar, o Estado o representará ou o assistirá, nomeando o juiz competente um curador *ad hoc* (DINIZ, 2011, p. 529). Importa dizer que esse consentimento é retratável até a publicação da sentença de adoção.

Na verdade, o que se observa é se o único objetivo dos adotantes é receber o filho adotado como se natural fosse e se não existe por trás dessa intenção a vontade de se aproximar da outra família, se não é tomada esta decisão para suprir um sentimento de culpa ou se não existe para compensar um problema conjugal.

Caso os adotantes sejam estrangeiros e não residam no Brasil, para adotarem, deverão exibir a prova de que, segundo as leis de seu país, encontram-se habilitados para a adoção. Devem apresentar também estudo psicossocial, elaborado

por agência especializada e credenciada no seu país de origem, com laudo favorável à medida, consoante estabelece o art. 51, § 3º, do ECA.

Entretanto, na prática, há grande dificuldade de concretizar a adoção internacional, visto que o laudo de habilitação tem validade de, no máximo, um ano, como preceitua o art. 52, inc. VII, do ECA; somente é oportunizada essa adoção após consulta aos cadastros nacionais, que verifica a habilitação de brasileiros residentes no Brasil e observa ainda a preferência de brasileiros residentes no exterior, assevera o art. 51, inc. II e § 2º, do ECA.

Por fim, cabe identificar o mais importante e último dos requisitos, qual seja, a sentença judicial constitutiva, que decorre do processo judicial, nos moldes do artigo 47, *caput*, do ECA.

5. Adoção por casais homoafetivos

A adoção por pares homoafetivos é um assunto polêmico e de extrema relevância, que merece ser visto sob o manto constitucional que assegura a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme preconizado no art. 3º, IV, da Carta Magna:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Até pouco tempo seria impossível pensar em adoção por famílias constituídas de pares homossexuais, isso porque, durante muito tempo e até hoje, eles são alvo de discriminação e rejeição social.

Na realidade brasileira, o direito à adoção por casais homoafetivos ainda não é legitimado juridicamente. Todavia, no ECA não há dispositivo que a proíba.

Fazendo-se uma análise no direito comparado, verifica-se que, no ano de 1986, duas senhoras da Califórnia - EUA foram o primeiro casal homoafetivo a adotar legalmente uma criança, o que já é possível hoje em diversos outros estados norte-americanos.

Na Europa, alguns países, tais como Alemanha, Holanda, Suíça, Inglaterra e Espanha, seguiram o exemplo da Dinamarca, pioneira, que, em 1999, possibilitou que homossexuais ligados por união civil pudessem adotar o filho do companheiro ou da companheira. Após 10 (dez) anos, o referido país aprovou o direito de um casal homoafetivo de adotar em conjunto uma criança.

Na África do Sul, a Suprema Corte legalizou a adoção por casais homossexuais em 2002, sendo esse o único país do continente a tomar essa medida. Em Israel, em 2008, uma decisão do Procurador-Geral facilitou a adoção para casais do mesmo sexo.

Na América Latina, o Uruguai foi o primeiro país a legalizar a adoção por casais homossexuais (2009).

No Brasil, a adoção de crianças por casais do mesmo sexo teve um grande impulso por intermédio da decisão da Quarta Turma do STJ, que, no ano de 2010, por unanimidade, negou recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul

contra decisão que permitiu a adoção de duas crianças por um casal de mulheres. A decisão do Recurso Especial nº 889852/RS, da Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, apontou que estudos não indicam nenhuma inconveniência para que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, importando mais a qualidade do vínculo e do afeto no meio familiar em que serão inseridas.

A título ilustrativo, traz-se à baila a ementa do julgado suso mencionado:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a “garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes”. Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem

por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitadíssimos estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), ‘não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores’. 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da ‘realidade’, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no en-

sino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2010).

Outrossim, anote-se que, no instituto da adoção, é imprescindível a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros. Logo, o Judiciário não pode deixar, no campo da adoção homoafetiva, de privilegiar a proteção aos direitos da criança.

Fortalecendo a adoção por pares do mesmo sexo, outra barreira foi quebrada em 2009, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mudou o padrão da certidão de nascimento do tradicional “pai e mãe” para o termo “filiação”, abrindo caminho para o registro de crianças por casais do mesmo sexo e garantindo à criança todos os direitos sucessórios e patrimoniais, inclusive em caso de separação ou morte de um deles.

Permitir a adoção de criança e adolescente para casal homoafetivo foi, sem dúvida, um grande marco para o direito

de família bem como para nossa sociedade. E a partir daí os tribunais pátrios passam aos poucos a reconhecer a adoção advinda da união homoafetiva, fazendo-se prevalecer o melhor interesse da criança e do adolescente.

Neste sentido, abalizada jurisprudência:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistia um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, firmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a

qual 'a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando'. VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas '[...] têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo'. (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO. (BRASIL, 2013).

Portanto, para os que combatem a adoção por casais homossexuais, corrente esta que, paulatinamente, vem perdendo espaço, tem-se que a recusa deve estar fundada em motivos reais, e

não por discriminação, uma vez que tanto casais homossexuais quanto heterossexuais podem ter condutas que agridam a formação psicológica e moral da criança ou do adolescente.

Numa perspectiva psicossocial, urge questionar se os critérios para a seleção do que venha a ser família ideal e apta a adotar seria mais prioritário do que considerar a situação de abandono de uma criança. Se analisarmos a existência de um contingente de crianças e adolescentes à espera da sua inserção em um contexto familiar e considerarmos que crianças e adolescentes têm um direito à convivência familiar e comunitária, ficará clara a percepção de que o elemento social e afetivo da parentalidade deve sobressair à questão da orientação sexual dos supostos adotantes.

Destarte, a homossexualidade do adotante, preferência individual garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor se não demonstrada ou provada nenhuma manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado.

Apesar dos esforços em se estabelecer uma legislação isonômica ao heterossexual e ao homossexual na seara do direito de família, a postura do legislador ainda se mostra reticente, pois demonstra certa resistência em cancelar leis que visem proteger a parcela que a sociedade rejeita.

Considerando-se que a união de casais do mesmo sexo consiste numa realidade da sociedade atual e tendo-se em vista que a adoção é um ato de dedicação e amor, a adoção por casais homossexuais merece a proteção legal, de forma a assegurar a igualdade e a felicidade, direitos fundamentais de todos.

6. Conclusão

É essencial compreender a família de acordo com as necessidades sociais prementes de cada tempo. Impõe-se traçar o

novo eixo fundamental da família, afinado com a evolução social e os ideais da vida humana.

Em cada período histórico, a família teve uma composição estrutural distinta.

O sistema jurídico pátrio clássico, baseado no conceito de entidade familiar constituída unicamente pelo matrimônio, abriu espaço para uma família contemporânea, plural, aberta, fundada na ética e na afetividade.

A família vem passando por grandes modificações e isso despertou no Estado um maior interesse na sua tutela jurídica, fazendo surgir outras formas de arranjos familiares além dos enumerados na CF.

Nessa nova arquitetura jurídica, a aplicação da norma familiarista deve estar sintonizada com o escopo garantista e solidário da CR de 1988. Inaugura-se com a norma suprema uma nova fase do direito de família, com a adoção de um explícito poliformismo familiar, recebendo todos eles a especial proteção do Estado.

O legislador constituinte, no artigo 226, normatizou uma realidade que já era vivida por inúmeras famílias brasileiras, passando a receber proteção estatal não só a família oriunda do matrimônio.

Permitiu-se o reconhecimento de entidades familiares não casamentícias como um fato natural, advindo de qualquer outra manifestação afetiva, como a família monoparental e a união estável.

Neste sentido, a Carta Magna representou um marco na evolução do conceito de família abrindo a possibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis.

O pluralismo familiar engendrado pela Carta de 1988 impede que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção estatal se comparadas com as formadas por casais heteroafetivos.

Sob este enfoque, hoje as famílias homoafetivas buscam a proteção legal, para um posicionamento, que tem sido aceito pela sociedade e para o qual o mundo jurídico ainda não se pronunciou de forma definitiva.

Acerca do tema, Maria Berenice Dias argumenta:

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei. (DIAS, 2014b).

A decisão do STF no julgamento da ADI versando sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar fortaleceu ainda mais esta união, prevalecendo, neste momento, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que indica que todos devem ser tratados com igualdade em direitos e obrigações.

Contudo, apesar da evolução da sociedade e do sistema jurídico, que coloca o afeto como sustentáculo da entidade familiar e apresenta diversas formas de arranjos familiares, ainda existem muitas barreiras e preconceito, quando este afeto envolve pessoas do mesmo sexo.

Não resta dúvida que o tribunal só regulamentou uma situação muito recorrente, mas que, infelizmente, não existe

nenhum dispositivo legal que preconize tal assunto, o que permitiu que os casais homoafetivos reconhecessem apenas uma sociedade de fato.

A sociedade passou por transformações grandiosas e essa união não poderia ficar sem ser reconhecida como família, já que preenche todos os requisitos caracterizadores da entidade familiar.

Como consequência do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, surge a possibilidade da adoção por esta modalidade de casal.

A adoção, como forma constitutiva do vínculo de filiação, teve evolução histórica bastante peculiar. Nos dias de hoje, a filiação adotiva é uma filiação puramente jurídica, baseando-se na presunção de uma realidade não biológica, mas sim afetiva, vista como um fenômeno de amor e afeto entre as partes, que deve ser incentivada pela lei. (GRANJA; MURAKAWA, 2012).

Como ao direito é dada a função de atualizar as normas de convívio social, que vêm sendo permeadas de alterações constantemente, a adoção por casais homoafetivos está passando a ser, gradativamente, aceita pelos tribunais brasileiros, pontuando-se sempre a prevalência dos interesses da criança e do adolescente e aplicando-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Nesta seara, conclui-se que mais importa a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que os adotados serão inseridos do que a orientação sexual dos adotantes, visto que a adoção deve-se pautar, sempre, pelo melhor interesse da criança, com fins no art. 6º do ECA.

Todavia, como a temática abordada no presente trabalho ainda não possui legislação específica, mister se faz uma proteção jurídica mais efetiva, tanto em texto Constitucional quanto em legislação infraconstitucional para se garantir de forma sólida a dignidade humana.

Com efeito, o direito deve sempre se refazer de acordo com a transformação da sociedade, pois só assim será instrumento eficaz na garantia da igualdade e da harmonia social.

6. Referências

ADOÇÃO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2012.

ADOTAR. In: HOUAISS, Antônio. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Código das famílias comentado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. *Temas atuais de direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BÍBLIA. Gênesis, capítulo 16. In: *Bíblia online*. Disponível em <<http://ie8.bibliaonline.com.br/acf/gn/16>>. Acesso em: 14 de jan. 2014.

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

_____. *Código Civil*. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. *Lei nº 3.133*, de 8 de maio de 1957. Brasília: Senado Federal, 1957.

_____. *Lei nº 4.655*, de 2 de junho de 1965. Brasília: Senado Federal, 1965.

_____. *Lei nº 6.697/79*, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores). Brasília: Senado Federal, 1979.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889852/RS, T4 - Quarta Turma, Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 27 de abril de 2010. *DJe*, 10 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1281093/SP, T3 – Terceira Turma, Relatora: Min. Nancy Andrighi Brasília, DF, 18 de dezembro de 2012. *DJe*, 4 fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF, Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 5 de maio de 2011. *DJe*, 14 out. 2011.

BÜHRING, Marcia Andrea; MICHELON, Mariana. Amor e afeto: o preconceito da adoção para casais homossexuais: a lacuna jurídica e social. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família*. Alfenas: Arte Gráfica Atenas, 2005.

_____. *Direito de família*: direito civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

COSTA, Juliana Olívia Silva. *Os efeitos jurídicos da posse de estado de filho no processo de adoção judicial*. 2010. 46 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado)—Curso de Direito, Instituto João Alfredo de Andrade, Juatuba, 2010. Disponível em: <http://www.jandrade.edu.br/pdf/biblioteca/bibl_digital/os_efeitos_juridicos_da_posse_de_estado_de_filho_no_processo_de_adocao.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2014.

CHAVES, Antônio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Adoção*. Belo Horizonte. Del Rey, 1994.

CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

COULANGES, F. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

DIAS, Maria Berenice. O lar que não chegou. *Revista IOB de Direito de Família*, São Paulo, v. 57, p. 12-15, dez/jan. 2010.

_____. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Adoção homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/RevEdic4.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2014a.

_____. *Vínculos hetero e homoafetivos*. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7_-_v%EDnculos_hetero_e_homoafetivos.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2014b.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

FLEURY, Alessandra Ramos Denito; TORRES, Raquel Rosas. *Homossexualidade e preconceito: o que pensam os futuros gestores de pessoas*. Curitiba: Juruá, 2010.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de família contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção doutrina e prática: com comentários à nova lei de adoção*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GRANJA, Cícero Alexandre; MURAKAWA, Paulo Takaharo. Adoção por casais homoafetivos no Brasil. *Âmbito jurídico*, Rio Grande, ano 15, n. 107, dez. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12561>. Acesso em: 29 fev. 2016.

HOUAISS, Antônio. *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Método, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDEIROS, Aloizio Sinuê da Cunha. Breves considerações sobre a Nova Lei de Adoção. *Revista IOB de Direito de Família*, São Paulo, v. 57, p. 7-11, dez/jan. 2010.

MÔNACO, Gustavo Ferra de Campos. *Direito da criança e adoção internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Homossexualidade: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PICOLIN, Gustavo Rodrigo. A adoção e seus aspectos. *JurisWay*, Belo Horizonte, jan. 2007. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=128>. Acesso em: 14 de jan. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 5.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

ROSATO, Luciano Alves. *Comentários à lei nacional da adoção: lei 12. 010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei 12. 003 e Lei 12.004*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

SILVA FILHO, Artur Marques. *Adoção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA JÚNIOR. Enezio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

TORRES, Aimbere Francisco. *Adoção nas relações homoafetivas*. São Paulo: Atlas, 2009.

VARGAS, Fábio de Oliveira. *União homoafetiva: direito sucessório e novos direitos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual de homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2009. v. 6.

_____. *Direito civil: direito de família*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Artigo recebido em: 26/02/2014.

Artigo aprovado em: 26/05/2015.

DOI: 10.5935/1809-8487.20160046

221 - 231

Artigo

**ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA
DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA
PERDA DE UMA CHANCE
NO DIREITO BRASILEIRO**

CLAUDINÉIA ONOFRE DE ASSUNÇÃO MOTA

ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO¹

MAIN ASPECTS OF THE THEORY OF LIABILITY
FOR LOSS OF A CHANCE IN BRAZILIAN LAW

CLAUDINÉIA ONOFRE DE ASSUNÇÃO MOTA

Assessora jurídica

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasil

claudineia.assuncao@yahoo.com.br

RESUMO: O presente artigo analisa os principais aspectos da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Busca justificar a admissibilidade desta teoria, para o fim de que se conceda às vítimas de atos lesivos uma reparação mais ampla e capaz de compensar os danos sofridos, sejam patrimoniais sejam extrapatrimoniais. Apresenta a definição da perda de uma chance, suas características, sua natureza jurídica, bem como critérios para quantificação da indenização a ser fixada. Com o estudo realizado, constatou-se que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é alvo de grandes discussões, sobretudo quanto à sua natureza jurídica, constituindo-se numa teoria ainda pouco utilizada. Sustenta-se a necessidade de admissibilidade da teoria da responsabilidade civil pela chance perdida, que se revela uma nova espécie de dano, cuja indenização assegura ampla proteção às vítimas de atos lesivos, configurados os pressupostos de reparação.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade; perda; chance; dano; reparação.

ABSTRACT: This paper analyzes the main aspects of the theory of liability for loss of a chance in Brazilian law. Search warrant admissibility of this theory, by the end of that grant victims of harmful acts redress wider and able to compensate for the damage suffered, or are off-balance sheet assets. It displays the definition of loss of a chance, its characteristics, its legal status, as well as criteria for quantification of compensation to be fixed. In the study it was found that the theory of liability for loss of a chance is the subject of discussion, particularly as to its legal nature, constituting a theory still underused. It argues the need for the acceptance of the theory of liability for lost chance that reveals a new kind of damage, whose compensation ensures ample protection to victims of harmful acts, configured assumptions repair.

KEYWORDS: liability; loss; chance; damage; repair.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A responsabilidade civil pela perda de uma chance. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1 Artigo escrito a partir da monografia apresentada para graduação em Direito na Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Tubarão, 2007.

1. Introdução

O tema a ser abordado neste artigo corresponde a uma nova forma de interpretação da responsabilidade civil, com a teoria da perda de uma chance, cujas raízes estão na França a partir da década de 60, difundindo-se pela Itália até chegar mais recentemente ao Brasil.

Referida teoria constitui-se reflexo da própria evolução da responsabilização civil, privilegiando-se a proteção integral às vítimas de atos lesivos em detrimento da comprovação dos demais requisitos da responsabilidade civil clássica.

Cuida a perda de uma chance de indenizar a oportunidade ceifada de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo em virtude da conduta desrespeitosa de alguém, cujo *quantum* reparatório é alcançado com observância à probabilidade de ocorrência do resultado final.

Procurar-se-á, também, identificar os argumentos para a recusa ou a aceitação da teoria em comento, a qual se traduz em uma indenização mais completa em favor dos ofendidos resultante de condutas lesivas que se enquadrem na situação em análise, buscando contribuir para que esta possa vir a ser prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro e salvaguardar a todos os cidadãos vitimados, que, não raras vezes, não encontram amparo na justificação tradicional da responsabilidade civil.

Desta feita, o objetivo desta explanação, não exauriente, é analisar alguns aspectos destacados da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, procurando apresentar elementos para a sua aceitação e disseminação, cujos benefícios são de extrema relevância, especialmente por ter o fim de proteger de forma mais ampla e integral os bens jurídicos dos cidadãos.

2. A responsabilidade civil pela perda de uma chance

O instituto da responsabilidade civil, sem sombra de dúvidas, representa importante instrumento para a manutenção da normalidade das relações sociais, visto que faz com que o direito individual ou transindividual seja respeitado, desestimulando a sua violação e assegurando indenização à vítima em caso de ofensa, desde que demonstrados, em regra, a conduta culposa do agente, o nexo de causalidade e o dano.

Com este contexto, não se pode deixar de destacar a responsabilidade civil subjetiva, que representa a regra no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a responsabilização objetiva, em casos específicos, como o previsto no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Esta dispensa a demonstração do elemento culpa; aquela exige a comprovação de conduta lesiva, nexo causal e dano para a sua configuração.

Ainda, com contornos discretos no cenário jurídico brasileiro, pode-se verificar uma nova teoria de responsabilização civil, denominada perda de uma chance, a qual é alvo de discussões na doutrina e na jurisprudência de alguns países.

Com efeito, é inquestionável que a sociedade evoluiu e que com esse crescimento novos problemas apareceram, resultando em espécie de prejuízo impensado a uma das partes oriundo das relações conflituosas. Acompanhando essa evolução, tem-se agora a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, flexibilizando a interpretação dos pressupostos clássicos da reparação.

Com a passagem de uma sociedade que exigia a demonstração da culpa dos atos lesivos para sua prescindibilidade em prol da proteção à vítima na responsabilização civil, a perda de uma chance surge, nesta senda, a fim de melhor

resguardar as pessoas, evitando que suportem sozinhas os prejuízos resultantes da conduta lesiva de alguém, mas que não se enquadrem no pressuposto da certeza do dano final, exigida para caracterizar dano emergente, lucro cessante ou dano moral.

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance tem suas raízes na França, após as discussões e decisões da doutrina e da jurisprudência dos seus pretórios, sobretudo na década de 60, cuja consolidação da teoria deu-se com as demandas que buscavam reparação pelas falhas médicas, de onde surgiu a expressão *perte d'une chance de survie ou guérison* (perda de uma chance de cura ou de sobrevivência).

Ante a difusão da teoria na Europa, outro país a tratar com atenção da perda de uma chance foi a Itália. No princípio, percebeu-se certa resistência na admissibilidade da teoria em que a oportunidade perdida é passível de indenização em favor da vítima, uma vez que tratavam a chance ceifada como dano incerto e hipotético. Mais tarde, com os doutrinadores De Cupis e Bocchiola, especialmente, que introduziram a natureza de dano emergente à chance perdida, esta passou a ser vista como um dano perfeitamente passível de indenização.

O Brasil, por sua vez, deu os primeiros passos na introdução da responsabilidade civil pela perda de uma chance na década de 90, com julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Na doutrina, destacam-se doutrinadores como José de Aguiar Dias, José Manuel de Carvalho Santos, Caio Mário da Silva Pereira, Miguel Maria de Serpa Lopes, Sérgio Savi e Rafael Peteffi da Silva, os quais representam com muita propriedade a eclética discussão da recente teoria no cenário jurídico brasileiro, buscando justificar a aceitação ou a recusa à perda de uma chance.

