

# De Jure

Revista Jurídica

[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)

Beatriz Russo de Oliveira  
Cristiano Aparecido Quinaia  
Felipe Prata Pravato Rangel  
Gustavo Rocha Martins  
Natã Ferraz Carpanez  
Otávio Ribeiro Coelho  
Paulo Cesar Bento Mantovani Junior  
Rita de Cassia Batista Silva  
Sérgio Tibiriçá Amaral

# 32



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: 30170-008, Brasil  
[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)  
[dejure@mpmg.mp.br](mailto:dejure@mpmg.mp.br)  
+55 (31)3330-8262

De Jure: Revista Jurídica / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.  
v. 18, n. 32, jan./jun. 2019. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /  
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2018.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: De Jure - 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.

## **Linha Teórica**

A *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**

*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.

# DE JURE

(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 *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, 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 Informação em Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A *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.

# DE JURE

(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 the journal, for non-profit scientific and cultural purposes.

## INDEXATION AND DISTRIBUTION

The journal 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. The journal is distributed by means of exchange or donation only.

# DE JURE

## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**  
Procurador de Justiça Antônio Sérgio Tonet

**DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**  
Promotor de Justiça Edson Ribeiro Baeta

**SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO**  
Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

**DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL**  
João Paulo de Carvalho Gavidia

**EDITOR RESPONSÁVEL**  
Promotor de Justiça Edson Ribeiro Baeta

**CONSELHO EDITORIAL**  
Promotora de Justiça Andressa de Oliveira Lanchotti, Pós-Doutora  
(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, Doutor  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

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

Promotor de Justiça Marcelo de Oliveira Milagres, Doutor  
(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 (Universidade de Houston, Estados Unidos)  
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. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidade de Alcalá, Espanha)  
Prof. Me. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)  
Me. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)  
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidade Nacional Autónoma do México, México)  
Prof. Dr. Eduardo Martínez Alvarez (Universidade do Museu Social Argentino, Argentina)  
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 (Consultor legislativo do Senado Federal, Brasil)  
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior do Centro de Estudos Sociais, Portugal)  
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 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 (Faculdade de Direito Municipal de Franca, Brasil)  
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidade de Huelva, Espanha)  
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)

Profª. 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. Luis María Desimoni (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Argentina)  
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Rede LFG – São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Profª. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)  
Profª. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)  
Profª. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)  
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)  
Profª. 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)  
Profª. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)

#### **EDITORACÃO**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Raquel Diniz Guerra

#### **REVISÃO**

Larissa Vasconcelos Avelar  
Luiz Carlos Freitas 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

#### **COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC**

Prof. Dr. Berto Igor Caballero Cuellar (Universidade Federal do Piauí, Brasil)  
Profª. Me. Bianca Mendes Pereira Richter (Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Brasil)  
Prof. Me. Bruno de Oliveira Moura (Universidade de Coimbra, Portugal)  
Profª. Me. Catarina Abegão Alves (Universidade de Lisboa, Portugal)  
Prof. Dr. Isaac Sabbá Guimarães (Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brasil)  
Prof. Dr. Joaquim José Miranda Junior (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Me. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos, Brasil)  
Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Prof. Dr. Marco Aurélio Nogueira (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos (Universidade Federal do Piauí, Brasil)

# DE JURE

## PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

### ATTORNEY-GENERAL

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Antônio Sérgio Tonet

### DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Edson Ribeiro Baeta

### SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

### DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

João Paulo de Carvalho Gavidia

### CHIEF EDITOR

Minas Gerais State Prosecutor Edson Ribeiro Baeta

### EDITORIAL BOARD

Minas Gerais State Prosecutor Andressa de Oliveira Lanchotti, 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, PhD  
(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 Marcelo de Oliveira Milagres, PhD  
(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 (Universidade de Houston, USA)

Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister – Superior Tribunal de Justiça, Brazil)

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaipua, Brazil)

Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)

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

São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)

Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, MA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidade Nacional Autónoma do México, Mexico)

Prof. Eduardo Martínez Álvarez, PhD (Universidade do Museu Social Argentino, Argentina)

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. Giovanni Aldo Luigi Allegretti, PhD (Senior researcher - Centro de Estudos Sociais, Portugal)

Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)

Prof. José Aroudo Mota, PhD (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brazil)

Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)

Prof. José Roberto Marques, PhD (Faculdade de Direito Municipal de Franca, Brazil)

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

Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (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. Luis María Desimoni, PhD (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Argentina)  
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Rede LFG – 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 Frota, PhD (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)  
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. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Vittorio Manes, PhD (Universidade de Salento, Italy)

#### **EDITING**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Raquel Diniz Guerra

#### **PROOF READING**

Larissa Vasconcelos Avelar  
Luiz Carlos Freitas 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. Berto Igor Caballero Cuellar, PhD (Universidade Federal do Piauí, Brazil)  
Prof. Bianca Mendes Pereira Richter, MA (Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Brazil)  
Prof. Bruno de Oliveira Moura, MA (Universidade de Coimbra, Portugal)  
Prof. Catarina Abegão Alves, MA (Universidade de Lisboa, Portugal)  
Prof. Isaac Sabbá Guimarães, PhD (Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brazil)  
Prof. Joaquim José Miranda Junior, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho, MA (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Luciano Santos Lopes, PhD (Faculdade de Direito Milton Campos, Brazil)  
Prof. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)  
Prof. Marco Aurélio Nogueira, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Nelson Juliano Cardoso Matos, PhD (Universidade Federal do Piauí, Brazil)

# PREFÁCIO

Chegar à 32ª edição é demonstração inequívoca de que A Revista De Jure – Revista Jurídica do Estado de Minas Gerais, para além de tradicional publicação do âmbito jurídico brasileiro, constitui meio eficaz de disseminação do conhecimento.

A presente edição prossegue firme no propósito de fomentar o pensamento e o debate. Por meio de artigos doutrinários de diversas áreas do Direito, esta publicação semestral versa sobre questões da atualidade, todas analisadas sob um enfoque multidisciplinar.

O hodierno formato digital da Revista não somente se coaduna com seu propósito além-fronteiras, como também contribui para tanto. Assim é que, semeando e cultivando conhecimento, a De Jure figura como respeitado veículo do discurso jurídico.

O êxito da Revista, creditado à valorosa colaboração de membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e de outros Estados, bem como de juristas, professores e estudantes, faz-se claro com a possibilidade

de debate que a leitura de seus artigos proporciona.

Honrada com tal inestimável colaboração, a De Jure vem reafirmar o convite para que artigos doutrinários de diversos ramos jurídicos sejam enviados ao endereço eletrônico <[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)>.

**Edson Ribeiro Baeta**

Promotor de Justiça

Diretor do Centro de Estudos e

Aperfeiçoamento Funcional do

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

# APRESENTAÇÃO

Com enorme satisfação apresentamos a 32<sup>a</sup> edição da Revista De Jure, que segue empenhada em difundir conhecimento e em, cada vez mais, fazer crescer sua classificação no Qualis da Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior).

Por meio de critérios previamente fixados, o Qualis - conjunto de procedimentos adotados pela Capes que classifica toda a produção intelectual do país - afere a qualidade dos periódicos científicos nacionais. Um dos requisitos exigidos pelo Qualis é a avaliação às cegas da produção literária, o que garante a lisura do trabalho dos avaliadores dos artigos.

Ainda acerca dos requisitos exigidos pelo Qualis, também a exogenia merece destaque. Ela diz respeito à participação de autores e de conselheiros editoriais de fora do Estado de Minas Gerais. Quanto maior o número de colaboradores não mineiros, melhor será a qualificação da revista.

Assim é que, visando ao permanente intercâmbio das ideias jurí-

dicas, a participação de avaliadores e de escritores não mineiros também contribui para que a De Jure continue perseguindo crescimento das notas emitidas pela Qualis. Por isso é que, para além da grande honra de contar com autores e pareceristas das nossas Minas Gerais, levamos a todo o Brasil nosso convite para compartilhar da nobre tarefa da difusão do saber.

**Antônio Sérgio Tonet**

Procurador-Geral de Justiça  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

# COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

## **BEATRIZ RUSSO DE OLIVEIRA**

Universidade Federal de Uberlândia.

## **CRISTIANO APARECIDO QUINAIA**

Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru, São Paulo. Sócio de Mandaliti Advogados.

## **FELIPE PRATA PRAVATO RANGEL**

Bacharelado em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Vitória/ES. Estagiário do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Monitor de Direito Constitucional. Presidente da Associação Acadêmica.

## **GUSTAVO ROCHA MARTINS**

Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Especialista em Direito Processual Constitucional pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. Professor de Direito Constitucional.