Assim sendo, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é um tema de acirrados debates, porquanto permeada de peculiaridades.

Significativamente, a perda de uma chance revela-se na hipótese de alguém que retira de outrem a oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, cuja chance era real. Sua essência reside na *chance perdida e no prejuízo resultante do fato*, causando dissabores na vida do ofendido, violando o princípio do *nemimem laedere*, o qual é basilar para a construção e a aplicação dos ditames da responsabilidade civil.

Trata-se de indenizar a oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo que restou ceifado de alguém por meio de uma conduta lesiva, cuja chance era séria e o resultado final era provável de ocorrer se não houvesse a interrupção. Referida teoria está calcada na ideia da proteção às vítimas de atos lesivos, cujos danos não são aqueles conhecidos pela legislação civil brasileira, buscando a reparação da vítima de forma mais completa possível.

Salienta-se que na sua natureza jurídica reside um dos pontos mais conflitantes, seja no que se refere à definição, ou mesmo quanto à sua quantificação, havendo correntes doutrinárias que buscam diversamente justificá-las.

Em se tratando da natureza jurídica da definição da perda de uma chance, destacam-se dois posicionamentos na doutrina pátria.

A corrente majoritária vê na perda de uma chance um dano autônomo e especial, uma vez que atendidos todos os pressupostos para tanto. De outro vértice, há defesa doutrinária que assevera que a oportunidade perdida corresponde apenas ao nexos causal parcial, interpretando-se este requisito da responsabilidade civil de forma alternativa.

Neste aspecto, analisando-se as ponderações de ambas as correntes, entende-se que a chance perdida, quando preenchidos os pressupostos, autoriza a fixação de uma indenização em favor do ofendido, não pela possibilidade do resultado que se poderia alcançar, mas pelo efetivo dano que se concretizou no momento da conduta lesiva do agente, ao retirar do agravado uma oportunidade, tratando-se de um dano autônomo e especial.

Pontua-se, sob o ponto de vista desta autora, que, embora a perda de uma chance guarde muita semelhança com os lucros cessantes, uma vez que ambos trabalham com a probabilidade de ocorrência do dano final, estes indenizam os lucros que se deixou de lucrar. Por sua vez, a perda de uma chance indeniza o prejuízo ocorrido no exato momento do ato do agressor, traduzido na oportunidade ceifada.

Por este raciocínio dano emergente e perda de uma chance parecem pertencer à mesma espécie; todavia, esta, por suas peculiaridades, deve ser tratada como um dano autônomo e especial, no qual a probabilidade é um marco para a sua compreensão.

Frisa-se que a perda de uma chance deve ser reconhecida quando aqueles não o forem por ausência de certeza do resultado final, isto é, a indenização pela oportunidade perdida é subsidiária, a fim de que não restem vítimas desamparadas, diante apenas da possibilidade do dano, classicamente definido.

Importante destacar que não é qualquer chance perdida que autoriza a fixação de uma indenização; para tanto, em outras palavras, a chance perdida, além de ter que ser uma oportunidade real de ganho ou de se evitar um prejuízo (não se tratando de ilusões, fantasias ou esperanças), precisa estar revestida de uma grande probabilidade de ocorrência.

Um marco no reconhecimento da responsabilidade pela perda de uma chance no direito brasileiro é o acórdão prolatado no Recurso Especial de nº 788.459, julgado em 8 de novembro de 2005, oriundo do Estado da Bahia, no qual buscava a autora uma indenização em virtude de a ré ter lhe tirado a chance de ganhar um milhão de reais com a resposta final, visto que a pergunta não tinha nenhuma alternativa correta.

Destaca-se:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (BRASIL, 2006).

E do corpo da referida decisão surge imperiosa a chance perdida passível de indenização:

[...] Trago à colação parte do acórdão recorrido, *verbis* :

‘A pergunta a seguir transcrita, objeto de discussão no processo, é mais uma vez repetida, agora na petição de recurso: ‘A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?’

Resposta: 1 - 22%

2 - 02%

3 - 04%

4 - 10% (resposta correta)'

Ora, como bem afirma a ilustre Juíza *a quo* na sentença recorrida 'A pergunta, é óbvio, não deixa a menor dúvida de que refere-se a *um percentual de terras que seria reconhecido pela Constituição Federal como de direito pertencente aos índios.*'

Assim sendo, não tem cabimento a irresignação da recorrente quanto a ter a *a quo* concluído no sentido de ser a pergunta 'irrespondível', afirmando tratar-se de pergunta complexa que demanda raciocínio veloz do candidato, porque na Constituição Federal não há consignação de percentual relativo a percentagem de terras reservadas aos índios (...). [...]

Como bem salienta a Magistrada na decisão: '*... a pergunta foi mal formulada, deixando a entender que a resposta correta estaria na Constituição Federal, quando em verdade fora retirada da Enciclopédia Barsa.* E isso não se trata de uma 'pegadinha', mas de uma atitude de má-fé, quiçá, para como diz a própria acionada, manter a 'emoção do programa onde ninguém até hoje ganhou o prêmio máximo.' (fls. 53/54) [...].

No mais, prequestionada que foi a letra do art. 1059 do Código Civil, o ven. acórdão, ressaltando haver a pergunta ter sido mal formulada, pois, ao contrário da Enciclopédia Barsa, de onde foi extraída a indagação, a Constituição Federal, em seu art. 231, não indica qualquer percentual relativo às terras reservadas aos índios [...].

Nestas circunstâncias, firmado o debate no sentido de haver a recorrida optado por não responder a indagação diante da inviabilidade lógica de uma resposta adequada, ou, na dicção da petição inicial, de ser a pergunta 'irrespondível', não se pode negar, em consonância com as instâncias ordinárias, que a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor, no caso a recorrente, que deverá ressarcir a recorrida do *quantum* perdido ou que razoavelmente haja deixado de lucrar. [...].(BRASIL, 2006, grifo nosso).

Recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ratificou a indenização fixada a título de responsabilização pela perda de uma chance, a saber, Apelação Cível nº 70048628473, julgada em 24 de outubro de 2012.

Outra problemática é a natureza jurídica da quantificação dos prejuízos ocorridos na esfera extrapatrimonial decorrentes da chance perdida, que causam sofrimento e dores imateriais nas vítimas.

Antonio Jeová dos Santos defende que a perda de uma chance é mero agregador do dano moral, posição essa que vem sendo seguida pelos pretórios brasileiros em seus julgados. Já Sérgio Savi, por sua vez, vê na oportunidade perdida um dano material (patrimonial) independente do dano moral, admitindo-se a cumulação.

Não obstante as discussões existentes, não se percebem razões capazes de fundamentar a recusa na aceitação desta teoria, sobretudo porque objetiva uma maior proteção às vítimas de atos lesivos, traduzindo-se numa nova forma de compensar aqueles danos oriundos de uma chance perdida.

E não se pode cogitar, ainda, a ausência de previsão legal como argumento para a não aceitação, primeiro porque não é vedada pelas legislações civis; segundo porque a nova teoria, como já descrito, corresponde à evolução da sociedade, lembrando-se que as normas surgem dos fatos, o que pode ser plenamente aplicável ao caso.

E mais, um forte argumento é que a indenização pela perda de uma chance representa a valorização do cidadão, porquanto respeitados os ditames constitucionais, especialmente o *princípio da dignidade da pessoa humana*.

3. Considerações finais

Diante do exposto, tem-se respaldo para a fixação de uma indenização pela perda de uma chance quando os requisitos estiverem presentes, permitindo a compensação da vítima pelo prejuízo sofrido decorrente da própria perda da chance por si só.

Ademais, além de ser fundamento para a compensação do dano advindo de oportunidade perdida, a indenização da perda da chance também se traduz em *prevenção*, objetivando que as pessoas ajam com cautela, conscientes de que suas condutas podem causar danos.

Entretanto, não obstante todos os argumentos favoráveis para a admissibilidade da nova teoria, a perda de uma chance ainda tem tímida aceitação no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas é preciso que se reconheça que os primeiros passos para aceitação e compreensão da teoria já foram dados, exigindo-se que os estudos sejam aprofundados, pois, conforme interpretação clássica dos pressupostos, ainda não há garantia assegurada. Ressalte-se, portanto, que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance traduz-se em concreta proteção às vítimas de condutas lesivas, porquanto busca uma indenização mais ampla aos ofendidos.

4. Referências

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 jan. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788.459, Relator: Min. Fernando Gonçalves, Brasília, DF, 8 de novembro de 2005. *DJ*, 13 mar. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006>. Acesso em: 22 maio 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70048628473, Nona Câmara Cível, Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler, Porto Alegre, 24 de outubro de 2012. *DJ*, 26 out. 2012. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70048628473&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%-2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%-25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em: 7 jan. 2013.

Artigo recebido em: 08/01/2013.

Artigo aprovado em: 23/09/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20160047

235 - 255

Artigo

**PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA À LUZ
DA CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES**

CRISTIANO QUINAIA
KARINA DE ALMEIDA BATISTUCI

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA À LUZ DA CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

PRESCRIPTION AND DECAY IN THE LIGHT
OF THE CLASSIFICATION OF THE LAWSUITS

CRISTIANO QUINAIA

Advogado
Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil
cqquinaia@jbmlaw.com.br

KARINA DE ALMEIDA BATISTUCI

Advogada
Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil
karinabatistuci@mandaliti.com.br

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto estudar os institutos da prescrição e da decadência. Pretende-se revisitar os conceitos à luz da legislação civilista em vigor, cotejando-os com a prática processual. Muito se evoluiu teoricamente desde os últimos estudos do tema, sobressaindo-se nesse interregno a discussão acerca da possível aplicação da nova teoria da classificação das ações cíveis de conhecimento. O escopo que se almeja é estabelecer um campo harmônico de atuação entre a teoria e a práxis cível, otimizando a operabilidade do sistema.

PALAVRAS-CHAVE: prescrição; decadência; ações.

ABSTRACT: This work aims the accurate study of institutes of prescription and decay. It is intended to revisit the concepts in the light of current tort law in force, indexing the procedural practice. Much has evolved theoretically from the latest studies of the subject, standing up in this interregnum a discussion of the possible application of the new theory of the classification of civil lawsuits knowledge. The scope which aims is to establish a harmonic field of expertise between theory and praxis civil, optimizing the system's operability.

KEY WORDS: prescription; decay; lawsuits.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Origens no Direito Romano. 3. Distinção tradicional entre prescrição e decadência. 4. Classificação chiovendiana dos direitos subjetivos. 5. Exercício dos direitos subjetivos: classificação trinária e quinária das ações. 6. O princípio da *actio nata* e a identificação da prescrição. 7. As denominadas ações imprescritíveis. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. Introdução

O tema prescrição e decadência permeia a rotina do operador jurídico, que trabalha sob e sobre prazos. Dada sua função ordenadora, o Direito veda a perpetuação de situações jurídicas, daí o tratamento milenar da extinção de direitos.

A doutrina pátria atual pouco tem se debruçado sobre o tema, ainda mais depois de certa instabilidade doutrinária pela possível acolhida de uma novel classificação das ações cíveis. Além disso, sobreveio relevante e fundamental reforma no processo de execução, sem que se tenha voltado os olhos para a operabilidade entre o Direito Civil e o Direito Processual Civil.

Não se pretende neste estudo exaurir as vias de discussão da temática, mas analisar conceitos e definições que influem diretamente na proteção dos direitos.

Serão examinados os tradicionais conceitos de prescrição e de decadência. Após esta análise, pretendemos estabelecer uma base conceitual, para então relacioná-la com ambas as teorias de classificações das ações, possibilitando um debate contemporâneo.

2. Origens dos institutos no direito romano

Etimologicamente, a palavra ‘prescrição’ procede do latim *praescriptio*, derivado do verbo *praescribere*, formado a partir da união dos prefixos *prae* e *scribere*, com a significação de ‘escrever antes ou no começo’ (LEAL, 1978, p. 3).

O instituto remonta ao processo ordinário – *ordinaria iudicia* – em que incumbia ao pretor a nomeação do árbitro, que predeterminava a orientação do julgamento do litígio

por meio da fórmula (LEAL, 1978, p. 3). É o denominado período da arbitragem obrigatória, que antecedeu a configuração do monopólio jurisdicional, quando o Estado já demonstrava certo fortalecimento e maior intervenção na solução de controvérsias.

Como se vê, já nesse período o Estado tinha alguma participação, pequena embora, na solução dos litígios; o sistema perdurou ainda durante todo o período clássico do direito romano (período formulário, século II a.C. a século II d.C.), sendo que, correspondentemente ao fortalecimento do Estado, aumentou a participação através da conquista do poder de nomear o árbitro (o qual era de início nomeado pelas partes e apenas investido pelo magistrado). Vedada que era a autotutela, o sistema então implantado consistia numa arbitragem obrigatória, que substituiu a anterior arbitragem facultativa. (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2006, p. 28).

As partes compareciam perante o pretor, a quem submetiam a controvérsia, e ficavam vinculadas ao que fosse traçado por ele. Posteriormente, a decisão do pretor era encaminhada ao magistrado para cumprimento e execução. Para tanto, este escrevia uma fórmula (receita) da resolução do conflito, que fazia lei entre as partes por força da *litiscontestatio*.

É nessa função que se identifica o significado de prescrição:

Ao estatuir a fórmula, se a ação era temporária, ele a fazia preceder de uma parte introdutória, em que determinava ao árbitro a absolvição do réu, se estivesse extinto o prazo de duração da ação. E a essa parte preliminar da fórmula, por anteceder a esta, dava a denominação de *praescriptio*. (LEAL, 1978, p. 4).

A função pretoriana é indiscutivelmente originária do direito romano, no qual, aliás, verificou-se ao longo da história evolutiva do processo a criação e o desenvolvimento de seus maiores institutos.

O poder de instituir fórmulas contava com autorização do legislador, uma vez que:

A Lei Aebutia do ano 520 de Roma investiu o pretor do poder de criar ações não previstas no direito honorário quando, então, inicia-se o uso de fixar um prazo para sua duração, originando as chamadas ações temporárias em contraposição às perpétuas. (LEAL, 1978, p. 4).

Ainda no direito romano a prescrição extintiva separou-se da prescrição aquisitiva, a qual se preferiu denominar ‘usucapião’.

De acordo com Câmara Leal:

[...] desde a lei das XII tabuas, no direito honorário, adquiriria o cidadão romano a propriedade pelo uso da coisa durante dois anos, quando imobiliária e, durante um ano, em relação às demais – *usus auctoritas fundi biennium, caeterarum rerum annus*. (LEAL, 1978, p. 4).

Inegavelmente o objeto de ambos os institutos é diverso: com a prescrição, verifica-se a extinção de um direito; através da usucapião, adquire-se a propriedade real.

Os pontos de divergência são ressaltados pela doutrina:

É assim que a prescrição extintiva ou liberatória tem por objeto as ações, estendendo-se, por isso, a sua aplicação a

todos os departamentos do direito civil e comercial; tem, como condições elementares, a inércia e o tempo; e é seu efeito extinguir as ações. Ao passo que a prescrição aquisitiva, ou usucapião, tem por objeto a propriedade, circunscrevendo-se ao direito das coisas, na esfera restritamente civil, sem projeção ao comercial. (LEAL, 1978, p. 5).

No Código Civil atual, o legislador brasileiro fez uma clara distinção entre a prescrição e a usucapião, tratando no artigo 189 da prescrição extintiva e a partir do artigo 1.238 da aquisição da propriedade pela usucapião. Esta é abordada no Livro III – Dos Direitos das Coisas –, do que se infere a adoção da corrente dualista romana, como já havia sido feito por Clóvis Beviláqua na formulação de sua monumental obra de 1916:

Nosso Código Civil, baseando-se na corrente dualista, reservou a denominação prescrição, sem qualquer qualificativo, para a extintiva das ações, adotando, para a aquisitiva da propriedade, sua primitiva denominação – usucapião, e, inspirando-se na orientação alemã, separou-as, como institutos autônomos, localizando a prescrição extintiva na parte geral, e a aquisitiva na parte especial, como figura jurídica pertinente ao direito das coisas (LEAL, 1978, p. 7).

Desta feita, o objeto deste artigo cinger-se-á ao estudo verticalizado dos institutos da prescrição (extintiva) e da decadência, sob o cotejo da legislação em vigor.

3. Distinção tradicional entre prescrição e decadência

Nos cursos jurídicos e na prática forense, predomina a tradicional fórmula: ‘a prescrição extingue a ação, e a decadência, o próprio direito’.

A doutrina tradicional as distingue quanto ao objeto e ao efeito. Na prescrição, o objeto é a ação e, na decadência, o direito. Quanto aos efeitos, a prescrição não extingue direta e imediatamente o direito, mas a ação que o protege, enquanto a decadência extingue direta e imediatamente o direito, e não necessariamente a ação (LEAL, 1978, p. 398).

A esta tradicional posição doutrinária, opõe-se Amorim Filho, apontando para as seguintes falhas:

Com efeito, adotando-se o referido critério, é fácil verificar, praticamente, na maioria dos casos, se determinado prazo extintivo é prescricional ou decadencial, mas o autor não fixou, em bases científicas, uma norma para identificar aquelas situações em que o direito nasce, ou não, concomitantemente com a ação, pois é este o seu ponto de partida para a distinção entre os dois institutos. Em segundo lugar, o critério em exame não fornece elementos para se identificar, direta ou mesmo indiretamente (isto é, por exclusão), as denominadas ações imprescritíveis (AMORIM FILHO, 1960, p. 10)¹.

A conceituação tradicional carece de fundamento e explicação científicos: toda e qualquer ação de conhecimento é extinta pela prescrição? Por outro lado, qual direito é extinto pela decadência? Como identificar em cada situação a aplicação de um ou outro instituto?

Quanto à decadência, Ruggiero afirma:

O seu conceito e, mesmo, os caracteres diferenciais da prescrição, são dados pelo seguinte: que para determinadas relações jurídicas a lei ou a vontade do indivíduo estabelece previamente um termo fixo dentro do qual se pode

1 Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista dos Tribunais, vol. 300, outubro de 1960, p. 10.

promover uma ação, de modo que terminado esse termo já não pode ter lugar, seja por que modo for, prescindindo-se para tal de qualquer consideração de negligência do titular ou da impossibilidade na qual se encontre e olhando-se exclusivamente ao fato do decurso do termo (RUGGIERO, 1999, p. 430).

O dado trazido por Ruggiero é fundamental para a compreensão do instituto em testilha: a decadência atinge aquelas ações cujo exercício do direito independe da colaboração de outra vontade. São exercitáveis e produzem alteração na realidade jurídica sem a conjugação da vontade do sujeito passivo.

Com relação à prescrição, Câmara Leal destaca os seguintes elementos:

- I – existência de uma ação exercitável;
- II – inércia do titular da ação pelo seu não exercício;
- III – continuidade dessa inércia durante certo lapso de tempo;
- IV – ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional (LEAL, 1978, p. 11).

Tais elementos auxiliam no momento de exame da prescrição, mas não solucionam alguns óbices na sua identificação, pois não permitem definir qual ação é atingida pela prescrição ou quais os direitos envolvidos e, ainda, quando se inicia esse prazo a ser consumido pela inércia do seu titular.

4. Classificação chiovendiana dos direitos subjetivos

O direito concebido como ciência a serviço da regulamentação da vida intersubjetiva, no campo técnico e acadêmico,

cinge-se a dois grandes planos de estudo: direito objetivo (*norma agendi*) e direito subjetivo (*facultas agendi*).

Pelo direito objetivo, estuda-se o ordenamento jurídico como um emaranhado de normas que têm por função e possibilitam a tutela de direitos. Quando esse plano jurídico se insere na esfera do seu titular, possibilitando-lhe o exercício ou a defesa de direitos, falamos em direito subjetivo.

A classificação está descrita na obra de Chiovenda:

I – direitos tendentes a um bem da vida a conseguir-se, antes de tudo, mediante a prestação positiva ou negativa de outros (direitos a uma prestação);

II – direitos tendentes à modificação do estado jurídico existente (direitos potestativos). (CHIOVENDA, 2000, p. 26).

Os direitos a uma prestação são aqueles cujo exercício implica na cominação do sujeito passivo na prática de uma atividade. Significa dizer, “a categoria de direitos a uma prestação diz respeito na consideração das pessoas a que se endereça o mandamento legal de fazer ou não fazer alguma coisa, obedecer a uma ordem legal” (CHIOVENDA, 2000, p. 26).

Dentro dessa categoria, incluem-se os chamados direitos reais, que, apesar de se traduzirem tão somente na relação entre o titular e a coisa, a sua violação exsurge a pretensão de seu respeito por outras pessoas (CHIOVENDA, 2000, p. 28).