## **NATÁ FERRAZ CARPANEZ**

Advogado. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior. Formado em Conciliação pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Idealizador e autor de artigos na Coluna Substractum, disponibilizada no *site* Empório do Direito.

### **OTÁVIO RIBEIRO COELHO**

Advogado. Pós-Graduando em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador do Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPQ “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo” da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

### **PAULO CESAR BENTO MANTOVANI JUNIOR**

Bacharelado em Direito pela Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá. Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

### **RITA DE CASSIA BATISTA SILVA**

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais – Universidade do Museu Social Argentino, Buenos Aires, Argentina. Mestre em Ciências Criminológico-Forenses – UDE, Montevideú, Uruguai.

### **SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL**

Doutor em Direito. Coordenador na Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Toledo)/Instituição Toledo de Ensino.

# SUMÁRIO

**18 - 40**

Artigo

**A EXEGESE DOS VERBOS  
NUCLEARES DOS ARTIGOS 218,  
218-A, 218-B, 227 E 228  
DO CÓDIGO PENAL**

THE INTERPRETATION OF THE BRAZILIAN CRIMINAL CODES  
ARTICLES 218, 218-A, 218-B, 227 AND 228

PAULO CESAR BENTO MANTOVANI JUNIOR

**42 - 98**

Artigo

**A POSSIBILIDADE DE  
RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES  
POLÍTICOS POR IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA SEGUNDO A  
INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS  
SUPERIORES (STJ E STF)**

THE POTENTIAL ACCOUNTABILITY OF POLITICAL ACTORS FOR  
MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE - "ADMINISTRATIVE IMPROBITY"  
- ACCORDING TO THE DEFINITION OF THE  
SUPERIOR COURTS (STJ AND STF)

BEATRIZ RUSSO DE OLIVEIRA

**101 - 134**

Artigo

**DA TÉCNICA LUDOVICO À  
CASTRACÃO QUÍMICA:  
DA FICÇÃO LITERÁRIA AO DEBATE  
DA CRIMINALIDADE ATUAL**

FROM LUDOVIC TECHNIQUE TO CHEMICAL CASTRATION:  
FROM LITERARY FICTION TO THE DEBATE  
OF CURRENT CRIMINALITY

CRISTIANO APARECIDO QUINAIA  
SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL

**136 - 159**

Artigo

**EXPRESSO, INTERPRETADO OU  
IMPLÍCITO: AS ESPÉCIES DE  
PEDIDO NO PROCESSO CIVIL**

EXPRESSED, INTERPRETED OR IMPLIED:  
TYPES OF REQUEST IN CIVIL LAWSUIT

OTÁVIO RIBEIRO COELHO

**161 - 186**

Artigo

**O MODELO FEDERALISTA  
COOPERATIVO E O PRINCÍPIO DA  
SUBSIDIARIEDADE NO BRASIL:  
REFLEXÕES À LUZ DOS 30 ANOS DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

COOPERATIVE FEDERALISM AND THE PRINCIPLE OF  
SUBSIDIARITY IN BRAZIL: REFLECTIONS IN LIGHT OF  
30 YEARS OF THE FEDERAL CONSTITUTION

NATÁ FERRAZ CARPANEZ  
GUSTAVO ROCHA MARTINS

**188 - 215**

Artigo

**O SISTEMA PENITENCIÁRIO  
FEDERAL COMO PARADIGMA  
EM EXCELÊNCIA DE QUALIDADE  
INSTITUCIONAL**

THE FEDERAL PENITENTIARY SYSTEM AS A PARADIGM IN  
EXCELLENCE OF INSTITUTIONAL QUALITY

RITA DE CASSIA BATISTA SILVA

**217 - 260**

Artigo

**OS PRECEDENTES NORMATIVOS  
VINCULANTES NA TRADIÇÃO  
JURÍDICA BRASILEIRA**

THE STARE DECISIS IN BRAZILIAN LEGAL TRADITION

FELIPE PRATA PRAVATO RANGEL

**18 - 40**

Artigo

**A EXEGESE DOS VERBOS NUCLEARES  
DOS ARTIGOS 218, 218-A, 218-B, 227 E  
228 DO CÓDIGO PENAL**

PAULO CESAR BENTO MANTOVANI JUNIOR

# A EXEGESE DOS VERBOS NUCLEARES DOS ARTIGOS 218, 218-A, 218-B, 227 E 228 DO CÓDIGO PENAL

THE INTERPRETATION OF THE BRAZILIAN CRIMINAL CODES ARTICLES  
218, 218-A, 218-B, 227 AND 228

PAULO CESAR BENTO MANTOVANI JUNIOR

Bacharelado em Direito  
Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá, Brasil  
paulo.mantovani@hotmail.com