Do latim *potestas*, o direito potestativo traduz-se no poder conferido ao seu titular de exercê-lo independentemente da vontade do sujeito passivo, que verá sua esfera jurídica modificada. Nesse sentido, a lição de Chiovenda:

Em muitos casos, a lei concede a alguém o poder de influir, com sua manifestação de vontade, sobre a condição jurídica de outro, sem o concurso da vontade deste:

- a) Ou fazendo cessar um direito ou um estado jurídico existente;
- b) Ou produzindo um novo direito, ou estado ou efeito jurídico (CHIOVENDA, 2000, p. 30).

Infere-se a dissonância entre os direitos à prestação e os direitos potestativos: a conjugação da vontade do sujeito passivo. Se naqueles o sujeito ativo está à mercê da atuação do sujeito passivo, nestes é o sujeito ativo que define o momento de seu exercício independente.

5. Exercício dos direitos subjetivos: classificação trinária e quinária das ações

A ação é concebida como o direito fundamental público, subjetivo e abstrato de provocar a atuação do aparelho jurisdicional para defesa de direitos. Com o fim de possibilitar o mais adequado estudo do instituto e seu tratamento acadêmico, há muito tempo discute-se a classificação da ação sob os mais variados aspectos, seja a partir do direito que defende, seja de acordo com a natureza do pronunciamento judicial que se almeja.

Chiovenda tece a seguinte correspondência:

Se a vontade da lei impõe ao réu uma prestação passível execução, a sentença que acolhe o pedido é de condenação e tem duas funções concomitantes, de declarar o direito e de preparar a execução; se a sentença realiza um dos direitos potestativos que, para ser atuados, requerem o concurso do juiz, é constitutiva; se, enfim, se adscreeva a declarar pura e simplesmente a vontade da lei, é de mera

declaração. Temos, portanto, correspondentemente, estes três primeiros grupos de ações:

- a) Ações de condenação;
- b) Ações constitutivas;
- c) Ações declaratórias. (CHIOVENDA, 2000, p. 35).

Lança-se mão da ação condenatória quando se pretende obter do réu uma prestação (positiva ou negativa).

Já a ação constitutiva (positiva ou negativa) cabe quando se procura obter não uma prestação do réu, mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou a extinção de um estado jurídico anterior.

Quanto à ação declaratória, seu objeto é a obtenção de certeza jurídica, nada mais. Por ela, não se pretende o exercício de direito algum.

Essa é a classificação tradicional, concebida sob o ponto de vista do conteúdo da ação.

O critério utilizado para estabelecer a classificação da Teoria Trinária parte da relação com a norma individualizada de direito, nada tendo a ver com os efeitos produzidos pela (eficácia da) sentença, aptos a gerar a coisa julgada formal e material.

Nesse sentido, o escólio de Fredie Didier:

Não se confundem o conteúdo e os efeitos de uma sentença. [...] O conteúdo compreende a norma jurídica individualizada estabelecida pelo magistrado, seja para certificar o direito a uma prestação (fazer, não fazer ou dar coisa), seja para reconhecer um Direito potestativo, seja ainda

para tão-somente declarar algo. Efeito é a repercussão que a determinação dessa norma jurídica individualizada pode gerar e que vincula, de regra, as partes do processo. [...] Uma importante consequência da distinção entre o conteúdo e os efeitos da sentença, aqui tomada em sentido amplo, é o fato de que a coisa julgada material atinge a norma jurídica individualizada estabelecida pelo magistrado (isto é, o conteúdo da sentença) e não os seus efeitos. (DIDIER, 2009, p. 354).

Não são os efeitos da sentença (alteração no mundo fático) que serão acobertados pela coisa julgada, mesmo porque o grau de eficácia da norma individual proferida não depende apenas da intervenção jurisdicional. Com efeito, é o conteúdo (o bem da vida) que é acobertado pelo manto da inalterabilidade.

Contudo, essa classificação não é unânime.

Em 1970, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda instrumentalizou a difusão da Teoria Quinária das ações, sob o enfoque dos efeitos que produzem.

Ao lado das ações declaratória, constitutiva e condenatória, Pontes de Miranda acrescenta as mandamentais e executivas *lato sensu*.

Não afastando o brilhantismo do grande doutrinador alagoano, certo é que a ação mandamental já havia sido estudada pelo alemão George Kuttner. De acordo com a doutrina alemã, são mandamentais:

As sentenças em que o juiz, sem proferir decisão com força de coisa julgada sobre a própria relação jurídica básica de direito privado, dirige imediatamente a outro órgão

estatal, a uma autoridade pública ou a um funcionário público, a ordem determinada de praticar ou omitir um ato oficial, mais precisamente designado na sentença e contido no âmbito das atribuições desse órgão, e isso mediante requerimento especial e novo da parte vencedora. (MORAES, 2000, p. 253).

Antes da nova reforma, levada a efeito por meio da Lei nº 11.232, de 2005, ação executiva *lato sensu* era a denominação difundida para aquela espécie cuja sentença possibilitava a execução *sine intervallo*, tal como no processo monitorio. Nesses modelos de processo, uma vez proferida a sentença condenatória, o titular da norma individual poderia desde logo desencadear a promoção de atos executivos. Até então, as demais sentenças condenatórias exigiam o ajuizamento de um novo processo para a execução do julgado.

Sob o mesmo pálio, as ações mandamentais distinguiam-se das tradicionais condenatórias por possibilitarem a execução imediata da ordem contida na sentença, isto é, *sine intervallo*. É o que ocorre com a sentença proferida na ação constitucional civil de Mandado de Segurança.

De acordo com a doutrina de Pontes de Miranda, na ação mandamental,

[...] o juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental; já a ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. (MIRANDA, 1999, p. 131).

Contudo, como dito, esse era o cenário antes da reforma processual.

A fusão entre as técnicas de conhecimento e de execução tornou obsoleta a nomenclatura alçada pela Teoria Quinária, sob o prisma da eficácia executiva das sentenças. Tal fusão permite a execução – no mesmo processo, em fase denominada Cumprimento de Sentença – de todas as sentenças proferidas no Processo de Conhecimento. Com efeito, todas as sentenças de conhecimento agora ostentam o selo de título executivo judicial, passível de execução imediata.

Assevera Didier:

Com a edição da Lei nº 11.232/2005, essa discussão perdeu um pouco a sua razão de ser. [...] Perdeu o sentido, pois, distinguir as sentenças condenatórias das mandamentais e das executivas. O critério distintivo era exatamente a necessidade ou não de um novo processo para a efetivação da decisão judicial: a sentença condenatória deveria ser executada *ex-intervalo*, em outro processo, a sentença mandamental/executiva poderia ser executada *sine intervallo*, ou seja, no mesmo processo em que foi proferida. O conceito de sentença condenatória é jurídico-positivo, e não lógico-jurídico: depende, pois, do exame do Direito positivo. Se antes a execução *ex intervallo* era a regra, agora a regra é a execução *sine intervallo*. Muda-se a técnica de execução, mas permanece sempre a mesma realidade: somente sentenças de prestação dão ensejo à atividade executiva. Como não há mais distinção da técnica executiva, todas podem, sem problema, ser chamadas de condenatórias. (DIDIER, 2009, p. 357).

Além disso, aparentemente a doutrina pátria confunde o critério que utiliza para aplicação da Teoria Quíntupla, ora enquadrando como seu conteúdo, ora se referindo aos seus efeitos.

Vejamos a seguinte passagem de Luiz Guilherme Marinoni:

A diferença teórica entre a execução direta e indireta, já frisada pela doutrina italiana clássica, não pode ser ignorada quando as sentenças são classificadas a partir dos meios executivos. A forma de atuação de tais sentenças é completamente distinta. A execução indireta, segundo o seu próprio nome indica, é incapaz de, diretamente, permitir a tutela do Direito. Ela atua sobre a vontade do demandado para constrangê-lo a adimplir a sentença, de modo que a tutela do Direito, em última análise, dependerá da vontade do réu. Por sua vez, a execução direta, também conforme faz sentir a nomenclatura, viabiliza a tutela do Direito diretamente, sem se importar com a vontade do demandado. Ao lado disso, em termos de valores, é substancialmente diversa a atuação judicial mediante execução direta e a que se dá por meio de execução indireta. Ainda que ambas sejam resultado da quebra de garantia de liberdade que se pensava outorgar, por intermédio do Princípio da Tipicidade, é certo que a atuação estatal sobre a vontade do cidadão tem sensível diferença em relação à atividade do Estado, que prescinde de tal forma de intervenção. Tanto é verdade que a grande preocupação do Direito Liberal Clássico sempre esteve ligada à incoercibilidade da vontade. [...] Mas a tradição terminológica, importante para a boa circulação e compreensão dos conceitos, fez com que mantivéssemos as expressões condenatória, mandamental e executiva, já que com isso não perdemos os conteúdos e os significados que estão por detrás de cada um desses signos, conforme antes explicitado. (MARINONI, 2007, p. 420).

Marinoni destaca a distinção entre execução direta e indireta – técnicas de execução da tutela condenatória das obrigações de fazer e não fazer –, para defender a manutenção da nomenclatura, considerada fundamental para preservar conteúdos e significados cunhados pela Teoria Quinária.

As técnicas de coerção e coação (execução direta e indireta)

são apenas métodos para fazer valer a vontade estabelecida na norma jurídica individual da sentença proferida. Elas se aplicam a todas as ações em que se busca compelir o réu a fazer ou deixar de fazer algo, bem como nas mandamentais, cuja eficácia busca o cumprimento de uma ordem.

A utilização de uma ou outra técnica de execução não prejudica a natureza e o conteúdo da sentença proferida, que será condenatória. A forma como será executada (*sine intervallo*) é que determina o tratamento unitário na espécie de ações condenatórias.

Manter a nomenclatura cunhada por Kuttner e Pontes de Miranda para afastar o risco de retrocesso doutrinário pode, ao contrário, causar difusão e confusão dentro da ciência processual, não se estabelecendo um conceito unânime a partir do qual se possa aprimorar no plano da técnica executiva.

6. O princípio da *actio nata* e a identificação da prescrição

De acordo com o artigo 189 do Código Civil pátrio, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem o art. 205 e 206” (BRASIL, 2002).

Conforme noticia José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 119-126), a fonte inspiradora do legislador foi, seguramente, o parágrafo 194, I, do Código Civil Alemão (BGB), que dispõe: “O direito de exigir de outrem um fazer ou um não fazer (pretensão) se sujeita à prescrição”.

Naquele dispositivo consagra-se o princípio da *actio nata*, ou seja, o marco inicial do prazo prescricional, quando o direito é violado e seu titular pode exigir a prestação corre-

lata. Em outras palavras, a pretensão de ver o sujeito passivo condenado nasce no momento em que há violação a direito, iniciando, então, o decurso do lapso prescricional.

Com efeito,

Para que nasça a pretensão, segundo o art. 189, é mister não apenas que o direito exista, senão também que tenha sido violado. Quando se tem por um direito violado? A resposta é: quando o sujeito passivo da relação jurídica deixa de fazer o que devia ou faz o que não devia, dando-se por aí ao verbo fazer, obviamente, a mais larga aceção possível (MOREIRA, 2003, p. 122).

Indaga-se: qual o direito que permite ao seu titular pleitear que o sujeito passivo faça ou deixe de fazer algo?

Sem dúvida, a resposta é a classe de direitos a uma prestação. Os únicos direitos a admitirem violação e necessitarem do implemento de vontade do sujeito violador para serem tutelados são os que permitem compelir a que se faça ou deixe de fazer.

Logo, a prescrição é um instituto adstrito dos direitos a prestação que, uma vez violados, disparam o relógio do prazo legal para que seu titular exerça a ação que lhe caiba, impondo o comportamento do sujeito passivo.

Barbosa Moreira apresenta conclusão semelhante:

A alusão à violação traz a mente uma divisão clássica dos direitos subjetivos: aquela que separa, de um lado, os direitos a uma prestação (positiva ou negativa) e, de outro, os direitos a uma modificação jurídica, habitualmente denominados potestativos. Nestes, o sujeito passivo não

está obrigado a prestar: submete-se, pura e simplesmente, à modificação produzida por ato do sujeito ativo, diretamente (exemplos: a escolha do devedor, na obrigação alternativa; a revogação do mandato) ou por intermédio judicial (exemplos: a anulação do casamento, o divórcio). Ora, não havendo obrigação de prestar, a violação é impensável. Logo, nessa esfera, não há cogitar de pretensão. (MOREIRA, 2003, p. 123).

Desse modo, em se tratando de direitos potestativos, em que não se exige colaboração do sujeito passivo para o seu exercício, não há que se falar no surgimento de pretensão, pois é conferida ao seu titular a faculdade de exercitá-lo desde logo.

7. As denominadas ações imprescritíveis

Se as ações declaratórias “não tiram, não proíbem, não permitem, não extinguem e nem modificam nada” (AMORIM FILHO, 1960, p. 24), elas se encontram ligadas à prescrição ou à decadência? Ou a nenhum desses institutos?

A ação declaratória tem por finalidade a obtenção de certeza jurídica, o que é inconciliável com os objetos da prescrição e da decadência. Ademais, o seu exercício não traz insegurança, pois não se pretende com ela uma prestação do sujeito passivo, tampouco influenciar em relação jurídica alheia.

Por tais razões, “a conclusão que se impõe é a seguinte: as ações declaratórias devem ser classificadas como ações imprescritíveis. E é esta realmente a classificação dada pela maioria dos doutrinadores”. (AMORIM FILHO, 1960, p. 27).

De acordo com Amorim Filho, porém, a conclusão da inaplicabilidade dos prazos prescricionais e decadenciais está correta, mas a nomenclatura, equivocada.

Torna-se mister examinar um assunto de natureza terminológica, que deve ser analisado antes de qualquer outro, para que o problema que temos em vista fique bem equacionado. É o que diz respeito a manifesta impropriedade da expressão *imprescritíveis*, pois tal expressão não corresponde, com exatidão, ao sentido em que ela é utilizada comumente. Imprescritível significa que não prescreve ou não sujeito a prescrição. Deste modo, lógica e gramaticalmente, a expressão abrange, não só a) as ações não sujeitas nem a prescrição nem a decadência, como também b) as ações sujeitas a decadência (indiretamente, por força da extinção do direito a elas correspondente), pois estas últimas também são ações que não prescrevem. (AMORIM FILHO, 1960, p. 33).

Esse autor prefere designá-las de ações perpétuas, como designado no direito romano por Savigny.

Em suma, “por aí se verifica facilmente que são perpétuas: a) todas as ações meramente declaratórias; e b) algumas ações constitutivas (aquelas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei)” (AMORIM FILHO, 1960, p. 33). Dentro das chamadas ações perpétuas, podemos citar, exemplificativamente, as ações declaratórias de inexistência e as constitutivas negativas de nulidade.

8. Conclusão

Do que foi exposto, fica clara a imanente relação entre os institutos cíveis da prescrição e decadência com o exercício das ações processuais.

Desde Chiovenda, já se percebe a correlação entre a espécie de subjetivo direito material e a via processual jurisdicional escolhida para sua tutela.

Pontes de Miranda deu um passo além. No seu *Tratado das Ações*, apresenta uma sistematização da Teoria Quíntupla das Ações Cíveis, após o qual, nos idos dos anos 70, a doutrina pátria não mais voltou ao tema da prescrição e decadência.

Seja para aceitar ou repudiar a nova classificação – até porque uma classificação não é correta ou incorreta, mas apenas útil –, é preciso adequá-la aos conceitos de prescrição e decadência definidos e calcados pelo atual Código Civil, de forma a possibilitar a operabilidade lógica do sistema jurídico.

Ao formular sua teoria, Pontes de Miranda deparou-se com um sistema que distinguia formalmente a atividade de conhecimento da executória. Naquele contexto, havia, evidentemente, sentido e razão para tratar separadamente as supostas ações mandamentais e executivas.

Fato é que a atual conjuntura legislativa e doutrinária absorveu o sincretismo das atividades de conhecimento e execução da tutela jurisdicional obtida com a sentença. Assim, as técnicas de coerção (mandamental) e de coação (executiva) são meios de se obter a eficácia do comando condenatório sentencial.

Sob tal ângulo, é possível enquadrar as eficácias mandamentais e executivas dentro da ação condenatória, utilizando-se da nomenclatura cunhada por Chiovenda, que classifica as ações a partir de seu conteúdo.

Assim, mantém-se sólida a diferença entre prescrição e decadência, a partir da distinção entre os direitos a uma prestação e os direitos potestativos.

9. Referências

AMORIM FILHO, Agnello. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, v. 300, p.7-37, out.1960.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e decadência: teoria geral no direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 6. ed. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1999. (Tomo 1).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. *Revista de Processo: RePro*, n. 97. São Paulo: RT, 2000.

_____. Notas sobre a pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 366, mar./abr. 2003.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

Artigo recebido em: 04/01/2013.

Artigo aprovado em: 24/05/2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20160048

259 - 303

Artigo

**REVISITANDO O PRINCÍPIO DA NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO: INCIDÊNCIA
DA GARANTIA COMO MEIO DE
DEFESA NO PROCESSO PENAL**

ALINE LEITE VIANA DILLY PATRUS

REVISITANDO O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: INCIDÊNCIA DA GARANTIA COMO MEIO DE DEFESA NO PROCESSO PENAL

FACING THE PRINCIPLE OF NON SELF-INCRIMINATION:
INCIDENCE OF THE ASSURANCE AS A DEFENSE MEANS IN CRIMINAL PROCEDURE

ALINE LEITE VIANA DILLY PATRUS

Consultora legislativa
Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Brasil
alineleiteviana@yahoo.com.br

RESUMO: O princípio da não autoincriminação está consagrado na maioria dos países que vivem sob o regime democrático, cujo alcance, contudo, recebeu onde o acolheram interpretações variadas ao longo dos anos. Existem matizes diversos, inclusive dentro de um mesmo ordenamento jurídico, como é o caso do Brasil. Segundo doutrina e jurisprudência majoritárias, o princípio se aplica aos âmbitos defensivo e probatório, o que justifica o direito ao silêncio durante o interrogatório e, ainda, o brocardo de que “ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo”. Discordando desse entendimento, por considerar que o instituto merece uma revisão conceitual, direcionando-se exclusivamente ao interrogatório, o presente artigo objetiva estabelecer limites. A leitura aqui empreendida é indispensável para a regulação, no processo penal brasileiro, de meios de prova que possam assumir grande relevância em determinadas causas, principalmente quando sujeitam o acusado à realização de exames.

PALAVRAS-CHAVE: Autoincriminação; bafômetro; direito ao silêncio; interrogatório.

ABSTRACT: The privilege against self-incrimination is enshrined in most democratic countries. Its range, however, has received different interpretations over the years and throughout the systems that host it. It has many nuances even within the same legal system. This is the case of Brazil: according to the majoritarian doctrine and jurisprudence, the privilege applies to both the procedural defense as to the scope of evidence, justifying the right to silence during interrogation, and also the aphorism that “nobody is obliged to produce evidence against himself”. We disagree with this understanding. Considering that the institute deserves conceptual revisiting, in order to be applied exclusively to the interrogation, this article seeks to establish its limits. We believe that the approach undertaken in this study is necessary and essential for the regulation, in the Brazilian criminal proceedings, of evidences that can assume great importance in certain causes, especially those that subject the defendant to exams.

KEY WORDS: self-incrimination; breathalyzer; right to silence; interrogation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A natureza jurídica do interrogatório. 2.1. O interrogatório como meio probatório. 2.2. Natureza jurídica híbrida. 2.3. O interrogatório como meio defensivo. 3. Direito de não produzir prova contra si mesmo? (O privilégio da não autoincriminação como regra direcionada exclusivamente ao interrogatório). 4. Implicações práticas. 4.1. O teste de alcoolemia. 4.2. Outras provas que dependam da colaboração do acusado. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Para a completa definição do conteúdo e dos contornos do princípio contra a autoincriminação, muitas perguntas devem ser respondidas, considerando ser lacunosa a disciplina legal, escassos os estudos doutrinários em âmbito nacional e a jurisprudência, apegada ao julgamento do caso concreto, incapaz de preencher integralmente os vácuos existentes. (HADDAD, 2005, p. 22).

Afeto ao Direito Processual Penal, o presente estudo tem como propósito estabelecer uma análise acerca da abrangência do princípio da não autoincriminação – *nemo tenetur se detegere*¹ – no processo penal brasileiro: seus limites e suas interpretações, característica precípua do “devido processo legal”, pois resguarda o indivíduo de métodos coercitivos e opressores que violem a sua vontade e a sua dignidade, de forma a evitar o exercício arbitrário do *jus puniendi* do Estado.

A questão a ser examinada, portanto, refere-se ao alcance de uma garantia processual cujo respeito é de extrema importância para a concretização de um processo justo que, ao longo dos anos e nos distintos países em que é consagrada, tem recebido interpretações variadas. Ao contrário do que sustentam a doutrina e a jurisprudência majoritárias no Brasil, a ideia é, sobretudo, centrar que dito princípio direciona-se exclusivamente ao interrogatório, que deve incidir apenas no âmbito defensivo e não no probatório.

1 Segundo Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 4), o mesmo princípio é expresso por outras máximas: *nemo tenetur edere contra se* (ninguém é obrigado a produzir provas contra si), *nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), *nemo tenetur se ipsum prodere* (nenhuma pessoa pode ser compelida a trair a si mesma em público), *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém é obrigado a revelar a sua própria vergonha) e *nemo testis contra se ipsum* (ninguém é obrigado a ser testemunha contra si mesmo).

Importante frisar, logo de início, que a garantia de não autoincriminação e o direito ao silêncio não serão tratados como dois institutos diferentes. Seguir-se-á o mesmo entendimento de Marcelo Schirmer Albuquerque (2008, p. 3), segundo o qual há um instituto único – a garantia de não autoincriminação –, sendo o silêncio apenas uma forma de preencher seu conteúdo.

Este artigo dedicar-se-á, fundamentalmente, ao ordenamento jurídico brasileiro; mas pretende abordar, também, legislações processuais e doutrinas estrangeiras, pois o estudo do direito comparado pode ser bastante útil à determinação dos contornos e das aplicações práticas da garantia processual em estudo.

Deve-se salientar que estabelecer os contornos de tal direito é atividade necessária e indispensável para a regulação, no processo penal brasileiro, de meios de prova que podem assumir grande relevância em determinadas causas, como as intervenções corporais compulsórias e quaisquer outras medidas que sujeitem o acusado à realização de exames.

2. A natureza jurídica do interrogatório

Nos primórdios do processo penal, o ato de interrogar era prova do juiz. Posteriormente, duas marcantes orientações passaram a disputar a natureza jurídica do interrogatório: a francesa, de origem na *Ordonnance* de 1670, tinha-o como meio de prova e a inglesa, o cuidado de conceituá-lo como meio de defesa. A natureza jurídica do interrogatório varia de um ordenamento para outro, ora se tratando de meio de prova, ora de meio de defesa, por vezes convivendo, lado a lado, os caracteres defensivo e probatório do ato, com prevalência de um ou outro aspecto. (HADDAD, 2000, p. 29-30).

Conforme se verá, a compreensão acerca da natureza jurídica do interrogatório traz implicações práticas a respeito dos contornos da garantia contra a não autoincriminação. A questão não é tema pacífico no plano doutrinário (tanto no que se refere à doutrina nacional quanto à estrangeira). Pode-se dizer que há três correntes bem delineadas sobre o assunto²: a primeira delas entende que sua natureza jurídica é a de meio probatório; para a segunda, trata-se de meio defensivo; por fim, a terceira corrente, unindo as considerações das duas primeiras, sustenta que o interrogatório possui natureza híbrida. A esse respeito vão ser analisados alguns dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais mais relevantes, em sede nacional e estrangeira.

2.1. O interrogatório como meio probatório

Se se fizer uma análise meramente topográfica do Código de Processo Penal, ver-se-á que o interrogatório do acusado (disciplinado em seus artigos 185 a 196) foi considerado pelo legislador originário unicamente como meio de prova: o capítulo referente ao interrogatório se insere no Título VII do Livro I, o qual se intitula “Da prova”. A própria Exposição de Motivos do CPP aborda o interrogatório no item VII, relativo às provas, e caracteriza-o como “uma franca oportunidade de obtenção de prova”.

Na atualidade, diminuta parcela doutrinária defende que o interrogatório é exclusivamente um meio de prova. Quem o faz (cite-se Camargo Aranha) sustenta que as de-

2 Diferentemente, Guilherme Nucci (2010, p. 417) sustenta a existência de quatro correntes: a) o interrogatório é meio de prova, fundamentalmente; b) é meio de defesa; c) é meio de prova e de defesa; d) é meio de defesa, primordialmente; em segundo plano, é meio de prova. Contudo, cremos que as duas últimas correntes citadas por ele podem ser unidas em uma, apenas: a que defende a natureza híbrida do interrogatório.

clarações prestadas pelo réu (críveis ou não) são objeto de valoração direta pelo juiz. Alega-se, ainda, em favor do caráter probatório do interrogatório, que o depoimento do acusado é a prova mais preciosa em um processo penal, constituindo-se meio de prova fundamental para formar a convicção do magistrado, já que é hipótese excepcional a de uma pessoa declarar contra si mesma. Vale lembrar, contudo, que mesmo estes autores reconhecem que o acusado pode utilizar o interrogatório para se defender. O próprio Camargo Aranha (1987, p. 68), por exemplo, reconhece que “acidentalmente” o interrogatório assume a característica de meio de defesa.

Na Espanha, Jiménez Asenjo, ao defender que o interrogatório é meio de prova, enfatiza que a confissão (que é colhida no interrogatório) é uma prova, a qual possui alcance relativo como qualquer outra (pois é sempre preciso que o juiz harmonize todo o conjunto probatório antes de formar sua convicção decisiva, para fundamentar a sentença). Segundo o autor, esta característica não é suficiente para atribuir à confissão (ou a qualquer outro meio de prova) um traço pejorativo.

Picó I Junoy (1997, p. 153) afirma que o interrogatório judicial, se procedido de forma que se respeitem as garantias fundamentais, o contraditório, a oralidade e a publicidade, adquire o caráter probatório, podendo servir para a formação da convicção do julgador.

Um dos argumentos que se apresentam contra a corrente ora comentada é o de que o acusado normalmente terá o interesse em se defender, e jamais narraria a verdade dos fatos de tal modo a prejudicar-se; portanto, no interrogatório afloraria a parcialidade e o intuito de defesa. Serra Domínguez, na mesma linha de Fenech Navarro, refuta tal argumento ao

afirmar que todos os meios de prova propostos pela defesa, e não só a declaração do acusado, são também meios de o réu se defender (sem que, com isso, percam sua natureza de meios de prova). Diante de tal fato, é tarefa do juiz prevenir-se com extrema cautela e apreciar todos os meios de prova.

No que diz respeito ao tratamento jurisprudencial da questão, é doutrina reiterada da Sala 2^a do Tribunal Supremo espanhol a ideia de que a confissão, obtida segundo as devidas garantias legais, é prova idônea e suficiente para abater a presunção de inocência (PÉREZ CRUZ MARTÍN, 2011, p. 105). Logicamente, não raro é preciso praticar outras provas, a fim de que se comprove a veracidade da confissão; isso, contudo, não significa, segundo a Corte, afirmar que a confissão careça de valor probatório, nem que só se sustente se há, também, provas distintas³.

2.2. Natureza jurídica híbrida

Entre os autores brasileiros que sustentam que o interrogatório é instrumento de prova e, ao mesmo tempo, ato de defesa, podem ser citados Frederico Marques, Hélio Tornaghi, Greco Filho e Guilherme de Souza Nucci. “Note-se que o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui *meio de prova* inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo” (SOUZA NUCCI, 2010, p. 417-418).

3 Nesse sentido, conferir STS – Sala 2^a – de 20 de diciembre de 1991; STS – Sala 2^a – de 30 de abril de 1990; STC 86/1995, de 6 de junio; STC 161/1999, de 27 de septiembre.

Na doutrina espanhola, também há doutrinadores partidários de que o interrogatório pode auxiliar o juiz a descobrir a verdade; no entanto, não se trata de uma prova do ponto de vista formal. O significado é de simples indício, sem ter, portanto, caráter prevalente (SILVA MELERO, 1950, p. 402 ss).

Analisando dispositivos constitucionais e da LECrim, Agustín Pérez Cruz Martín (2011, p. 104) também enxerga um duplo significado no interrogatório: o de ato de investigação (ou meio de prova) e o de meio de defesa. O primeiro deles seria ilustrado, sobretudo, pelo art. 406 da LECrim, que estabelece, em livre tradução, que “a confissão do processado não dispensará o juiz de instrução de praticar todas as diligências necessárias a fim de adquirir o convencimento da verdade da confissão e da existência do delito. Com este objetivo, o juiz instrutor interrogará o processado confesso, a fim de que explique todas as circunstâncias do delito e tudo o que possa contribuir para comprovar sua confissão, se foi autor ou cúmplice e se conhece a alguma das pessoas que foram testemunhas ou tiveram conhecimento dos fatos”⁴. Vale lembrar, segundo Cruz Martín, que ninguém mais bem informado sobre os fatos do que seu próprio autor, devido à sua atuação pessoal e direta em sua materialização. A seu turno, o segundo viés (o interrogatório como meio de defesa) poderia ser identificado a partir do art. 24 da Constituição espanhola, o qual convida o acusado a refutar as imputações que lhe são feitas, expondo tudo aquilo que estime conveniente para sua defesa.

⁴ Texto original: Art. 406. “La confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. Con este objeto, el Juez instructor interrogará al procesado confeso para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión, si fue autor o cómplice y si conoce a algunas personas que fueren testigos o tuvieren conocimiento del hecho.” Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l2t5.html#a406>. Acesso em: 16 ago. 2013.

2.3. O interrogatório como meio defensivo

Sobretudo depois de editada a mencionada Lei 10.792/2003, não há melhor entendimento senão o de que o interrogatório se trata essencialmente de um meio de defesa.

A Lei n. 10.792/03, que alterou várias disposições do CPP, veio, enfim, consolidar o que já era uma realidade, ao menos em nível doutrinário: o tratamento do interrogatório como meio de defesa, assegurando-se ao acusado o direito a entrevistar-se com seu advogado antes do referido ato processual (art. 185, § 2º); o direito a permanecer calado e não responder perguntas a ele endereçadas, sem que se possa extrair do silêncio qualquer valoração em prejuízo da defesa (art. 186, *caput*, e parágrafo único). (OLIVEIRA, 2005, p. 27).

O mencionado autor até aceita a existência de corrente doutrinária diversa, que sustenta a natureza híbrida do interrogatório; no entanto, ressalta que ele é “mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, de modo a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos” (OLIVEIRA, 2005, p. 320). E salienta, também, que conceituar o interrogatório como meio defensivo – e não probatório – traz importantes implicações práticas.

A respeito, Carlos Haddad leciona:

Se o aspecto defensivo [do interrogatório] é ressaltado, não se pode deduzir do silêncio presunções ou indícios desfavoráveis à defesa, caso contrário, estar-se-ia subvertendo a finalidade do interrogatório. E sendo meio de defesa, sua efetivação consiste em direito subjetivo do acusado, cuja consecução pode ser por ele exigida se ainda não realizado ou caso a ele se queira proceder pela segunda vez. (HADDAD, 2000, p. 31).

O interrogatório é, aliás, o principal instrumento da autodefesa, por ser ele o momento em que o acusado tem a oportunidade de expor sua versão dos fatos (não sendo obrigado a fazê-lo se não lhe convier). O mero fato de as declarações prestadas poderem influir na formação da convicção do juiz é insuficiente para caracterizá-lo como meio de prova, já que, em algum grau, todos os atos processuais praticados pelas partes no decorrer do processo podem influenciar a convicção do julgador.

Nesse sentido, caminha a doutrina de Luigi Ferrajoli:

[...] no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa e tem a única função de dar materialmente vida ao juízo contraditório e permitir ao imputado refutar a acusação ou aduzir argumentos para se justificar. (FERRAJOLI, 1995 apud RANGEL, 2005).

Também revela a natureza eminentemente defensiva do interrogatório a previsão da presença do defensor, a teor do que dispõe o art. 185, *caput*, do CPP: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”. O desrespeito a essa garantia é, inclusive, causa de nulidade absoluta do ato, por violação ao princípio constitucional da ampla defesa.

Se se tratasse de meio probatório, o interrogatório poderia ser valorado pelo juiz em prejuízo do acusado (como pode ocorrer com qualquer instrumento de prova). Ora, isso seria totalmente incompatível com a ordem constitucional em vigor (que consagra não só o princípio da ampla defesa como também o direito ao silêncio de forma ampla, não se podendo mais equiparar o uso da faculdade de calar-se a uma

confissão tácita) e com a nova redação do art. 186, CPP (que dispõe expressamente que o silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa) – sobre a qual, aliás, já se comentou oportunamente.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho também comungam deste entendimento:

Consubstanciando-se a autodefesa, enquanto direito de audiência, no interrogatório, é evidente a configuração que o próprio interrogatório deve receber, transformando-se de meio de prova (como o considerava o Código de Processo Penal de 1941, antes da Lei 10.793/2003) em meio de defesa: meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor sua própria versão.

É certo que, por intermédio do interrogatório – *rectius*, das declarações espontâneas do acusado submetido a interrogatório –, o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade. Mas não é para esta finalidade que o interrogatório está preordenado. Pode constituir *fonte de prova*, mas não *meio de prova*: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*. E mais: o acusado, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova. Ainda que se quisesse ver o interrogatório como meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade de o acusado não responder. A autoridade estatal não pode dispor dele, mas deve respeitar sua liberdade no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se. O direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 96).

Fernando Capez reconhece que, durante o interrogatório, o acusado pode fornecer alguns elementos de instrução

probatória ao juízo. Contudo, argumenta que sua natureza probatória seria meramente eventual: em segundo plano, o interrogatório pode ser considerado como fonte de prova, mas é, em essência, um instrumento para o exercício da autodefesa pelo réu:

Ora, sendo o interrogatório o momento processual no qual, por excelência, o sujeito da defesa, i. e., o acusado, tem a possibilidade de materializar o seu direito de audiência, influenciando na formação da convicção do órgão jurisdicional através da narração dos fatos consoante a sua versão, torna-se evidente a natureza de meio de defesa do interrogatório. (CAPEZ, 2002, p. 280).

O doutrinador espanhol Aguilera de Paz também participa da opinião de que o interrogatório não tem o caráter de prova:

[...] para ser eficaces las pruebas y surtir sus legales efectos en perjuicio de las partes que intervienen en el procedimiento, es indispensable que se practiquen con la intervención de las mismas, y en dicha actuación, aunque las partes estén presentes, no pueden intervenir en modo alguno en su resultado, ni hay tampoco términos hábiles para ello [...] (AGUILERA DE PAZ, 1924, p. 312).

Também fazem parte dos que negam importantes estudiosos da doutrina alemã – como Ernst Ludwig von Beling (1943, p. 232) – e da italiana – Enrico Pessina (1883, p. 75); Giuseppe Bettiol (1936, p. 102) –, segundo os quais a declaração do réu tem natureza de simples meio de defesa; trata-se de uma possibilidade de expor os argumentos em que se funda sua defesa – argumentos não suscetíveis, por si sós, de formar a convicção do juiz (portanto, não podem ser considerados meios de prova). Outros autores (Vincenzo Manzini, Ugo Aloisi, Vito Gianturco, Juan Montero Aroca) sustentam que

o interrogatório do acusado é, principalmente, um meio de defesa, ainda que eventualmente possa contribuir – direta ou indiretamente – para que se forme a convicção do juiz. Enrico Ferri, inclusive, opina que a flagrância e a confissão do réu são sempre as “rainhas das provas”, e os casos de confissões falsas são raríssimos na prática (PÉREZ CRUZ MARTÍN, 2011, p. 97-98).

Na jurisprudência, encontram-se arestos do Supremo Tribunal Federal – a mais elevada instância do Poder Judiciário brasileiro – que comungam deste mesmo entendimento, como:

HABEAS CORPUS - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO *DUE PROCESS OF LAW* COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) - O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO *DUE PROCESS* □ INTERROGATÓRIO JUDICIAL - NATUREZA JURÍDICA - MEIO DE DEFESA DO ACUSADO - POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS FORMULAR REPERGUNTAS AOS DEMAIS CO-RÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS SE MOSTRAREM COLIDENTES - PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA - PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO) MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - PEDIDO DEFERIDO. A ESSENCIALIDADE DO POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE SE QUALIFICA COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA PRÓPRIA PERSECUTIO CRIMINIS.

[...]

O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU. - Em sede de persecução penal, o interroga-

tório judicial - notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 - qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes.

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UM DOS LITISCONSORTES PENAISS PASSIVOS, INVOCANDO A GARANTIA DO DUE PROCESS OF LAW, VER ASSEGURADO O SEU DIREITO DE FORMULAR REPERGUNTAS AOS CO-RÉUS, QUANDO DO RESPECTIVO INTERROGATÓRIO JUDICIAL. - Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito - fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e IV) - de formular reperguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedente do STF. (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Conforme se demonstrará, o entendimento aqui defendido traz repercussões práticas quanto ao âmbito de incidência da garantia contra a autoincriminação.

3. Direito de não produzir prova contra si mesmo? (O privilégio da não autoincriminação como regra direcionada exclusivamente ao interrogatório)

Em um Estado Democrático de Direito, o respeito às garantias processuais (entre as quais o contraditório, a ampla defesa e a inadmissão das provas ilícitas) tem um valor fundamental. Se é certo que existe dever de o juiz buscar a verdade dos fatos a fim de averiguar as circunstâncias de-

litivas e comprovar o cometimento dos crimes, não é menos certo que o exercício de tal dever está limitado pelas garantias constitucionais que protegem o acusado. A busca da verdade não pode implicar sacrifício dos direitos fundamentais; e a presunção de inocência só pode ser afastada por meio de uma atividade probatória que respeite estes mesmos direitos. Assim, e em consonância com o disposto no art. 157 do Código de Processo Penal (segundo o qual “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”), a violação de qualquer dos direitos fundamentais implica a necessária nulidade dos atos praticados e a proibição da prova obtida com infração a essas garantias.

Vê-se, portanto, que é justamente no processo penal (sobretudo em sua fase instrutória) que os direitos fundamentais se encontram em maior tensão com os fins do processo (ARRIETA, 1998, p. 68). Assim, é essencial perquirir o alcance destes direitos (no presente estudo, especialmente o do direito à não autoincriminação).

A indagação que se apresenta como mais relevante é a de se o acusado tem o dever de colaborar com a acusação para a obtenção da verdade – e, em consequência, se está obrigado a se submeter a meios de prova de possível alcance autoincriminatório. Como se demonstrará, a resposta a este questionamento deve ser afirmativa, já que o privilégio da não autoincriminação é, claramente, uma garantia direcionada ao interrogatório. Não deixam dúvidas a esse respeito os já citados art. 5º, LXIII, CRFB (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”) e art. 186, caput, CPP (“Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu

direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”): tais dispositivos demonstram claramente que, conforme consagrado em nosso ordenamento jurídico, o direito ao silêncio conforma o conteúdo do privilégio contra a autoincriminação. Assim, a garantia em comento é direcionada ao interrogatório: deve abarcar apenas o âmbito defensivo e não o probatório.

Conforme já se comentou, a maior parte da doutrina e da jurisprudência nacionais ampliou indevidamente o princípio do *nemo tenetur se detegere*, aplicando-o às provas em casos criminais. Segundo Marcelo Schirmer Albuquerque, essa interpretação extremamente elástica da garantia ocorreu, sobretudo, pós-ditadura no Brasil: depois de vivenciar o trauma do autoritarismo e dos abusos perpetrados durante o período antidemocrático, grande parte da doutrina e da jurisprudência conferiu interpretação demasiadamente extensa ao princípio, lendo-o como assegurador de uma suposta imunidade plena contra a atividade instrutória do Estado (ALBUQUERQUE, 2008, p. 38). A partir de então, não raro se invoca o “direito de não produzir prova contra si mesmo” (sem base normativa expressa em ordenamento – a não ser no Código de Processo Penal Militar) como óbice à participação do acusado em diligências probatórias. Construiu-se, assim, um perigoso *slogan*, o qual representa um nefasto escudo de impunidade. Marcelo Schirmer (2008, p. 38) convida, então, a uma releitura da garantia, sob o argumento de que “basta alguma dose de boa vontade para que se perceba que ela comporta uma interpretação bem mais restrita, mas, ao mesmo tempo, bem mais adequada às finalidades institucionais do processo”. Por sua vez, Sérgio Moro aduz:

A colheita de material biológico para exame genético em processos criminais constitui prova cuja relevância não

pode ser subestimada.

[...]

Deve ser afastado como óbice a velha máxima latina de que ‘ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo’. Como foi demonstrado, não existe base normativa para um direito genérico da espécie, resguardando a Constituição e a lei apenas o direito ao silêncio. Não há, como também demonstrado, argumentos jurídicos, históricos, morais e mesmo de Direito Comparado que autorizem a ampliação do direito ao silêncio para um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. A invocação de pretensão de direito da espécie pela doutrina e jurisprudência brasileiras é mais fruto do poder de um *slogan* do que de uma robusta argumentação jurídica. (MORO, 2006, p. 440-441).