**RESUMO:** A forma de interpretação de determinados tipos penais que podem ser encontrados no estatuto repressivo, tendo em vista as diversas inconsistências e equívocos levantados em artigos do Código Penal sobre crimes sexuais contra vulneráveis e crimes que versem sobre lenocínio e tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, inicia-se com a explanação de princípios jurídicos para que se possa, com facilidade, compreender a esfera de argumentação aludida ao longo da pesquisa. Ademais, permanecendo o vigorante entendimento, fomenta-se a violação a princípios constitucionais de que um Estado Democrático de Direito se vincula a sua constituição. A exposição dos erros interpretativos até agora não suscitados pelas doutrinas e pelos tribunais é interposta a limitada solução ao problema ora debatido para que gere ulteriores efeitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interpretação de normas penais - verbos nucleares penais - hermenêutica – princípios penais – princípios constitucionais – normas penais e constitucionais.

**ABSTRACT:** Based on articles of the Penal Code, sexual crimes against vulnerable and crimes that relate to pimping and trafficking of person for prostitution purposes or otherwise of sexual exploitation, the analysis aim is the interpretation form of certain criminal norms that can be found in the Repressive Statute, considering the various inconsistencies and misconceptions raised during the work elapse. To do so, it begins with the explanation of Legal Principles so that one can easily understand the sphere of argumentation alluded to throughout the research. In addition, if it is remained the vigorous understanding, a violation of Constitutional Principles referred to a Democratic State of Law in its constitution is fomented. The exposition of interpretative errors hitherto not raised by doctrine and the courts. At the end, it is interposed one limited but possible solution to the problem under discussion.

**KEYWORDS:** Criminal norms interpretation – hermeneutics – penal principles – constitutional principles – constitutional and criminal norms.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Dos princípios penais; 2.1. Do princípio da legalidade; 2.2. Da taxatividade; 3. Das lacunas legais em matéria penal; 4. Da analogia e da interpretação das normas penais; 4.1. Da vedação à analogia *in malam partem*; 4.2. Dos verbos induzir e instigar; 4.2.1. Do significado em cada tipo penal; 4.2.2. Das lacunas legais na legislação penal; 4.2.3. Da crítica; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1. Introdução

No direito romano, o aforismo *benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur* traduzido ao português

diz que “as leis devem ser interpretadas benignamente para que desta forma seja respeitada sua vontade.”<sup>1</sup>

Quer dizer, a hermenêutica que se empreende em torno de um dado legislativo não é, nem pode ser, unívoca e impassível a apontamentos e a críticas. Essa situação agrava-se justamente quando se entra no domínio do direito penal, já que uma interpretação equivocada pode levar ao vilipêndio irretroativo de um direito disponível de um dado indivíduo na sua liberdade de locomoção.

A exegese empregada é que levará a uma possível condenação ou absolvição, e, a depender do caso concreto, poder-se-á desferir duro golpe contra a vida de um sujeito, tendo em vista que muitas coisas são passíveis de ressarcimento, mas o tempo perdido, ou o tempo cerceado, jamais pode ser restituído, ainda que vultosa quantia monetária seja despendida.

O equívoco interpretativo de normas se trata de um preceito subjetivo capaz de acautelar demasiado período de vida de um sujeito cuja lacuna deixada pelo legislador não teria sido percebida pelos intérpretes até então. Não é só a possibilidade de uma condenação criminal e o posterior cumprimento da pena que se discutem. A natureza dos crimes em análise, ainda que cumprida integralmente uma eventual reprimenda ao sujeito, permanecerá como marca do cometimento criminal. Tudo por um esforço interpretativo equivocado.

Com fulcro em fazer cumprir os princípios fundamentais, indisponíveis e pétreos, constitucionalmente assegurados pela Carta Fundamental de 1988, este trabalho aprofundará de forma sole-ne na exegese dos artigos referidos no título tendo como parâmetro os comandos hermenêuticos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, cujo vasto conteúdo doutrinário e científico levanta o problema que vigora nos salões da justiça brasileira, deixando uma longínqua possibilidade de reparo.