No Direito Comparado, também se desenha a polêmica em torno da aplicação do privilégio contra a autoincriminação. Todavia, a alusão habitual é à do direito ao silêncio, direcionado ao interrogatório, e não a um genérico direito de não produzir prova contra si mesmo. Nesse sentido, a doutrina unânime do Tribunal Constitucional espanhol afirma que os direitos a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado não impedem a sujeição dos cidadãos a medidas que, teoricamente, iriam afrontá-los, como o dever de submissão ao teste de alcoolemia e de o contribuinte exibir documentos comprobatórios de sua situação econômica perante o Fisco:

[...] el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable no se vulnera cuando el ciudadano tiene que cumplir los siguientes deberes:

- El deber de tolerar que se le someta a una especie de pericia técnica, como lo es el “test de alcoholemia”. En este caso, no se le obliga a emitir una declaración que exteriorice

rice un contenido, admitiendo su culpabilidad, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24 CE. [SSTC 76/1990, de 26 de abril (f. j. 10º); 145/1987, de 23 de septiembre (f. j. 2º); 103/1985, de 5 de noviembre (f. j. 3º)]

- El deber de aportar o exhibir los documentos contables pertinentes acreditativos de su situación económica y financiera ante la Administración tributaria. Al igual que sucede en el caso anterior, aquí el contribuyente no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad. Así, la exhibición de documentos contables no puede considerarse como una declaración de culpabilidad. [SSTC 76/1990, de 26 de abril (f. j. 10º); 110/1984, de 26 de noviembre (f. j. 2º)]

- Por último, el deber del titular de un vehículo, cuando sea debidamente requerido para ello, de identificar al conductor responsable de una ilicitud cometida con su vehículo, no puede considerarse atentatorio a los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. [SSTC 20/1996, de 12 de febrero (f. j. 2º); 8/1996, de 29 de enero (f. j. único); 197/1995, de 21 de diciembre (f. j. 2º)] (PICÓ I JUNOY, 1997, p. 153-154).

O mesmo entendimento foi adotado diversas vezes pela Suprema Corte norte-americana, a qual, em consonância com a disposição literal da Quinta Emenda à Constituição, demonstrou, em diversos julgados, que o privilégio contra a autoincriminação se restringe ao direito ao silêncio. Cite-se o julgamento do caso *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966)⁵, o qual teve grande importância na fixação dos contornos da garantia nos Estados Unidos. Em decisão tomada por cinco

5 Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/case.html>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

votos contra quatro, a Suprema Corte norte-americana reafirmou a alegação de que extrair sangue sem o consentimento do indivíduo, a fim de comprovar a direção em estado de embriaguez, infringia o mencionado privilégio. Ademais, foi corroborado o entendimento de que esta garantia compreende exclusivamente o direito de não ser coagido a fornecer manifestações de natureza comunicativa (como declarações ou depoimentos, tanto orais como escritos).

Também no caso *Fisher v. USA*, 425 U.S. 391 (96 S.Ct. 1569, 48 L.Ed.2d 39), 1976, a Suprema Corte deixou claro que a Quinta Emenda só tem o condão de resguardar o acusado contra declarações verbais de natureza autoincriminatória, não proibindo, pois, a produção compulsória de toda espécie de prova incriminatória. Assim, não se pode utilizar o privilégio como fundamento da recusa em entregar amostras de sangue, de voz ou de material grafotécnico no curso do processo penal⁶.

Na esteira da decisão da Suprema Corte estadunidense caminham as seguintes considerações de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Direito ao silêncio é direito a permanecer calado, direito a não ser obrigado a depor – nos países em que não existe o interrogatório como meio de defesa – e que tem por objetivo e por justificativa a proteção da integridade física e psíquica do acusado relativa à obtenção forçada de seu depoimento, de sua personalidade e dignidade, e, além disso, o exercício de um certo controle da atividade judicante, impedindo que se construam certezas judiciais com base exclusivamente na atuação passiva do réu. [...] Do ponto de vista de uma leitura rigorosamente *interpretativa* de

⁶ Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/425/391>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

nossa ordem constitucional, não temos dúvida em afirmar que o direito ao silêncio não está estruturado para outras finalidades. Nesse ponto, convergimos para o tratamento da questão pelo Direito norte-americano, que confere ao direito à não autoincriminação um caráter exclusivamente *testemunhal*. (OLIVEIRA, 2004, p. 211-212).

Em outra obra, elaborada junto com Douglas Fischer, Paccellicorroborra o entendimento de que a leitura que a doutrina e a jurisprudência majoritárias dão ao direito ao silêncio é demasiadamente elástica:

A garantia do direito ao silêncio, [...], reafirma a necessidade de controle racional das decisões judiciais, de modo a impedir que o órgão julgador se valha do silêncio ou da negativa de respostas às perguntas como critério de certeza ou de convencimento judicial.

[...]

O que não se pode afirmar, ao contrário do que se canta por aqui em verso e prosa, é que o acusado teria o direito a não participar de qualquer medida probatória – contra si – bastando assim desejar. Não existe esse direito. Nem aqui e nem em lugar nenhum dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, incluindo os Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos. O que se garante, junto ao direito ao silêncio, é a proteção efetiva do acusado contra ações lesivas aos mencionados direitos individuais (integridade física, psíquica, etc.).

Exatamente por isso, pode o Estado conduzir coercitivamente o acusado à audiência de instrução e julgamento, quando houver a necessidade de reconhecimento de pessoa, na produção de prova testemunhal (art. 260, segunda parte, CPP). Evidentemente, o dispositivo não se aplica ao interrogatório, visto tratar-se de meio de defesa, a critério exclusivo da defesa.

Pensamos também não haver qualquer mácula na exigência de submissão ao conhecido *bafômetro*, na medida em que

aludida providência – abstratamente – não afeta direitos subjetivos, ao menos na intensidade que devam merecer proteção. [...].

De se ver, no ponto, que o direito brasileiro não contempla muitas hipóteses de intervenção corporal ou de medidas invasivas na pessoa do réu. Além da coleta de material grafotécnico, para a respectiva prova pericial (art. 174, CPP), há a previsão do bafômetro (Lei 9.503/97, art. 277) e a da identificação criminal (Lei 12.037/09). Fora daí, a exigência de outras medidas violarão o princípio da reserva legal (art. 5º); jamais, porém, um suposto e alargado direito à não auto-incriminação, incompatível, aliás, com a evolução do *nemo tenetur se detegere*. (PACELLI, 2010, p. 371-379).

Se se considera o interrogatório como meio de defesa, a percepção é de que isso se relaciona estreitamente à plena garantia do direito ao silêncio.

Do direito ao silêncio, consagrado em nível constitucional, decorre logicamente a concepção do interrogatório como meio de defesa. Se o acusado pode calar-se, não mais é possível forçá-lo a falar, nem mesmo por intermédio de pressões indiretas, é evidente que o interrogatório não pode mais ser considerado ‘meio de prova’, não é mais pré-ordenado à colheita de prova, não visa *ad veritatem quaerendam*. Serve, sim, como meio de autodefesa. (GRINOVER, 2005, p. 185).

Por ser oportunidade para o exercício da autodefesa, o interrogatório é fase processual em que aflora a parcialidade – e assim deve ser. Portanto, nada mais coerente e adequado do que a incidência do direito ao silêncio neste momento do processo penal, ao passo que a fase probatória deve ser permeada, ao máximo, pela imparcialidade, a fim de que a convicção do julgador seja conformada da forma menos tendenciosa possível.

4. Implicações práticas

Sob o argumento de que “ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo”, muitos suspeitos, indiciados e acusados se recusam a se submeter à realização destas provas. A falta de legislação específica a respeito de tal hipótese – proibindo a produção desse tipo de prova ou autorizando sua compulsoriedade – conduz a um terreno em que as opiniões doutrinárias são divergentes, abrindo-se espaço a debates e a polêmicas.

O debate se torna particularmente delicado quando diz respeito às medidas de intervenção corporal, por envolver, por um lado, direitos constitucionais (à intimidade, à dignidade, à integridade física e moral, à privacidade, à liberdade...) e, por outro, relevantes interesses sociais – como a luta eficaz contra o tráfico de drogas (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 1990, p. 285).

As consequências que podem advir da negativa e das possíveis alternativas a adotar remetem a um modo específico do exame de alcoolemia (popularmente conhecido como “teste do bafômetro”) e genericamente a outras provas que dependam da colaboração do acusado.

4.1. O teste de alcoolemia

Não se pode deixar de trazer à colação a alcoolemia, por ser tema de grande debate na atualidade midiática e jurídica⁷.

7 A esse respeito, aliás, não se deve ignorar o debate em torno da Lei Seca (Lei 11.705/08), deflagrado por Audiência Pública convocada pelo Ministro Luiz Fux, para debater a temática objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4103. Na ADI, a Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (Abrasel) questiona dispositivos da Lei 11.705/08, sobretudo a proibição da venda de bebidas alcoólicas à beira das rodovias federais ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia. Foi designado o mês de maio de 2012

A diligência, realizada por meio de “etilômetros”, consiste na análise do ar alveolar expirado, a fim de se constatar a taxa de álcool nele presente e, subsidiariamente, a dosagem alcoólica no sangue. Isto é possível porque, depois da ingestão, o álcool não sofre modificações químicas na corrente sanguínea. Devido à volatilidade da substância, parte dela atravessa as membranas dos alvéolos e atinge o ar exalado. Portanto, a taxa de álcool no ar alveolar se relaciona com a dosagem detectada pelo bafômetro. O indivíduo que se submete ao teste sopra moderada e continuamente por um bocal. Espera-se a passagem de determinado volume de ar e se começa a análise da presença de álcool no ar expirado. O ar inicial, que poderia sofrer influência de vestígios de álcool contidos na mucosa bucal, é desprezado. Com efeito, o ar analisado é aquele que provém das áreas mais internas do pulmão, refletindo de forma mais fidedigna a concentração sanguínea de álcool.

A submissão ao exame de dosagem alcoólica é prevista no art. 277, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB – Lei 9.503/1997) ao condutor de veículo automotor envolvido em acidente ou alvo de fiscalização de trânsito. A seu turno, o § 3º do mencionado dispositivo determina a aplicação das penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 do CTB ao condutor que se negar a submeter-se ao teste. As sanções aplicáveis, conforme a Lei 12.760/2012, seriam multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses, retenção do veículo e recolhimento do documento de habilitação.

para a realização da Audiência Pública. No sítio do Supremo Tribunal Federal na Internet pode-se ter acesso a variadas manifestações sobre o tema, nas quais são levantadas teses e se discutem muitos aspectos relacionados ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdin4103&pagina=principal>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

Por sua vez, o art. 306 do CTB criminaliza a conduta daquele que conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. A sanção cominada à conduta é a de detenção de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Conforme os incisos do § 1º do mencionado dispositivo, as condutas previstas no *caput* serão constatadas por: I – concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II – sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Conselho Nacional de Trânsito (Contran), alteração da capacidade psicomotora.

A redação do *caput* do art. 306, que em sua origem não previa a concentração de álcool (mas apenas que o motorista expusesse outros a dano potencial em razão da influência de álcool ou substâncias de efeitos análogos), foi alterada pela Lei 11.705/2008 (“Lei Seca”): a partir de então, a dosagem etílica (igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue) passou a integrar o tipo penal. Recentemente, com a Lei 12.760/2012, o *caput* do art. 306 foi novamente alterado, deixando de mencionar a dosagem alcoólica no sangue. Contudo, conforme o inciso I do § 1º do citado dispositivo trazido pela nova lei aduz a critérios objetivos para se constatar a embriaguez: concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar. Com esses parâmetros, evita-se, pois, uma apreciação subjetiva do policial ou do agente de trânsito.

Forte setor doutrinário representado por Luís Flávio Gomes levantou a bandeira da inconstitucionalidade do § 3º do art. 277, CTB. O principal argumento em prol da in-

constitucionalidade seria o de que o direito de não produzir provas contra si mesmo é uma garantia constitucional, e “quando alguém exercita um direito (direito de não autoincriminação) não pode sofrer qualquer tipo de sanção” (GOMES, 2008).

Conforme já demonstrado, não é correto nem adequado considerar que a Constituição abarque o genérico direito de não produzir provas contra si mesmo. É certo que ela consagra o privilégio da não autoincriminação, ao estabelecer o direito ao silêncio. Todavia, essa regra aborda apenas as manifestações de natureza comunicativa (direcionada exclusivamente ao interrogatório). A esse respeito, é oportuna a lição de Sérgio Moro:

A CF/88 garante, em seu art. 5º, LXIII, expressamente o “direito ao silêncio”, o que abrange, *prima facie*, a proibição de extrair compulsoriamente do acusado informações verbais de fatos que possam incriminá-lo.

Já o Código de Processo Penal (CPP) contempla o mesmo direito ao silêncio em seu art. 186. Não há nele direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. Rigorosamente, a letra do art. 260 do CPP sugere que o investigado ou acusado pode ser compelido a participar de diligência probatória que exige a sua participação.

Pretendessem o constituinte ou o legislador direito genérico de não produzir prova contra si mesmo, é de se presumir que inseririam no texto constitucional ou legal norma expressa nesse sentido. (MORO, 2006, p. 432).

O mesmo posicionamento esposado pelo Tribunal Constitucional espanhol em suas STC 103/85, de 4 de outubro, e 161/1197, de 2 de outubro, segundo as quais o dever de submissão ao controle de alcoolemia não pode ser considerado ofensivo aos direitos a não declarar, a não declarar contra si

mesmo e a não se confessar culpado, pois não se obriga o investigado a realizar uma atividade que exteriorize um conteúdo, admitindo sua culpabilidade, mas sim a que tolere ser objeto de uma especial modalidade de perícia, exigindo-lhe uma colaboração não equiparável à declaração contida no âmbito do direito ao silêncio (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 1990, p. 295), é o do jurista mineiro José Barcelos de Souza. Segundo o autor,

[...] tem sido dada uma incabível elasticidade à norma constitucional sobre o direito de permanecer calado, no sentido de que ela isentaria o réu de colaborar para a formação de prova contra si. Ficaria, assim, a seu alvedrio fornecer para fins de exames padrões gráficos ou vocais, amostras de sangue ou saliva, impressões digitais, etc. Dar uma soprada no etilômetro, também só se quisesse.

Tem-se, para tanto, invocado o aforismo *nemo se detegere tenetur* (isto é, ninguém é obrigado a revelar-se). Mas dito postulado só é agasalhado pela Constituição naquele mencionado aspecto de direito ao silêncio, que foi e é uma necessidade para coibir uma tendência de arrancar confissões, que se extorquiam até de inocentes. Prejudicar a obtenção de provas, porém, sem ferir direitos fundamentais, só servirá para favorecer a impunidade. (SOUZA, 2005).

Vale dizer, também, que a liberdade consagrada na Constituição por meio do art. 5º, LXIII, não pode ser usada como amparo à prática de ilícitos. Não há liberdade pública absoluta, sobretudo quando conflita com direitos de extrema relevância: a vida, a dignidade da pessoa humana, a segurança no tráfico. Na lição de Alexandre de Moraes:

[...] aqueles que ao praticarem atos ilícitos inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa

humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado. (MORAES, 1999, p. 119).

A própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que consagra a já comentada garantia contra a autoincriminação, prevê esta relatividade dos direitos e das liberdades individuais, além da existência de deveres sociais, impostos a todos os que convivem em uma sociedade democrática. A este respeito, merece transcrição o art. 32 (Correlação entre deveres e direitos): “1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”⁸.

Ademais, deve-se ressaltar que, tendo em vista que a dosagem etílica serve de parâmetro para a constatação da conduta prevista no tipo penal do art. 306, CTB, a prova técnica é determinante para a persecução penal. Embora a conduta típica também possa ser constatada por “sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora” (a teor do disposto no § 1º, inciso II do art. 306, CTB), considerar que o indivíduo não pode ser obrigado a se submeter ao teste do bafômetro seria tornar inócuo o tipo legal em comento e andar na contramão do escopo legislativo, tornando a Lei 12.760/2012 mais benéfica àqueles que conjugam direção e bebida.

Além do brocardo de que “ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo”, outro argumento que se levanta contrariamente à obrigatoriedade do bafômetro é o de que ela violaria a liberdade de locomoção, pois sujeita o suspei-

8 Texto integral da Convenção disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2013.

to, por determinado período, a restrições em seu direito de se locomover. Contudo, tal alegação não merece prosperar, pois a limitação da liberdade em leve magnitude encontra respaldo em ordenamento. Afinal, se a Constituição não veda a condução coercitiva do réu para o reconhecimento nem a da testemunha para prestar depoimento (possibilidades também legitimadas pelo CPP, artigos 260, *caput*, e 461, §1º, respectivamente), é incoerente pensar que vedaria leve e transitória restrição da liberdade do indivíduo para submetê-lo ao teste de alcoolemia.

Há, ainda, o argumento de que a compulsoriedade do bafômetro violaria a intimidade, a qual também é consagrada constitucionalmente como um direito fundamental. Todavia, o direito à intimidade tampouco é absoluto: pode ceder, em certas situações, a exigências públicas previstas em lei e relacionadas ao interesse da coletividade. O interesse individual não se pode sobrepor ao social para inviabilizar a persecução penal; não há direito que garanta ao indivíduo recusar-se a submeter ao teste por ter consciência de que se encontra alcoolizado.

Refutam-se também outras duas alegações: a de que a imposição do bafômetro fere o direito à integridade física (afinal, trata-se de uma intervenção corporal de caráter leve, admissível em atenção ao princípio da proporcionalidade) e a de que violaria a presunção de inocência. Para repelir este último argumento, pode-se considerar que a presunção de inocência não resta prejudicada, haja vista que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CRFB). Ademais, por óbvio, ao réu não será suprimida a oportunidade de contraditório; e, se a prova for determinante para a condenação, ele deverá ser informado de que tem direito a posterior análise sanguínea.

A obrigatoriedade do bafômetro atende ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a medida é adequada (pois é eficaz para reduzir a criminalidade de trânsito), necessária (não existe outro mecanismo mais eficaz para a solução do problema) e proporcional em sentido estrito (as vantagens superam qualquer insignificante lesão causada pela obrigatoriedade do uso do bafômetro). (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 43-44).

O que foi exposto revela a constitucionalidade da obrigatoriedade de submissão ao bafômetro. Assim, a recusa ao teste poderá constituir fato típico do crime de desobediência (art. 330 do Código Penal Brasileiro), punido com pena de detenção, de quinze dias a seis meses, e multa. Sobre o delito de desobediência, Luiz Regis Prado ensina:

[...] o bem jurídico tutelado aqui é o normal funcionamento da Administração Pública, com o escopo especial de assegurar o seu prestígio e a garantia da potestade estatal, que não podem ser vilipendiados, sob pena de esta última ficar obstada no cumprimento de sua ampla atividade, que se direciona, em última análise, a atender os interesses dos cidadãos individual e coletivamente considerados. (PRADO, 2010, p. 512).

Com efeito, diante de ordem legal de agente público competente que determina a submissão do condutor ao teste de alcoolemia (art. 277, CTB), a recusa do particular configura uma forma passiva de resistência criminosa, amoldando-se ao tipo legal do art. 330, CP.

Contudo, é de se notar que a pena cominada ao delito de desobediência (detenção, de quinze dias a seis meses, e multa) é mais benéfica do que a do art. 306 do CTB (detenção de seis meses a três anos). Isso pode fazer com que seja ineficaz

subsumir a negativa à submissão ao bafômetro à figura típica da desobediência: ao sujeito que ingeriu bebida alcoólica pode ser mais proveitoso recusar-se a submeter ao teste de alcoolemia, ainda que sob o risco de ser acusado do delito de desobediência.

Diante do exposto, buscam-se alternativas. O recurso ao Direito Comparado é instrumento de grande interesse para se encontrarem soluções.

Alguns países tipificam expressa e especificamente a recusa à submissão ao bafômetro, o que permite uma adequação entre a pena relativa à recusa e a pena atribuída ao crime de trânsito.

A legislação espanhola não deixa dúvidas quanto à tipicidade da negativa em se submeter ao exame de alcoolemia, pois sanciona expressamente tal conduta (tipificada como um delito de desobediência à autoridade) com uma pena privativa de liberdade de seis meses a um ano, além da privação do direito de conduzir veículos automotores e ciclomotores por um tempo superior a um ano e inferior a quatro anos (art. 383 do Código Penal espanhol⁹).

Segundo o Tribunal Constitucional espanhol, o teste de alcoolemia é uma prova pericial capaz de destruir a presunção de inocência desde que respeitados os seguintes requisitos: possibilidade de o teste ser analisado e complementado no

9 Texto original: Art. 383 “El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.” Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/1o10-1995.l2t17.html#a380>. Acesso em: 16 ago. 2013.

curso do processo, a fim de que se respeitem o contraditório e a oralidade, e informação ao interessado, durante a realização do teste, de seu direito a repetir a prova por meio de um exame clínico em um centro sanitário (PICÓ I JUNOY, 1997, p. 161). Não se dá ao sujeito a possibilidade de se recusar ao teste.

Na França, o capítulo 4 do *Code de la Route* trata da condução de veículos automotores sob efeito do álcool¹⁰. Seu art. L234-8, I, incrimina a recusa do motorista a se submeter ao teste do etilômetro, sancionando a negativa com uma pena de dois anos de prisão e multa. Ademais, o Decreto 284, de 28 de fevereiro de 2012, determina a obrigatoriedade de os condutores de veículo automotor possuírem em seus carros, a partir de 1º de julho do mesmo ano, um etilômetro não usado, válido e prontamente disponível. O desrespeito à norma implica, desde 1º de novembro de 2012, multa de 11 euros¹¹.

Na Inglaterra, o *Road Traffic Act* – seção 6 – também é expresso ao considerar crime a recusa injustificada a cooperar com o teste preliminar para dosagem alcoólica.

Os dados revelam, portanto, que o fato de um país reconhecer o direito ao silêncio não implica a previsão de um genérico e irrestrito direito de não produzir provas contra si mesmo. Com efeito, não configuram uma antinomia no ordenamento jurídico os atos de consagrar normativamen-

10 Disponível na Internet: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=1B3153013B8863BE3CB850BC43D495EB.tpdjo04v_1?idSectionTA=LEGISC TA000006159521&cidTexte=LEGITEXT000006074228&dateTexte=20120611>. Acesso em: 16 ago. 2013.

11 Conferir, a respeito: *FAQ sur l'obligation de posséder un éthylotest à bord des véhicules terrestres à moteur*. Disponível em: <http://www.securite routi ere.gouv.fr/article.php3?id_article=4076>. Acesso em: 11 jun. 2012.

te o privilégio contra a autoincriminação, por um lado, e criminalizar a recusa a se submeter ao teste de alcoolemia, por outro.

4.2. Outras provas que dependam da colaboração do acusado

Imprescindível em muitos casos para a obtenção de prova, a colaboração do acusado pode ser determinante para a investigação penal. Um exemplo claro é a identificação do material genético do acusado no corpo da vítima no caso de crimes violentos por meio do exame de DNA. Ainda que não esteja isento da possibilidade de equívocos, a margem de erro é insignificante em face de resultados bastante seguros.

Com efeito, o interesse público na persecução e no combate aos crimes (especialmente no que diz respeito a delitos de grande repercussão social, como o tráfico de drogas) justifica e torna necessária a existência de instrumentos estatais eficazes à investigação penal, entre eles os de intervenção corporal, que para González-Cuéllar Serrano (1990, p. 308) são medidas idôneas para investigar qualquer circunstância relevante para o processo: as condições ou o estado físico ou psíquico da pessoa (investigação corporal) ou encontrar objetos escondidos na superfície ou nas cavidades naturais do corpo (registro corporal).

No Brasil, o tema gera polêmicas devido à inexistência tanto de norma que proíba como de norma autorizadora de produção compulsória desse tipo de prova. Ademais, alega-se que as intervenções corporais supostamente violariam a garantia do *nemo tenetur se detegere*. Todavia, conforme já demonstrado à sociedade, exigir a contribuição do suspeito para a produção de determinada prova não fere o direito ao silêncio nem é imposição incoerente com o devido processo legal.

Na jurisprudência e na doutrina inglesas e norte-americanas a obtenção de mostras corporais se encontra excluída do âmbito do privilégio à não autoincriminação. Na Espanha, Asencio Mellado (1986, p. 33-ss) também se pronuncia a favor do dever de suportar passivamente tais intervenções. Segundo o autor, se assim não fosse, o processo penal se poderia tornar totalmente ineficaz no caso concreto, e as vítimas permaneceriam indefesas. No que diz respeito à doutrina brasileira, a lição de Sérgio Moro merece transcrição:

Não se pode do nada exigir que alguém assuma a condição de seu próprio acusador. Apenas se ressalva desses princípios a possibilidade pontual de exigir que o acusado colabore na produção probatória, inclusive produzindo prova não comunicativa contra si mesmo, quando o concurso de sua ação se faz necessário, ou seja, quando a alternativa seria a não produção da prova relevante. Assim, por exemplo, apenas o acusado pode fornecer amostras de seu sangue ou material grafotécnico. Em hipóteses semelhantes, exige-se o concurso da ação do acusado, podendo ele ser compelido, pela ameaça ou aplicação de sanções legais, para colaborar, sem que haja comprometimento, como no caso das confissões, da qualidade da prova. Isso está longe de caracterizar uma inversão total dos princípios do sistema acusatório. (MORO, 2006, p. 437).

O principal argumento contrário à compulsoriedade das medidas de intervenção corporal faz alusão à ofensa a direitos constitucionais: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a integridade física e a vedação à tortura e a tratamentos desumanos e degradantes (art. 5º, III); a intimidade e a privacidade (art. 5º, X); a liberdade (art. 5º, XV e LIV); o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII). Todavia, conforme se verá, tais garantias individuais não são obstáculos intransponíveis, por não serem absolutas: é constitucionalmente admissível exi-

gir a colaboração do acusado na produção de determinadas provas, desde que respeitados alguns parâmetros.

Contra a alegação de que as medidas de intervenção corporal transformam o acusado em “objeto de prova” e provocam um retrocesso ao sistema inquisitório, Carlos Haddad (2007, p. 239) lembra que o fato de o réu se tornar objeto de exames é característica necessária ao processo penal e, por si só, não retira sua posição de sujeito processual. Vale citar, como exemplo, a possibilidade que o CPP abarca de se realizar busca pessoal sobre o acusado sempre que houver suspeita fundada de que esteja ocultando arma proibida ou objetos relacionados ao crime.

Cabe ressaltar, também, que a persecução penal tem por escopo proteger direitos ou interesses fundamentais, na medida em que a finalidade basilar do processo penal é sancionar condutas que violam os bens jurídicos mais caros à sociedade. Na consecução deste objetivo, o interesse público pode autorizar certa mitigação de direitos individuais, cujo exemplo mais ilustrativo é a possibilidade da privação da liberdade, desde que respeitados os requisitos legais. Ademais, conforme salienta Haddad (2007, p. 227), durante o processo também é possível, entre outras restrições de direitos fundamentais, proceder-se à quebra dos sigilos bancário e fiscal do acusado, sujeitá-lo ao reconhecimento pela vítima (mesmo sem o seu consentimento), revistar suas vestes e seu domicílio, conduzi-lo coercitivamente para audiências. Portanto, assim como a liberdade de locomoção não é um direito absoluto, também não o são outras garantias constitucionais, como a intimidade e a privacidade, as quais podem ser limitadas por meio de lei, a fim de se proteger o interesse público.

Logicamente, da mesma forma que o conceito de “devido processo legal” exige que haja justa causa para a persecução penal, as medidas investigativas que dependam da colaboração do acusado também devem ser justificadas. Assim, por exemplo, a necessidade de que o acusado se submeta a exame de DNA deve ser demonstrada, provando-se, ao menos, existirem indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas.

Com efeito, diante do conflito de interesses em jogo (choque entre direitos individuais e o interesse público), é indispensável buscar o ponto de equilíbrio entre dois extremos: o que considera o acusado como simples “objeto de prova” e o que lhe reconhece garantias fundamentais absolutas, ignorando a importância que certas medidas de ingerência corporal podem desempenhar na proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade. Este equilíbrio é encontrado por muitas legislações estrangeiras, as quais, embora consagram o princípio da não autoincriminação e considerem o réu como um sujeito de direitos (e não como mero objeto), preveem situações em que ele deve suportar certas intervenções corporais. É o que ocorre, por exemplo, na Espanha (país em que estão reguladas as intervenções para obtenção do perfil genético do suspeito)¹² e em Portugal¹³.

12 O artigo 363 da Ley de Enjuiciamiento Criminal permite ao juiz instrutor determinar, motivadamente, a obtenção de mostras biológicas do suspeito, desde que respeite os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Texto original do dispositivo legal: “Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.” Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.12t5.html#a363>. Acesso em: 16 ago. 2013.

13 O art. 172 do Código de Processo Penal português determina que “os exames

Obviamente, é preciso observar alguns limites para exigir a participação do acusado na produção de provas, porque uma persecução penal incondicionada, que busca a obtenção de uma “verdade real” a todo custo, não corresponde ao interesse social. Assim, demonstrado que as medidas de intervenção corporal não ofendem a garantia do *nemo tenetur se detegere*, alguns requisitos podem ser enumerados para validar a obtenção desta modalidade de provas:

a) Necessidade de regulação legal, haja vista que se trata de restrição a direitos fundamentais. A norma deve detalhar quais são as intervenções admissíveis, seus requisitos, as condições em que serão realizadas, assim como os direitos e prerrogativas do réu. Obviamente, a lei deverá ser coerente com os postulados constitucionais.

b) Estrita observância do princípio da proporcionalidade. Aqui se ponderam os interesses em conflito: em um polo, os interesses individuais do acusado; no outro, o interesse estatal na persecução penal. Deve-se questionar se o sacrifício dos direitos individuais que resulta da medida é proporcional à envergadura da finalidade estatal que se pretende salvaguardar dentro de alguns critérios norteadores, como a existência de indícios em relação ao acusado, a gravidade da pena, o bem jurídico protegido, a repercussão social causada pelo delito. Ademais, diante de um número plural de possibilidades ou formas de intervenção, deve-se adotar a que seja menos lesiva ou menos invasiva ao acusado, rechaçando-se, em todo caso, aquelas que representem tratamento desumano ou degradante.

susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter”. Legislação disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao>. Acesso em: 16 ago. 2013.

c) Ausência de riscos à saúde (circunstância que deve ser apreciada com o auxílio de peritos, se necessário, tomando em consideração o estado físico e a constituição corporal do afetado – se uma mulher está grávida, por exemplo, não deve ser submetida a exame radiológico e, da mesma forma, se o réu for hemofílico e a coleta de sangue implicar risco de hemorragia, este método não deve ser adotado). São aceitáveis apenas as intervenções que afetem de forma tênue o direito à integridade física (leves intromissões no corpo). Assim, afasta-se a possibilidade de caracterização do delito de lesão corporal, porque não se configurará seqüela ou sofrimento físico considerável. Logicamente, seriam intoleráveis as medidas que exigem anestesiá-lo, as que impliquem fortes dores ou transtornos transitórios à saúde, e também – e com maior razão – as que têm como objetivo submetê-lo a interrogatório.

d) Realização por profissional de saúde, conforme a *lex artis* e em ambiente sob normais condições de assepsia.

e) Idoneidade da medida: A adequação objetiva indica que a intervenção serve objetivamente para provar os fatos que constituem objeto do processo (ARRIETA, 1998, p. 76); e a subjetiva significa que a medida deve recair apenas no sujeito sobre o qual haja suspeitas fundadas. Este requisito envolve tanto a probabilidade de seu êxito como o fato de o crime, por sua complexidade, exigir perícia técnica para ser comprovado.

f) Razoáveis indícios de autoria e materialidade delitivas. Aqui se insere a necessidade de individualização da medida. Não seria legítima, portanto, a investigação corporal de todas as pessoas que transitam pelas alfândegas aeroportuárias a fim de averiguar se carregam ou não drogas no interior de seu corpo. Da mesma maneira, seria inadmissível

vel todo tipo de exame que não se baseasse em suspeitas racionalmente fundadas, senão em impressões pessoais do agente público (provocadas, por exemplo, por seu aspecto físico ou por sua condição social).

g) Submissão da medida a controle judicial (inclusive nos casos de urgência, hipóteses nas quais o controle deverá ser feito posteriormente). Quer isto significar que a prova deve ser adotada por um órgão jurisdicional, no âmbito de um processo penal. Assim, a autoridade judicial valorará a necessidade da prova para a elucidação dos fatos. Este requisito envolve, ainda, a necessidade de motivação (se toda decisão judicial deve ser fundamentada – conforme dispõe o art. 93, IX, CRFB –, com muito mais razão devem ser motivadas as decisões que impliquem limitações a direitos fundamentais). A motivação, além de propiciar o controle da legalidade dos atos judiciais, evita a arbitrariedade e garante a legitimidade das decisões perante o corpo social.

Se respeitadas as exigências expostas, restará protegida a integridade física e mental do acusado, bem como sua dignidade e sua capacidade de autodeterminação. Com efeito, reputam-se perfeitamente admissíveis, sob essas condições, as diligências que requeiram a colaboração do réu. Conforme assevera Joel Tovil:

O *nemo tenetur se detegere*, porém, não pode ser tido como direito absoluto. Muitas vezes, haverá de ser atenuado, via ponderação de valores, se e quando entram em conflito com outros bens jurídicos igualmente relevantes, tais como, v.g., os direitos à liberdade e à vida.

[...]

Assim, admitimos que, em casos de ocorrência de crimes graves, punidos com reclusão ou reputados hediondos, será possível, mediante decisão judicial fundamentada,

possa o juiz competente, se provocado pelo *dominus litis*, determinar que o acusado tolere passivamente a produção de alguma prova, que de outro modo não poderia ser realizada, como a coleta de sangue, saliva ou urina, desde que, evidentemente, não haja risco para sua integridade corporal, nem haja necessidade de prática de atos humilhantes. (TOVIL, 2008, p. 86).

Estabelecidos os requisitos necessários para a adoção de uma medida de intervenção corporal (lembrando que o consentimento do acusado não é um deles), restam as consequências jurídicas da negativa do réu em se submeter a elas, já que a recusa não estaria justificada se respeitados os parâmetros expostos. Com efeito, também aqui se defende, em princípio, a possibilidade de configuração do delito de desobediência, em face de ordem legal de agente público. No entanto, em relação ao teste de alcoolemia, essa solução seria insuficiente para os casos em que o delito investigado tenha pena superior a seis meses (pena máxima do delito de desobediência).

Enxergando que o delito de desobediência não resolve realmente o problema da execução das medidas de intervenção corporal, o doutrinador espanhol Díaz Cabiale (1998, p. 82) defende que a solução seria valorar a recusa como prova indicativa da comissão do delito. No mesmo sentido, aduz Eugênio Pacelli:

Pensamos que a única alternativa que se abre ao Estado, uma vez admitida a validade de suas disposições interventivas na pessoa do acusado, é a *valoração* desta recusa, por ocasião da formação do convencimento do juiz. Trata-se, mesmo, da conhecida *presunção* acerca da existência de um fato, ainda que não provado, mas estabelecida por dedução, a partir de outro fato, *não justificado racionalmente* (a recusa a um meio de prova legal que, compro-

vadamente, não ponha em risco a pessoa do acusado, em todas as dimensões de sua dignidade, já aqui especificadas). (PACELLI, 2005, p. 335).

Para esses autores, a recusa injustificada pode ser aproveitada contra o acusado, desde que fundamentadamente e em consonância com todo o conjunto probatório. Contudo, o Direito Processual Penal não trabalha com presunções ou pressuposições desfavoráveis ao réu, porquanto a sentença condenatória sempre exige prova cabal da ocorrência do crime e de sua autoria.

[...] estabelecer presunções desfavoráveis ao réu por não sujeitar-se à realização do exame de DNA equivale a extrair inferências negativas do completo silêncio durante o interrogatório. Nesse tópico, o processo penal chegou a um ponto em que não mais se pode condescender com retrocessos. O princípio da presunção de inocência impede o seu oposto, qual seja, que a presunção de culpabilidade resulte da recusa injustificada à submissão ao exame de DNA. Há o risco de a discricionariedade do juiz agudizar-se e culminar em condenações sustentadas exclusivamente sobre a recusa, fazendo do provérbio ‘quem não deve, não teme’ princípio jurídico interpretativo (HADDAD, 2007, p. 251).

Por sua vez, o também espanhol González-Cuéllar Serrano (1990, p. 296) sustenta que o único recurso eficaz diante da recusa do réu em se submeter às medidas de intervenção corporal seria admitir a possibilidade de aplicar a coação direta diante de sujeito que não contribui ativamente para a sua realização. Comunga-se tal opinião, desde que respeitada a reserva legal. Afinal, caso não se admita a sujeição coativa a estas modalidades de prova, a elucidação de determinados delitos restará fatalmente comprometida, e as técnicas probatórias empregadas no processo penal permanecerão

arcaicas e pouco esclarecedoras. Por óbvio, esta solução é mais adequada do que a apresentada anteriormente (valorar a recusa como presunção desfavorável ao réu), porquanto “o recurso às intervenções corporais compulsórias propicia maior segurança no julgamento através da apresentação de prova embasada em preceitos científicos irrefutáveis” (HAD-DAD, 2007, p. 253).

5. Conclusão

Exorbita o âmbito de proteção do direito ao silêncio toda decisão que proíba provas que exijam a colaboração do acusado (como exemplo, o bafômetro) sob o simplório e genérico argumento de que “ninguém é obrigado a produzir qualquer tipo de prova contra si mesmo”. Afinal, não se pode esquecer de que o Direito e o Processo Penal têm por escopo proteger direitos fundamentais e bens jurídicos caros à população. Conforme bem pontua González-Cuéllar Serrano (1990, p. 243), o interesse de persecução penal justifica a restrição dos direitos dos particulares no processo, pois a atuação dos órgãos do Estado se dirige à satisfação de outros direitos fundamentais e interesses constitucionalmente tuteláveis.

Nota-se, portanto, que o princípio da não autoincriminação não possui a amplitude que muitos estudiosos e juristas brasileiros defendem. A revisitação sobre seu alcance e seu conteúdo é um passo necessário para uma compreensão mais adequada de tal garantia. Neste intuito, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras podem oferecer grandes contribuições. Afinal, conforme se demonstrou, não há incompatibilidade entre se consagrar juridicamente, por um lado, o princípio contra a autoincriminação e, de outro, exigir a participação do acusado na produção de alguns meios de prova.

Em sede doutrinária, já se deu um primeiro passo a fim de melhor compreender a garantia. Contudo, faz-se necessária, também, uma reconstrução legislativa do princípio. Afinal, apesar de, no Brasil, não haver óbices constitucionais à realização do bafômetro e à de outras medidas de intervenção corporal, falta-lhe regulamentação (inexiste lei que regule as intervenções admissíveis, seus requisitos, a forma de execução e os tipos de crimes). Esta situação acaba abrindo espaço ao indesejado *non liquet*. Além de propor uma nova leitura do princípio contra a autoincriminação, reitere-se opinião favorável a uma regulação geral das medidas de intervenção corporal coativamente executáveis, em respeito ao princípio da legalidade.

6. Referências

AGUILERA DE PAZ, Enrique. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*. Madrid, 1924. vol. V.

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia da não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 157 p.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 205 p.

ARRIETA, Andrés Martínez. *La instrucción del sumario y las diligencias previas*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 1998. 328 p.

ASENCIO MELLADO, José María. La prueba de garantías constitucionales derivadas del art. 24.2 de la Constitución. *Poder Judicial*. Madri, n. 4, p. 33 ss, 1986.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 400 p.

BELING, Ernst. *Derecho procesal penal*. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943. 437 p.

BETTIOL, Giuseppe. *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*. Milão: Dott. A, Giuffré, 1936. 160 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 94.601, da Segunda Turma, Rel.: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 4 de agosto de 2009. *DJe*, 10 set. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jun. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 8. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 678 p.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei seca: acertos, equívocos, abusos e impunidade*. São Paulo, 4 jul. 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?s-tory=20080804114125256&mode=print>. Acesso em: 15 maio 2012.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: Collex, 1990. 352 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 185-200, mar.-abr. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed., rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 388 p.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. *Revista da EMERJ*: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 39, v. 10, p. 216-253, 2007.

_____. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005. 425 p.

_____. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 298 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 766 p.

MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 853, p. 429-441, nov. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1.070 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 5. ed., rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 742 p.

_____. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 237 p.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PÉREZ CRUZ MARTÍN, Agustín J. *El interrogatorio del acusado: reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*. Madri: Civitas-Thomson Reuters, 2011. 346 p.

PESSINA, Enrico. *Sommario di lezioni sul procedimento penale italiano*. 2. ed. Nápoles: Riccardo Marghieri di Gius, 1883. 213 p.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José María Bosch, 1997. 173 p.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed., rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio “nemo tenetur se detegere” e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. 462 p.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 938 p.

SILVA MELERO, Valentín. El interrogatorio del imputado. En: Tres comunicaciones al Tercer Congreso Internacional de Derecho Comparado de Londres, del 31 de julio al 5 de agosto de 1950. *Revista de derecho procesal*, Madrid, III, p. 402-404, 1950.

SOUZA, José Barcelos. “Bafômetro”, intervenções corporais e direitos fundamentais: parte II. *Jornal O Tempo*, Belo Horizonte, 29 mar. 2005. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_amanhecidas.aspx?cod=13201>. Acesso em: 6 jun. 2012.

TOVIL, Joel. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 22, p. 86-114, fev.-mar. 2008.

Artigo recebido em: 03/09/2013.