---

1 CAMPOLINA, Antônio Carlos. *Senatus Populusque Romanus, O Senado e o povo romano*, p.36.

## 2. Dos princípios penais

Preliminarmente, convém que se esboce o pano de fundo parâmetro para a compreensão do sistema que será levantado ao longo da obra.

É que se mostra inadmissível uma análise minuciosa e crítica de estamentos penais, com relevante enfoque em interpretação e digressões hermenêuticas, sem antes argumentar sobre os princípios imanentes à própria ciência criminal como um todo. Esses princípios receberam constantes recargas filosóficas ao longo dos séculos, mas não perderam a *prima facie* ante o verdadeiro sentido que os ornaram.

Não obstante o real objetivo deste trabalho, objetar-se-á entrar em demasiada argumentação a respeito das características e considerações sobre “princípios” jurídicos. Far-se-á apenas breve explanação acerca dos parâmetros que constituem “eixo” do presente postulado.

### 2.1 Do princípio da legalidade

Consagrado em nossa suprema legislação de forma esparsa, não o positivando em um rol específico, logra-se o princípio da legalidade<sup>2</sup>. Tal princípio é fundamental para limitar o poder punitivo estatal ao funcionar como um contrapeso às ações repressivas no âmbito penal<sup>3</sup>. Cabe frisar que o princípio da legalidade é tão significativa para a segurança jurídica e para a correta aplicação da lei e da ordem, que este é um imperativo que não permite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, e somente regimes totalitários o negariam.<sup>4</sup>

---

2 v.g. artigo 5º, XXXIX da Carta Magna, onde diz que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, trata-se do puro princípio da reserva legal e também do da legalidade.

3 Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, *Lecciones de Derecho Penal*, Sevilla, 1991, p.74.

4 Milton Cairolí Martínez, *Curso de Derecho Penal uruguayo*, 2 ed. 2.ª reimpr., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1990, t.1, p.99.

---

Nesse sentido, o jurista espanhol Jiménez de Asúa resume com louvor o princípio da legalidade: “Todos têm o direito de fazer aquilo que não prejudica a outro e ninguém estará obrigado a fazer o que não estiver legalmente ordenado, nem impedido de executar o que a lei não proíbe”<sup>5</sup>.

Essa disposição, unida a outras como a da exclusividade da retroatividade da lei penal para benefício do réu, encontra sua fonte no puro ideário do estado de direito, em que qualquer ação que vá de encontro à liberdade de outrem deverá ter fundamentos e justificativas legais.<sup>6</sup> O próprio código penal prevê que não se pode dar por delituosa a ação de alguém sem que haja lei que a defina como tal. Daí se denota o brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* (não há crime se não há lei prévia).

O princípio da reserva legal, que se encontra em união de esforços ao princípio da legalidade, contempla, igualmente, o princípio da determinabilidade ou da precisão do tipo penal (*lex stricta*). Estabelece que o indivíduo há de ter plena condição de saber o que é permitido ou proibido. Mesmo que se saiba que é ineficaz e antijurídico impedir a utilização dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, os quais estão à margem de tais princípios, é notável que seu uso não deve vilipendiar os axiomas supracitados, ou seja, acarretar imprecisão das condutas proibidas pela lei penal<sup>7</sup>.

É insustentável que se admita ao princípio da legalidade um aspecto meramente formal, sendo imprescindível arremeter sua compatibilidade material a um texto que lhe é superior, ou seja, a Constituição.<sup>8</sup> Assim Ferrajoli eterniza, com autoridade:

---

5 Jimenez de ASSÚA, Luiz. *Principios de derecho penal* – La ley y el delito, p.96.

6 Gilmar Ferreira Mendes, *Curso de Direito Constitucional*, 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 495.

7 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal*, cit., p.173-175; Francisco de Assis Toledo, *Principios básicos de Direito Penal*, cit.; Pierroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, cit., p.291.

8 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Especial*, p. 17.

No Estado de direito o princípio da sujeição, não só formal como também o material da lei ordinária à norma constitucional, possui um valor teórico geral, do qual resulta a diferente estrutura lógica das implicações mediante as quais formularemos o princípio de mera e o de estrita legalidade. Esta sujeição substancial concretiza-se nas diferentes técnicas garantistas por meio das quais o legislador e os demais poderes públicos são colocados a serviço, por meio de proibições ou obrigações impostas sob pena de invalidade, da tutela ou satisfação dos diferentes direitos da pessoa<sup>9</sup>.