Artigo aprovado em: 01/07/2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20160049

307 - 335

Artigo

**CRIMES CONTRA CRIANÇAS
E ADOLESCENTES:
A NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO
COM O SISTEMA CRIMINAL**

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA

CRIMES CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: A NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO COM O SISTEMA CRIMINAL¹

CRIMES AGAINST CHILDREN AND TEENAGERS:
REQUIRED INTEGRATION WITH THE CRIMINAL SYSTEM

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
mpjadir@uol.com.br

RESUMO: O estudo defende a necessidade de que seja criada, em cada comarca, uma promotoria de justiça criminal especializada no combate aos crimes praticados contra crianças e adolescentes como uma das formas de proteção integral de seus direitos. Considerando que o Direito Penal visa proteger os bens jurídicos mais importantes das sociedades contemporâneas, a ausência de especialização criminal para proteger os novos direitos infantojuvenis constitui uma das causas concorrentes da impunidade judicial. A especialização é necessária ainda pelo fato de que as promotorias de justiça da infância e juventude, por não terem atribuição para atuar nos inquéritos policiais e processos criminais, não conseguem tornar eficaz o princípio da proteção integral e prioritária sempre que direitos infantojuvenis são lesados na esfera criminal. Assim, a criação de uma promotoria de justiça especializada na proteção dos direitos da juventude no âmbito criminal, com a necessária interlocução com as promotorias de justiça da infância e juventude, traduziria, sem dúvida, importante passo contra a impunidade e, ao mesmo tempo, fortaleceria a atuação do Ministério Público na luta pela integral e prioritária defesa dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, restaurando-se a insuficiente proteção outorgada pelo Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: infância; criminal; promotoria de justiça; ações penais, civis e administrativas; efetividade de direitos.

ABSTRACT: The study supports the need to be established in each county criminal justice prosecutors specialized in fighting crimes against children and adolescents, as a form of full protection of their rights. As the criminal law seeks to protect the legal interests most important of the contemporary societies, the lack of expertise criminal in attempt to protect the new rights for children and youth is one of the competing causes of judicial impunity. Specialization is still necessary because the prosecutor of justice for children and youth, for not awarding to work in Police investigations and criminal cases, when remain injured rights of children and youth at criminal sphere, it can not make effective the principle of full protection and priority. Then, the creation of an prosecution of justice specialized to protect the rights of youth in the criminal with the necessary dialogue with the prosecutorial justice of childhood and youth, no doubt translate important step against impunity and at the same time strengthen the performance of the Public Ministry in the struggle for priority and full fundamental rights of children and adolescents, restoring the insufficient protection afforded by criminal Law.

KEY WORDS: childhood; criminal; prosecution of justice; prosecutions; effectiveness of rights.

1 Artigo publicado na obra *Temas Avançados do Ministério Público*, org. Wagner Marteleto Filho e Marcus Paulo Queiroz Macêdo, Ed. Juspodivm, 2016, p. 579-594.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos históricos da defesa dos direitos infantojuvenis. 3. A defesa administrativa dos direitos juvenis. 4. A proteção civil dos direitos da infância e da juventude. 5. A proteção penal infantojuvenil. 5.1. Das dificuldades vivenciadas nas promotorias de justiça criminal. 6. A necessária criação da promotoria de justiça criminal especializada. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

O presente artigo defende a criação da promotoria de justiça criminal especializada para atuar, com exclusividade, nas ações e demais medidas de contenção dos ilícitos penais praticados contra crianças e adolescentes.

É notório que as penas privativas de liberdade eventualmente aplicadas na justiça criminal, mesmo se cumpridas, são medidas estatais insuficientes, se comparadas com o crescente número de atos criminosos denunciados nos disque-denúncias, na imprensa, nos órgãos policiais etc. Para se ter uma ideia da gravidade dos problemas, por estimativa, *no Brasil 165 crianças ou adolescentes sofrem abuso sexual por dia*, enquanto as sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado com real cumprimento não passam de 1% (um por cento) em relação aos casos denunciados perante os juízes e tribunais.

A proteção insuficiente do Direito Penal (MACHADO, 2008, p. 21) apoia-se em diversos fatores, entre os quais se destacam a falta de especialização dos integrantes do sistema de justiça, a ausência de investigações criminais consistentes e com conteúdo pericial razoável, o pouco conhecimento do sistema legislativo de proteção dos direitos de crianças e adolescentes e a insuficiente formação dos integrantes dos órgãos de segurança pública.

Também contribui para a impunidade penal a falta de integração operacional dentro do Ministério Público, pois as instâncias internas dificilmente dialogam na tentativa de unificação sistêmica de atuação ou pelo menos na utilização dos fundamentos probatórios administrativos e civis relativos aos mesmos fatos denunciados na esfera criminal. Ou seja, as promotorias de justiça da infância e juventude, as da justiça criminal e as promotorias de justiça que atuam perante as varas de família não possuem base e/ou espaço comum de integração operacional, seja preventiva ou repressiva, encontrando-se isoladas em seus respectivos contextos funcionais, devido à falta de estrutura interna unificadora das respectivas atuações.

Assim, no sentido de demonstrar a necessidade da implantação de uma promotoria de justiça especializada em direito criminal infantojuvenil, em primeiro lugar, será mostrado o funcionamento – inclusive as etapas históricas de construção – do sistema de proteção previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com as subdivisões administrativas e civis, que exigem a integração operacional das três esferas, uma vez que, de fato único, normalmente decorrem infrações penais, civis e administrativas.

Trata-se de um sistema protetivo com vários obstáculos para sua efetivação social, principalmente: o desconhecimento dos próprios integrantes dos sistemas de proteção social e de segurança pública; a falta de aplicação conjugada das regras e princípios civis, penais e administrativos; a falta de integração operacional da instituição encarregada da defesa da ordem jurídica nacional.

No desenvolvimento deste artigo, será focalizada a atuação do Ministério Público no controle externo da apuração de ilícitos penais contra crianças e adolescentes, a moderna

postura acusatória dentro do procedimento penal instaurado até a fase de execução das penas criminais aplicadas, procurando mostrar as vantagens do eixo centralizado na atuação institucional, com a melhor interlocução interna e a redução dos índices de impunidade e, acima de tudo, melhor proteção das vítimas infantojuvenis.

Em síntese, procurar-se-á demonstrar que a nova promotoria de justiça trará significativa economia de esforços humanos e de custos operacionais, maior centralização na atuação da instituição com a especialização de seus agentes, diminuição de posicionamentos internos conflitantes e, ao mesmo tempo, permitirá que a instituição continue na vanguarda da defesa dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, nos termos preconizados pela Magna Carta de 1988.

2. Aspectos históricos da defesa dos direitos infantojuvenis

A análise histórica constitui obrigação científica como uma das formas válidas de evitar o retorno de práticas inadequadas à formação de crianças e adolescentes, como a roda dos expostos (MARCÍLIO, 2006), o toque de recolher (SOUZA, 2010) e a redução da maioridade penal, em um país que ainda não alcançou significativo e mais duradouro tônus democrático nas suas instituições.

Os problemas relativos à falta de afirmação da cidadania infantojuvenil, ainda que em épocas e proporções diversas, também atingem as vítimas da violência doméstica, as minorias raciais, sexuais e religiosas, sendo uma das provas clássicas de que o Brasil ainda precisa avançar bastante no longo caminho da cidadania (CARVALHO, 2003).

Enfim, o exame histórico objetiva apontar as melhores práticas e contribuir para evitar equívocos históricos que, em-

bora de um passado não tão distante, teimam em ressurgir de tempos em tempos, reaparecendo, por ironia do destino, em uma jovem democracia, inclusive sedimentados de boas intenções, que são, no entanto, historicamente equivocadas.

No plano jurídico-social, a primeira etapa protetiva dos direitos juvenis foi denominada de *fase da indiferença penal*, (MENDEZ; COSTA, 1994). Crianças e adolescentes, outrora denominados *menores*, eram simplesmente desconsiderados pelo sistema de justiça. Embora a legislação penal pudesse ser aplicada aos menores a partir de 14 anos de idade, ainda que sem espaço judicial ou local próprio para cumprimento de penas, no começo do século XX a proteção e a repressão infantojuvenis não eram temas importantes na agenda nacional.

Na sequência, fixar *regras penais* para a proteção menorista foi o alicerce da segunda fase. O Código Penal do Império trouxe regras para enquadrar penalmente as condutas indevidas da juventude, principalmente aquelas pertencentes às camadas mais pobres. Embora os problemas sociais infantojuvenis fossem complexos e difíceis – dada a inexistência do *welfare state* (bem-estar social) –, as violações praticadas contra os direitos da infância eram tratadas como meros “casos de polícia”, como se pode assimilar no célebre romance *Capitães da Areia* (AMADO, 2009).

Assim, nas duas fases iniciais, delegavam-se para o sistema de justiça criminal as possíveis soluções em relação à proteção da juventude brasileira.

Constatada a insuficiência de ambas fases, emerge a terceira – a fase *menorista* – dividida entre as leis menoristas de 1927 e 1979. Essas legislações dividiam a juventude brasileira em dois grupos: o primeiro era formado pelos menores abando-

nados e/ou praticantes de ilícitos penais que recebiam o direito tratamento jurídico do respectivo código de menores; o segundo grupo era constituído pelos jovens com famílias ou em situação regular, que ficavam submetidos às regras do Código Civil. Em síntese: segundo Falbo (2002, p. 128), os menores pobres eram tutelados pelo Juizado de Menores (Códigos de Menores), e os jovens ricos recebiam a proteção nas varas de família (Direito de Família).

Percebidos os equívocos históricos pelas instituições nacionais, o Brasil foi um dos pioneiros na adoção interna dos paradigmas da Declaração dos Direitos das Crianças, promulgada pela ONU em 1989: primeiro, pela base democrática antecedente de 1988, mediante a publicação da Constituição Federal (CF), especialmente do seu art. 227, e depois pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em vigor desde 1990. A terceira fase tornou-se doutrinariamente conhecida como a da *proteção integral*, pois alçou crianças e adolescentes à condição de titulares de direitos e de deveres nas diversificadas relações jurídicas.

No entanto, a nova sistematização internacional, constitucional e estatutária ainda não foi absorvida na sua integralidade, principalmente pelas instituições do sistema de segurança pública e do sistema de proteção integral, que ainda tratam crianças e adolescentes na qualidade de *menores em situação irregular* e insistem em ressuscitar as práticas do último Código de Menores (1979), conforme as lições de Falbo (2002, p. 115-129).

O Brasil defende inadequadamente direitos de crianças e adolescentes não por falta e/ou insuficiência legislativa, pois, com a entrada em vigor do ECA, o país deveria ter iniciado novo ciclo institucional, já que possui uma das mais interessantes formas de proteção dos direitos fundamen-

tais da juventude, com amplo reconhecimento internacional (SOUZA, 2008).

Dentro da visão jurídica, nos planos principiológico e instrumental, se antes a proteção dos direitos das crianças e adolescentes constituía faculdade, discricionariedade, possibilidade, normas programáticas, na atual quadra institucional a defesa da juventude deve ser prioritária, integral, obrigatória, vinculante, concreta e dever da família, da sociedade e do Estado, inclusive na esfera do direito criminal, a partir da mudança de postura do próprio titular das ações penais públicas.

3. A defesa administrativa dos direitos juvenis

O Poder Judiciário atua de duas formas na proteção dos direitos infantojuvenis. Na primeira hipótese – atípica –, aplicando medidas do rol exemplificativo previsto no art. 101 do ECA, além das demais funções administrativas. Na segunda – típica –, quando provocado pelo direito de ação exercitado pelos legitimados ativos nos respectivos procedimentos judiciais. Como nas demais áreas do direito processual, os magistrados lotados nas varas da infância e juventude exercem funções das duas formas, incluindo-se como uma de suas funções típicas o processamento e julgamento dos adolescentes acusados da prática de atos infracionais (ISHIDA, 2009).

As premissas são necessárias, pois ainda reinam muitas dificuldades para se estabelecerem essas diferenciações, que – se para os juristas são facilmente identificáveis, a partir do direito de ação, coisa julgada material, competência etc. – para os profissionais de outras áreas, algumas situações ocorrem com indesejada frequência, como, por exemplo, confundir-se a medida de proteção de acolhimento institu-

cional (antigos abrigos) com a medida socioeducativa de internação (medida privativa de liberdade).

O ECA disciplinou uma concorrência saudável entre as instituições de defesa administrativa, ao permitir que os Conselhos Tutelares (CTs) e os Juízes da Infância e Juventude (JIJs) – em situações específicas fixadas na legislação estatutária – possam estabelecer medidas de proteção nos casos de violação de direitos de crianças e adolescentes. A concorrente atuação permite a adoção de medidas independentes nos casos de violação de direitos individuais indisponíveis, porém em sintonia de esforços para a consecução dos mesmos objetivos.

De outro lado, na esfera administrativa, observa-se clara dificuldade na execução das respectivas atividades institucionais. Nesse sentido, Tonial (2010) posiciona-se contra a instauração de procedimentos investigatórios judiciais, fundando-se no fato de que apenas o revogado Código é que outorgava o referido poder ao Juizado de Menores. Entretanto, reconhece que a prática menorista se encontra disseminada e em expansão nos juizados em virtude do insuficiente conhecimento da legislação estatutária e da omissão de vários Conselhos Tutelares, Conselhos Municipais e dos municípios brasileiros.

O ECA determinou que os municípios criassem leis que regulamentassem o sistema de proteção integral, especificando-se os limites e raios de atuação de cada programa protetivo, seguindo-se as linhas constitucionais da municipalização, da descentralização e da participação comunitária, nos termos dos arts. 203, 204 e 227, §7º, da CF. Sempre que o Conselho Tutelar detectar a ausência ou insuficiência de recursos e de programas na rede de proteção, deverá acionar o Conselho Municipal de Direitos para que as situações sejam discuti-

das. Após a discussão, se deliberado por maioria, seja determinada a criação da política ou organização do serviço público municipal, não restando alternativa ao chefe do Poder Executivo senão cumprir a decisão do órgão deliberativo colegiado municipal, sob pena de responsabilidade civil, penal e administrativa, com o encaminhamento dos fatos ao Ministério Público (PONTES JÚNIOR, 1993).

Ultrapassada a defesa administrativa primária, com atuação conjugada dos conselhos e dos municípios, que visa basicamente à proteção individual e coletiva, emerge a possível proteção administrativa secundária, de natureza punitiva – agora do Poder Judiciário –, em relação à família, à sociedade e ao Estado, sempre que restar caracterizada uma das infrações administrativas previstas nos arts. 245 a 258 do ECA.

A legislação estatutária define as infrações administrativas, nos casos de violação de direitos das crianças e dos adolescentes (ISHIDA, 2009). Por exemplo, o art. 245 determina que professores, médicos ou responsáveis pelos respectivos estabelecimentos de ensino e saúde comuniquem ao Conselho Tutelar, obrigatoriamente, suspeitas de maus-tratos praticados contra os direitos de crianças e adolescentes.

Caracterizada a infração administrativa, nos estritos limites dos tipos descritos, caberá o início do procedimento punitivo, mediante representação ou pedido formal protocolado na Vara da Infância e Juventude pelo Ministério Público ou Conselho Tutelar, ou ainda pela feitura do auto de infração administrativa, conforme o art. 194 do ECA, seguindo-se os paradigmas constitucionais em relação aos acusados no respectivo procedimento. Ao final, em caso de condenação definitiva, o Ministério Público promoverá a execução civil da pena aplicada, com imediato encaminhamento dos valores auferidos ao Fundo Municipal.

Constata-se claramente que as ações e medidas administrativas, típicas ou atípicas, adotadas nas varas da infância e juventude, são insuficientes e muitas vezes inócuas, se não estiverem acompanhadas do imprescindível suporte penal criminalizador, devendo ser reforçadas pelas correspondentes ações penais. O Ministério Público, evidentemente, atua nas três etapas punitivas, seja como autor ou custos legis.

Enfim, além da ineficiência do sistema de proteção integral, por conta dos conflitos administrativos e da superposição de atuação institucional, o conhecimento das formas administrativas de proteção torna-se necessário para a promotoria de justiça criminal especializada, sobretudo para se evitarem os mesmos problemas da proteção administrativa.

4. A proteção civil dos direitos da infância e da juventude

Antes da esfera penal, a proteção de direitos infantojuvenis no âmbito civil deverá ocorrer nos casos de insuficiência ou falta de defesa administrativa, uma vez que o ECA organizou o sistema de proteção e estabeleceu condições de solucionar os maiores problemas da comunidade infantojuvenil, sem necessidade imediata do socorro à esfera jurisdicional, salvo nas hipóteses legais do exercício constitucional do direito de ação individual ou coletiva (SOUZA, 2008).

No plano estatutário vigente, as ações judiciais poderão ser de natureza individual ou coletiva. Ou seja, torna-se possível o ajuizamento de ações civis para a proteção de direitos individuais indisponíveis, nos moldes idênticos às medidas de proteção buscadas pelo Conselho Tutelar ou determinadas pelo Juiz da Infância e Juventude. Da mesma maneira, como legitimado extraordinário ou substituto processual, também constitui dever do Ministério Público promover as ações ci-

vis individuais para a defesa dos direitos fundamentais de quaisquer crianças e adolescentes vítimas das ações ou omissões da família, da sociedade ou do Estado.

Ademais, na linha da moderna tutela coletiva, desde que ausentes ou insuficientes as políticas públicas determinadas pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, sendo de maior abrangência e elevado alcance social, com base na Lei n. 7.347/1985 e no ECA, será possível a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos das crianças e adolescentes, sempre que restar demonstrada a lesão aos interesses ou direitos transindividuais, definidos, exemplificativamente, no art. 209 do ECA e, segundo a configuração do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (ASSAGRA, 2008).

Vale dizer: concorrentemente com a defesa administrativa e civil, trata-se de uma das mais interessantes maneiras de proteção dos direitos coletivos das crianças e adolescentes, que, embora já em estágio científico bastante avançado na proteção do meio ambiente e do consumidor, por exemplo, ainda encontra-se em tímida expansão na esfera infantojuvenil.

Observa-se assim que, tanto na esfera administrativa como na esfera civil ou coletiva, existe intensa atividade desenvolvida pelo Ministério Público na busca da proteção integral.

Mais uma vez percebe-se que as informações, provas, perícias, documentos etc. colhidos ou produzidos na esfera civil – individual ou coletiva –, assim como os originários da esfera administrativa, também poderão servir para instrumentalizar possíveis ações penais na defesa dos direitos infantojuvenis. Novamente, crianças e adolescentes abandonados pelos pais poderão ser protegidos na esfera administrativa e civil, devidamente acompanhados das medidas criminais

correspondentes, como nas hipóteses relativas aos crimes de abandono de incapaz, maus-tratos, pedofilia etc.

5. A proteção penal infantojuvenil

Como visto, as varas especializadas da infância e juventude possuem competência administrativa e civil, além das hipóteses relativas à apuração e ao processamento de atos infracionais praticados por adolescentes, sendo certo ainda que, nos atos infracionais praticados por crianças, a atribuição é do Conselho Tutelar.

Por outro lado, nos casos recorrentes de crimes praticados contra crianças e adolescentes, exceto nos Estados-membros que adotaram a competência concorrente criminal, as ações e medidas judiciais tramitam nas varas criminais comuns.

Paradoxalmente, nas hipóteses em que é possível maior rigor punitivo, ou seja, nos crimes praticados contra crianças e adolescentes, a competência é das varas criminais comuns, enquanto as ações administrativas e civis – de menor potencial punitivo, considerando-se a hierarquia dos valores jurídicos penais, civis e administrativos – são da esfera especializada das varas infantojuvenis. Em resumo, nos casos mais graves de violações de direitos infantojuvenis, as questões são submetidas aos juízes criminais, restando os ilícitos civis e administrativos para as varas da infância e juventude e, mais grave ainda, sem interlocução entre as instâncias.

Dois fundamentos impedem o julgamento dos ilícitos penais nas varas da infância e juventude. O primeiro refere-se à competência constitucional do Tribunal do Júri. Mesmo nos casos de crianças e adolescentes, na qualidade de vítimas de homicídio e aborto, por exemplo, em suas respectivas formas simples e qualificadas, o processamento da ação penal

ocorrerá no juízo criminal sumariante e, após a pronúncia, o julgamento desenvolve-se no plenário do Tribunal do Júri. O segundo decorre do fato de que o art. 98 da CF autorizou que o legislador infraconstitucional especificasse as hipóteses de julgamento de crimes e contravenções penais perante os Juizados Especiais, independentemente da qualidade das vítimas, sendo que o fato de serem crianças ou adolescentes não exclui, pelo menos em tese, a competência dos Juizados Especiais Criminais.

Com o objetivo de contornar as premissas acima, abrem-se três possibilidades: a primeira e a segunda dependem da edição de lei estadual, ao passo que a terceira, de resolução do Procurador-Geral de Justiça de cada estado-membro.

A primeira possibilidade depende da publicação e entrada em vigor de lei estadual que fixe a competência concorrente das varas da infância e juventude para o processamento das ações penais e demais medidas criminais, ficando esta hipótese carente de decisão final do STJ e do STF, em decorrência da discutível constitucionalidade da legislação estadual – já que a matéria processual é de competência legislativa da União.

A segunda hipótese se efetivaria pela criação da vara criminal especializada em relação às crianças e adolescentes vítimas de ilícitos penais.

A terceira – base principal deste trabalho –, independentemente das discussões relativas à competência jurisdicional, seria realizada com a criação das promotorias de justiça criminais especializadas de defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, que, a toda evidência, não dependeriam da simetria de cargos e/ou funções com o Poder Judiciário.

Em suma, sem desconsiderar as interessantes soluções judiciais relativas à competência – principalmente aquela que advoga a necessária criação da vara especializada para apuração de crimes contra crianças e adolescentes –, este trabalho centra seus maiores esforços no sentido de demonstrar que, independentemente do juízo competente, dentro do moderno sistema acusatório brasileiro, a criação da promotoria de justiça criminal especializada assume especial importância, na medida em que constitui indeclinável dever do Ministério Público – em sede judicial criminal – comprovar os fatos articulados na denúncia.

Agora, no plano do Direito Penal material, além do Código Penal e do capítulo do ECA que trata dos crimes, também a legislação extravagante possui significativa gama de normas penais incriminadoras que protegem os direitos infantojuvenis. Vale dizer: as regras jurídicas que protegem os direitos mais importantes das crianças e dos adolescentes não estão catalogadas com exclusividade no ECA, mas distribuídas em vários diplomas penais extravagantes.

Em linhas gerais, durante a tramitação dos procedimentos penais, o membro do Parquet fiscaliza as atividades policiais federais, civis e militares desde a lavratura de boletins policiais, instauração de inquéritos policiais, feitura dos autos de prisão em flagrante delito até o término das várias medidas policiais, atuando, ainda, na qualidade de titular das ações penais públicas que visam, essencialmente, à aplicação da lei penal aos casos submetidos à apreciação jurisdicional.

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, será confeccionada a guia de execução criminal. Na sequência, serão encaminhados os autos do processo judicial findo ao juízo da Vara de Execução Penal competente para a aplica-

ção das medidas punitivas, sendo que as ações e medidas civis e administrativas tramitam em paralelo e sem conexão direta com os rumos das ações penais e das respectivas execuções criminais.

Nas comarcas de menor porte populacional, como os Juízes de Direito possuem competência única – civil, penal e administrativa, inclusive em relação à infância e juventude –, não existem maiores dificuldades técnicas, pois os magistrados que julgam as ações civis, administrativas e penais são os mesmos que controlam os procedimentos judiciais em curso até a execução da pena ou das medidas socioeducativas.

Já nas comarcas de maior porte, incluindo as capitais da federação, existe a divisão de atividades funcionais entre os membros do Poder Judiciário e entre os membros do Ministério Público. Essa distribuição ocorre tanto nas varas especializadas como em relação às diversas fases do procedimento penal, sendo basicamente um membro do Ministério Público responsável pelo controle externo das atividades policiais, outro pelas ações penais e um terceiro para cuidar da execução penal.

Assim, analisada a tramitação dos procedimentos – penais, civis e administrativos –, torna-se necessário reforçar a necessidade da criação da promotoria de justiça criminal especializada e – independente da nova configuração institucional –, além da imprescindível conjugação de esforços das promotorias de justiça criminais com as da infância e juventude, especificamente em todas as etapas do processo penal, sempre que ocorrer violação penal dos direitos das crianças e adolescentes. Com isso, objetiva-se a colocação prática da prioridade absoluta na proteção integral.

5.1. Das dificuldades vivenciadas nas promotorias de justiça criminal

Se, nas varas especializadas da infância e juventude – mais preocupadas com os problemas da rede de proteção integral –, o processamento dos praticantes de ilícitos penais em face de crianças e adolescentes não constitui prioridade – devido à falta de legislação que lhe outorgue responsabilidade funcional –, no âmbito do processo penal não é diferente. Ou seja, os procedimentos penais em curso contra os praticantes de crimes infantojuvenis estão longe da qualidade desejável, uma vez que o sistema penal se encontra praticamente moldado para a proteção do patrimônio.

Ao examinar a tramitação dos procedimentos penais, torna-se fácil diagnosticar a falta de maiores cuidados na proteção das vítimas, sejam crianças, adolescentes, mulheres, pessoas com necessidades especiais, idosos etc., em decorrência da falta de conjugação de esforços institucionais das respectivas instâncias administrativas e judiciais ou pela própria canoização dos acusados ou condenados, entre outros fatores típicos do processo penal brasileiro (AZAMBUJA, 2004).

No âmbito policial militar, são poucos os registros de ilícitos penais que atingem a população infantojuvenil. Por outro lado, o expressivo número de registro de furtos de veículos que possuem seguro automobilístico são diametralmente opostos à quantidade de infrações penais registradas que envolvem lesões aos direitos das crianças e adolescentes.

Além da perspectiva eminentemente patrimonialista, como os ilícitos penais ocorrem no recesso dos lares e/ou em locais de pouca visibilidade, as vítimas e seus familiares não se sentem estimuladas a solicitar providências policiais, inclu-

sive por não sentirem confiança no aparato policial, além da possível revitimização praticada pelo próprio Estado.

Em síntese, o dimensionamento da violência registrada nos boletins policiais militares não espelha a grandeza e complexidade dos problemas infantojuvenis.

Quando resolvem expor os fatos às autoridades policiais militares, muitas vítimas enfrentam a falta de cuidados básicos no atendimento emergencial, não sendo raro, sobretudo nos casos de crimes sexuais, muitas vezes colocar-se em dúvida a credibilidade das palavras das vítimas, especialmente quando se trata de criança ou adolescente em idade precoce. Nesses casos, utiliza-se o equivocado adágio popular de que crianças mentem, enquanto as pesquisas científicas atuais demonstram exatamente o contrário: as crianças e adolescentes são muito mais sinceros que os adultos, principalmente quando se trata de denúncia de crimes perante os órgãos oficiais.

Na esfera investigativa não é muito diferente. As vítimas são atendidas por muitos servidores públicos despreparados, que produzem aquilo que a doutrina denomina de revitimização estatal das crianças e adolescentes. Por exemplo, dificilmente as vítimas de crimes sexuais sentem-se à vontade para relatar a violência sofrida na presença e/ou proximidade de presos, assaltantes ou mesmo nos ambientes insalubres de muitas delegacias de polícia, localizadas nas periferias das capitais e no interior.

A falta de profissionais qualificados – sobretudo assistentes sociais, psicólogos e advogados – para atender às vítimas junto com os policiais civis e militares certamente contribui para que milhares de crianças e adolescentes deixem de procurar as autoridades constituídas da rede de proteção e se-

gurança pública, fato que concorre para o diminuto número de ações penais relativas à proteção infantojuvenil.

Em suma, insuficientes registros policiais militares e inquéritos ou investigações sem a mínima base probatória provocam o arquivamento de milhares de inquéritos policiais (MACHADO, 2008).

No âmbito do Ministério Público que atua na esfera criminal, além da visão quase totalmente patrimonialista, também o controle não é adequado, uma vez que não existe comunicação formal entre as instâncias dentro da própria instituição, salvo iniciativas pessoais de alguns de seus membros. Como um dos exemplos já citados, é possível observar que falta a utilização das mesmas provas produzidas na esfera administrativa e civil, como o depoimento sem ou com redução de danos, decorrente da incomunicabilidade entre as instâncias do próprio Ministério Público, o que também concorre para a impunidade penal (CÉSAR, 2007).

O problema aparentemente singelo traz prejuízos à sociedade. É que, quando favoráveis à absolvição dos acusados, os relatórios, laudos e documentos são utilizados pelos advogados e defensores públicos, legitimamente, nas respectivas ações penais. Ora, como os acusados normalmente contratam um(a) advogado(a) para a defesa administrativa, civil e penal, é evidente que se torna muito mais fácil o traslado de provas favoráveis nas três instâncias, fato legítimo e bem explorado pelos defensores constituídos.

O mesmo não ocorre no âmbito da titularidade da ação penal. Como inexistente comunicação formal entre as promotorias de justiça criminal e as da infância e juventude, as provas, relatórios, perícias, providências instrutórias, resultados e as demais ações relativas às apurações civis e administra-

tivas são realizadas sem comunicação entre as instâncias do próprio Ministério Público e, algumas vezes, são repetidas à exaustão, inclusive com visões diversas dos membros da mesma instituição.

Mais grave ocorre quando o membro do Parquet é um menorista convicto, ou seja, aquele que acredita que crianças e adolescentes somente têm deveres. Nesse caso, o inquérito policial normalmente é arquivado em juízo e, ao invés da proteção jurídica mínima, as vítimas é que são advertidas, não se protocolando a ação civil, administrativa e penal correspondente. Muitas vezes, também, as vítimas são advertidas quanto à prática da denúncia caluniosa, confundindo-se a ausência de provas criminais com a má-fé da delação perante as autoridades policiais.

Não é difícil diagnosticar as sensações de desamparo e de impunidade vividas pela vítima, por deixar de receber a integral proteção das polícias civil e militar, bem como do próprio Ministério Público.

Na esfera jurisdicional penal, por falta de ações e medidas mais efetivas, também existem sérios problemas que merecem enfrentamento ou, ao menos, alguma discussão científica. As condenações criminais são ínfimas se comparadas com a quantidade de atos de violências diariamente denunciados, que vitimam crianças e adolescentes.

A instrução probatória dentro do tradicional processo penal limita-se a ouvir a vítima, o policial civil ou militar que efetuou o atendimento inicial e uma testemunha de referência. Como as varas criminais não adotaram providências para a montagem das salas de depoimento sem dano e sequer possuem corpo técnico auxiliar (psicólogos e assistentes sociais lotados nas varas criminais), as provas produzidas limitam-

se à oitiva das pessoas envolvidas, fato que, como sabido, fatalmente leva a absolvições injustas ou condenações frágeis (CÉSAR, 2007).

O ambiente forense ainda é inadequado para tratar as vítimas da violência. Sem locais compatíveis, elas se misturam com os autores de crimes nos mesmos espaços próximos às varas criminais, antes das audiências. O resultado é que elas são intimidadas e, por isso, muitas delas mudam completamente a versão apresentada na fase policial, já que o Estado não oferece condições adequadas de proteção pessoal.

A realidade do processo penal das vítimas infantojuvenis é dura. Por incrível que pareça, nas recentes reformas legislativas, as mudanças convergiram mais no sentido de proteger os réus do que as vítimas, entendendo o legislador brasileiro que a mera comunicação formal do juízo de que o possível acusado da prática de crime seria solto, por si só bastaria para resolver os complexos problemas sofridos pelas vítimas durante as ações penais. Não é difícil imaginar a tortura psicológica sofrida por elas, que, em casa, recebem a informação oficial de que o acusado responderá o processo em liberdade e, o que torna a situação ainda mais problemática, continuarão na mesma residência.

Do lado da defesa, em situação oposta à das vítimas infantojuvenis, não faltam parentes, pastores, amigos, familiares etc. aptos a atestar a conduta ilibada de pedófilos, estupra-dores e outros. Ora, basta participar diariamente de audiências criminais para se constatar o batalhão de vizinhos, religiosos, psicólogos, servidores públicos e políticos que comparecem espontaneamente nas varas criminais para tecerem elogiosos comentários sobre a vida prgressa dos réus, esquecendo-se do calvário sofrido pelas vítimas em tenra idade, sem o cuidado de analisar, pelo menos, as re-

pletas fichas criminais de muitos acusados. Na maior parte das vezes, não é preciso sequer do ato oficial de intimação. As testemunhas comparecem voluntariamente e chegam acompanhadas dos acusados.

Como as palavras das vítimas constituem a base da quase totalidade das ações penais e das condenações nos crimes sexuais, por exemplo, fica-se na exclusiva dependência da capacidade técnica e pessoal do magistrado. Se o juiz sentenciante, motivado por preconceitos ou questões ideológicas pessoais, não valorizar a palavra das vítimas e de suas mães ou representantes legais, dificilmente serão obtidas condenações criminais.

Considerando-se os registros policiais insuficientes, inquiridos policiais mal aparelhados, ações penais frágeis e ínfimas condenações, algumas medidas simples deverão ser adotadas para se evitarem as absolvições imerecidas que ocorrem no Brasil. Isso pode ser feito com uma ação institucional mais profissional e condizente com a dramaticidade das situações.

Enfim, as ações penais relativas aos crimes praticados em face de crianças e adolescentes precisam melhorar e interligar-se, urgentemente, com as ações administrativas e civis interpostas nas varas da infância e juventude. Além disso, é necessária, obviamente, a melhor estruturação do sistema de segurança pública, que ainda se pauta pela postura patrimonialista, sem oferecer proteção prioritária e integral às crianças e adolescentes vítimas de ilícitos penais.

6. A necessária criação da promotoria de justiça criminal especializada

De forma geral, examinada a insuficiência das ações civis, administrativas e penais, ao lado das demais medidas legis-

lativas, administrativas e judiciais que também deveriam ser discutidas nas demais instituições, a criação da promotoria de justiça criminal especializada em crimes contra crianças e adolescentes, com atuação exclusiva perante os juízos criminais, constituiria interessante medida a ser implantada no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Com o objetivo de dar sugestões sobre a questão, algumas medidas são descritas a seguir.

Preliminarmente, é necessário realizar estudo para apurar, nas respectivas varas criminais mineiras, tomando-se como base os anos de 2009, 2010 e 2011, o número de ocorrências policiais militares, inquéritos policiais e ações penais ajuizadas, confrontando-as com o número de condenações criminais obtidas em relação aos crimes contra crianças e adolescentes. Isso possibilitaria mensurar o número necessário de promotores de justiça para atuar especificamente.

De posse dos estudos realizados, o primeiro passo, depois das discussões internas, consistiria na fixação das atribuições específicas da promotoria de justiça única com atuação exclusiva nos ilícitos penais praticados contra crianças e adolescentes, definindo-se a data dos fatos e a chegada da maioridade penal como marcos temporais do início e do final da atuação ministerial.

A segunda medida centralizaria esforços na montagem de uma ou mais secretarias de apoio exclusivas das promotorias de justiça especializadas, com a designação de analistas, oficiais e demais auxílios administrativos e pessoais pertinentes para uma atuação mais abrangente, inclusive com regulamentação interna emanada da Procuradoria-Geral de Justiça.

A terceira providência seria no sentido de centralizar o recebimento dos boletins policiais militares, notitia criminis, representações, notícias jornalísticas e denúncias anônimas relativas à existência de ilícitos penais contra crianças e adolescentes, inclusive com o específico controle externo das atividades policiais, mediante abertura de registro próprio na promotoria criada.

A quarta consistiria no controle e recebimento dos inquéritos policiais, sindicâncias administrativas, CPIs, inquéritos civis e demais procedimentos investigativos que noticiassem a existência de ilícitos penais específicos, sobretudo com o escopo de diagnosticar a qualidade das investigações policiais desenvolvidas, além da equivalente criação da Delegacia de Polícia de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A quinta medida administrativa consistiria na confecção de denúncias criminais, pedidos de prisão preventiva e outras medidas penais cautelares, dentro dos respectivos inquéritos policiais e demais procedimentos investigativos, de modo que a qualidade das ações penais fosse melhorada.

A sexta providência seria a obtenção simultânea de cópias das condenações civis e administrativas, logo após a chegada do inquérito policial ou demais peças investigativas na correspondente Promotoria de Justiça da Infância e Juventude, de modo que as ações penais fossem instruídas com os fundamentos das medidas civis e administrativas adotadas e/ou em curso.

A sétima medida seria receber – dos respectivos juízos criminais – cópias das decisões que revogassem eventuais prisões cautelares dos acusados, durante os inquéritos policiais ou ações penais, para que fossem adotadas outras medidas civis

e administrativas para proteger as vítimas e as famílias e, ao mesmo tempo, impedir a alteração das provas a serem colhidas e/ou fiscalizar as medidas cautelares do juízo criminal.

A oitava seria receber do juízo da execução penal cópias das decisões judiciais sempre que eventuais acusados de crimes contra crianças e adolescentes fossem liberados para o retorno familiar, uma vez que, especialmente nos crimes sexuais, a possibilidade de reincidência constitui inexorável realidade mundial.

A última medida comportaria a criação de um banco de dados técnicos, com cópias de todos os procedimentos, ações judiciais e medidas adotadas para que se pudesse avaliar objetivamente a necessidade de reestruturação da promotoria de justiça criminal com atuação específica na defesa dos direitos de crianças e adolescentes vítimas de ilícitos penais.

7. Conclusão

No alvorecer do séc. XXI, deve-se frisar que muito tem sido feito pelo Ministério Público e pelas demais instituições na defesa dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes no Brasil.

Contudo, também é certo afirmar que ainda existe um longo, tortuoso e difícil caminho a trilhar na busca da integral proteção infantojuvenil, na esfera administrativa, civil e penal, a partir do regular funcionamento da rede de proteção integral em cada cidade brasileira.

A presente proposta merece análise crítica e, obviamente, não resolverá todos os males da impunidade penal relativos à violação de direitos infantojuvenis, pois sabe-se que os fundamentos criminais devem ser usados de forma sub-

sidiária, jamais como substitutivos das políticas públicas de proteção dos direitos fundamentais sociais.

Um alerta merece registro. Embora a ideia seja atuar num campo aparentemente lacunoso dentro das várias etapas do processo penal, corre-se o risco de absorver a crescente demanda das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude, circunstância também indesejável institucionalmente. Ou seja, sob o pretexto de criminalização em massa, passar a utilizar apenas o sistema criminal como solução para as complexas mazelas sociais, exatamente nos moldes de muitos países da América Latina, que, sob o manto de proteger, na verdade, limita-se a reprimir na esfera criminal (WACQUANT, 2007; MACHADO, 2008).

Assim, o fundamento central deste artigo consiste na implantação e designação de funções específicas à promotoria de justiça criminal para atuação nos ilícitos penais praticados em face da comunidade infantojuvenil. Não adotada a tese, propõe-se, subsidiariamente, estimular as promotorias de justiça que atuam na justiça criminal comum para qualificar ainda mais o controle externo das atividades policiais e as ações penais, sempre que ocorrerem ameaças ou violações de direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

No plano prático, a partir da criação de um banco de dados específicos, será possível, em pouco tempo, apurar o número de ocorrências policiais militares, de inquéritos policiais instaurados, das ações penais em curso, das condenações criminais com trânsito em julgado e a etapa da execução penal, inclusive após o cumprimento das penas criminais. Será possível também buscar a melhoria da prestação da tutela jurisdicional penal.

Com a unificação e a centralização da atuação criminal especializada, os inquéritos policiais e as ações penais ganharão, naturalmente, sensível qualidade técnica, uma vez que se saberá o que ocorreu nas demais instâncias civis e administrativas em relação aos mesmos fatos, inclusive com o uso mais pragmático dos laudos, relatórios psicossociais e demais provas obtidas. Evitar-se-ão, inclusive, posturas divergentes, nos casos concretos, das respectivas promotorias de justiça.

Vale dizer: crianças e adolescentes obterão qualificada proteção administrativa, civil e penal a partir da criação da promotoria de justiça especializada na defesa dos direitos das crianças e adolescentes na esfera criminal.

É preciso, portanto, apostar na integração interna do Ministério Público para manter a dianteira institucional na firme defesa dos direitos infantojuvenis.

Por fim, serão cumpridos, dessa forma, os princípios constitucionais da proteção integral e da garantia da prioridade absoluta na esfera do processo penal, escopo institucional de magistral importância.

8. Referências

AMADO, Jorge. *Capitães da areia*. Posfácio de Milton Hautton. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BORBA, Maria Rosi de Meira. O duplo processo de vitimização da criança abusada sexualmente: pelo abusador e pelo agente estatal, na apuração do evento delituoso. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 2 set. 2004.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CÉSAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DEL PRIORE, Mary. *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004. p. 7-17.

DOBKE, Veleda. *Abuso sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do conhecimento jurídico: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FURNISS, Tilman. *Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar*. Tradução de Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Arte Médicas, 1993.

FRAGOSO, Margaux. *Tigre, tigre*. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2011.

ISHIDA, Valter Kenji. *A infração administrativa no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2009.

PONTES JR., Felício. *Conselho de direitos da criança e do adolescente*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. (série direitos da criança)

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal: a hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. São Paulo: Verbatim, 2008.

MARCÍLIO, Maria Luíza. *História social da criança abandonada*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MONTEIRO, Lauro. *Abuso sexual contra crianças e adolescentes*. 3. ed. Petrópolis: Autores & Agentes & Associados, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista. *Depoimento sem medo(?): culturas e práticas não-revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes*. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF-Brasil), 2008.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A efetividade dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Pillares, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Pillares, 2010.

TONIAL, Cleber Augusto. *Investigações judiciais no direito da infância e da juventude: da exceção ao desastre*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Justiça da Infância e da Juventude. Disponível em: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/jij_site.home>. Acesso em: 14. out. 2010.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Autor convidado.

DOI: 10.5935/1809-8487.2016050