O jurista italiano nos faz enxergar que a própria elaboração das leis e sua *verificabilidade* ou *falseabilidade* estão diretamente ligadas à clareza das normas, ou seja, o princípio da legalidade estrita; e não podemos nos confortar com a *mera legalidade*, aquela principalmente voltada aos juízes, já que nem todos os tipos penais adotam a taxatividade necessária para tal.<sup>10</sup> Ferrajoli ainda cita o artigo 1.º do código penal italiano como destaque para a teoria da denotação jurídica: “Ninguém pode ser punido por um fato que não esteja *expressamente* previsto na lei como delito”. Esse princípio, como baluarte de um sistema penal cognitivo que impõe como regra o legislador usar termos na confecção das leis que tenham extensão determinada, conota em sua pretensão palavras que não sejam vagas ou demasiado abertas, mas o mais direta e clara possíveis.<sup>11</sup>

É imperativo que as normas criminais e a previsão de delitos sejam dotadas de características idôneas na determinação de seu campo de aplicação, reforçando-se que isso deve ser feito de maneira exaustiva para que se dê segurança jurídica ao aplicador e não caia no contraditório em relação a outras figuras de delito conotadas por normas concorrentes.<sup>12</sup>

---

9 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p.307.

10 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, p.87.

11 *Ibidem*, p.117.

12 *Ibidem*, p.117.

---

Precedente assentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *habeas corpus* 109.277, relatoria do ministro Ayres Britto, trouxe interessante discussão a respeito do precípua princípio da legalidade penal, *in verbis*:

O tema da insignificância penal diz respeito à chamada “legalidade penal”, expressamente positivada como ato-condição da descrição de determinada conduta humana como crime e, nessa medida, passível de apenamento estatal, tudo conforme a regra que se extrai do inciso XXXIX do artigo 5º da CF, *litteris*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. É que a norma criminalizante (seja ela proibitiva, seja impositiva de condutas) opera, ela mesma, como instrumento de calibração entre o poder persecutório-punitivo do Estado e a liberdade individual. A norma legal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal da interferência na liberdade individual, também se traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de irrazoabilidade e desproporcionalidade se expõem a controle jurisdicional. (STF – HC 109.277, rel. min. Ayres Britto, j. 13-12-2011, 2.ª Turma, DJe de 22.2.2012).

O princípio da legalidade é entendido não só como uma forma de controle do poder punitivo estatal, mas também como próprio garantidor daquele, ao trazer a segurança jurídica necessária para a feitura, manutenção e promoção da pacificação social.

Uma vez destoante da legalidade, em justa confrontação com a regra da legalidade, pode-se dizer que toda e qualquer manifestação de vontade, seja do Estado-juiz, por meio de suas decisões, seja por particulares em seus negócios jurídicos, perder-se-á qualquer legitimidade e ficará, portanto, submetido às intempéries da nulidade.

Cumprido destacar que o desembargador brasileiro Amilton Bueno de Carvalho relembra com maestria a obra de Jesús Antonio de la Torre Rangel que discursa sobre *el derecho como arma de liberación em América Latina*:

La legalidad y su interpretación, así, aterrizan los principios y persiguen incesantemente la utopía. Entonces el límite del juzgador pasa a ser en una punta el hecho concreto y en la otra los principios generales del derecho. Y si la legalidad no está de acuerdo con los principios pierde su legitimidad y se está autorizado a negarla.<sup>13</sup>

Portanto, no momento de imergir na digressão interpretativa, principalmente em matéria penal, quando muitas vezes se estará manuseando o direito indisponível da liberdade de locomoção, cuidado se deve ter ao manuseio da letra da lei, justamente para atentar-se aos princípios e às regras que ornaram todo o ordenamento jurídico do qual é parâmetro, e acolher com muita cautela propostas oriundas de eventuais partes num processo.

## 2.2 Da taxatividade

O princípio da legalidade vincula ao operador do direito o dever de observar a conduta dada por criminosa a fim de verificar se há enquadramento dela entre os tipos penais, postulado que também obriga ao legislador, na égide criminal, elaborar tipos que sejam claros assim como eficientes. A lei que se identifica demasiado aberta à interpretação, ou seja, sem objetividade e foco, não cumprirá o pressuposto princípio da legalidade, porquanto no estado democrático de direito os direitos individuais não podem ser vilipendiados por normas exageradas e desproporcionais. A construção de normas penais dúbias e repletas de termos valorativos e imprecisos pode dar ensejo ao abuso do Estado na forma de invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos, haja vista que se trata de um princípio visivelmente decorrente do da legalidade.<sup>14</sup> Conforme o penalista alemão Claus Roxin:

---

13 CARVALHO, Amilton Bueno de, *apud* RANGEL, Jesús Antónío de la Torre, 2006, p. 176.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral; parte especial*. 4 ed.. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.75.

[...] uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo<sup>15</sup>

Todavia, não se pode falar que a ciência jurídica é uma matéria de total determinação, cujas normas são sempre objetivas e de única interpretação. O legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos inseridos como cláusulas gerais, os quais permitem melhor adequação da norma de proibição à do comportamento efetivado.<sup>16</sup> Destarte, há a necessidade de um meio termo, uma plataforma na qual se respeitem os limites da indeterminação da lei, à qual se lhe dá certo grau de interpretação, a proteção dos bens jurídicos fundamentais inerentes ao bem-estar social, e os sensíveis à dignidade da pessoa humana contra a invasão do Estado mediante abuso de hermenêutica.

Novamente Roxin sugere vários critérios para encontrar esse equilíbrio:<sup>17</sup>

1.º) Conforme o Tribunal Constitucional Federal alemão, a exigência de determinação legal aumentaria junto com a quantidade de pena prevista para o tipo penal, e a consagração pela jurisprudência de uma lei indeterminada atenderia ao mandamento constitucional.

2.º) Haveria inconstitucionalidade quando o legislador, dispondo da possibilidade de uma redação legal mais precisa, não a adota. Embora seja um critério razoável, ignora que nem toda previsão legal menos feliz pode ser tachada de inconstitucional.

3.º) O princípio da ponderação, segundo o qual os conceitos necessitados de complementação valorativa serão admissíveis se

---

15 ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, p.169.

16 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*. 21 ed.. São Paulo, Editora Saraiva, 2015, p.52.

17 ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, p. 172

---

os interesses de uma justa solução do caso concreto forem preponderantes em relação ao interesse da segurança jurídica.

O jurista Luigi Ferrajoli na obra *Direito e Razão* prevê que o princípio da taxatividade penal caminha junto ao da legalidade estrita. Todavia, o ideário de estrita legalidade e perfeita taxatividade dos tipos é dificilmente aplicado ou aplicável em um todo, por entender que sempre existirão lacunas na lei que permitirão a investida da semântica jurídica e, portanto, certo grau de discricionariedade.<sup>18</sup>

Mencionando o filósofo político britânico Herbert Hart, “em todas as leis existe uma ‘penumbra’ junto ao seu núcleo luminoso. As palavras da lei ‘não são obviamente aplicáveis... tampouco excluíveis’”<sup>19</sup>.

A respeito disso, o *caput* do artigo 121 diz que “matar alguém” é uma característica única e denotada. Porém, no §1º, entre as causas de diminuição de pena, ressalva: “se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social, ou moral (...)”. Nota-se aqui circunstância vaga e indeterminada para a concepção do que é valor social ou moral, e se admitem várias interpretações. Mesmo que as principais doutrinas brasileiras tratem essa matéria como algo certo e determinado, nada impede que se busquem outros significados em momentos históricos e conjunturais diferentes. No primeiro caso, o juízo de aplicabilidade é indiscutível; no segundo, conforme já exposto, admitem-se diversas interpretações.

### 3. Das lacunas legais em matéria penal

Legislador algum é livre de erros, nem o processo legislativo totalmente imune a vícios. Em outra égide, é facilmente notável, para operadores ou não do direito, que o Código Penal publicado em 1940 possui diversos erros principalmente gramaticais, e

---

18 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p.118.

19 H.L.A. Hart, *Positivism and the separatism of Law and morals (1958)*, trad. It. In. *Contributi*, cit., p.129.

estes, por sua vez, podem alterar, de uma forma ou de outra, a interpretação dos juristas e outros manipuladores da lei. Ora, não entra em mérito aqui a discricionariedade das leis, pois esta é implícita ao processo legislativo. Nota-se, porém, real situação de erro na redação do artigo 235 (crime de bigamia):

Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, *novo casamento*:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai *casamento* com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro *casamento*, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

No delito transcrito, observa-se que se tutela tão apenas o instituto do *casamento* e nenhuma outra forma de constituição de entidade familiar que tenha atendido às disposições legais como, por exemplo, a *união estável*, justamente porque, caso o intérprete o faça, estará agredindo frontalmente o princípio da taxatividade e ensejando a reprovável analogia *in malam partem*.

Outro exemplo é o artigo 288-A, também do Código Penal brasileiro, cuja redação é:

Art. 288-A - Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão *com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código*:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

Em primeiro momento, o artigo foi inserido às pressas justamente por prever uma cláusula generalíssima, aberta e perigosa ao bom andar do Direito, o mandamento de “*praticar qualquer dos crimes*”, mesmo sendo difícil visualizar uma organização paramilitar com a precípua destinação de praticar falsidade ideológica ou fraudar certames públicos.

Carece de enfoque é a expressa e restrita previsão de que somente se enquadrarão no delito os crimes descritos no Código Penal, e em mais nenhuma lei incriminadora, como a Lei 11.343/2006 (lei de drogas), a 9.455/1997 (tortura) ou 10.826/2003 (estatuto do desarmamento). Portanto, é claro o vácuo hermenêutico, tutelador e individualizador que orna o crime comentado alhures.

Não obstante, o artigo 289, §3º, inciso II, do Estatuto Repressivo, traz a redação seguinte:

Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:

Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa

(...)

§ 3º - É punido com reclusão, de três a quinze anos, e multa, o funcionário público ou diretor, gerente, ou fiscal de banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão:

(...)

II - *de papel-moeda* em quantidade superior à autorizada.

Detrai-se da incriminação supra que tão somente se punirá acaso os verbos tipificados no § 3º estiverem se tratando de papel-moeda, suprimindo-se, por exemplo, moedas metálicas. Alargada a interpretação e aplicabilidade da norma incriminadora, estar-se-á adentrando no campo da violação à legalidade e taxatividade das normas.

Portanto, há diversos casos no Código Penal, mas também em normas incriminadoras especiais, que, ao serem analisados criticamente, têm o condão de ensejar reprovável violação ao princípio da legalidade, taxatividade e subsidiariedade imanentes ao Direito Penal, justamente porque, em um acesso de ativismo judicial, todo o direito se poderá prejudicar, em razão de falha anterior.

Colocando-se o pressuposto da estrita legalidade, é possível que, ao fazer uma leitura geral do código penal, e posterior in-

terpretação sistemática, logre-se localizar não somente situações de engodo legislativo, mas também equívocos interpretativos de conceitos dominantes, os quais ferem princípios baluartes da ciência criminal. Não é dispensável dizer, também, que os erros legislativos muitas vezes são a causa para que tais incongruências aconteçam, como em normas penais já citadas.

O Supremo Tribunal Federal oferece jurisprudência neste sentido, sendo o julgamento do *habeas corpus* 95.978, de relatoria do ministro Cezar Peluso, expoente em impedir a extensão interpretativa de normas legais. Naquele caso do remédio heroico, tratava-se do delito de homicídio. Cumpre fazer a transcrição de extratos do precedente:

[...] não se pode, mediante ato do intérprete, criar figura típica, sob pena de grave e ostensiva violação ao princípio da legalidade penal. [...] a legislação penal não prevê figura de homicídio culposo qualificado por inobservância de regra técnica. Note-se que isso não significa seja a causa de aumento de pena inaplicável [...] mas apenas que é mister a concorrência de duas condutas distintas, uma para fundamentar a culpa, e outra para configurar a majorante. [...]. (STF- HC 96.078, rel. min. Cezar Peluso, j. 10-3-2009, 2.<sup>a</sup> Turma, DJe de 15.5.2009).

#### 4. Da analogia e da interpretação das normas penais

Diversos paradigmas e métodos esclarecem o significado da norma penal e dão aplicabilidade às situações cotidianas. Métodos como o gramatical, sistemático, teleológico e histórico norteiam o processo interpretativo dentro do direito penal brasileiro. O jurisconsulto brasileiro Cezar Bittencourt afirma com maestria:

O Direito Penal não exige nenhum método particular de interpretação, diferente da interpretação jurídica geral. Assim, qualquer processo idôneo de hermenêutica pode ser aplicado no

âmbito do direito criminal. Afora os limites determinados pelo princípio da legalidade, os resultados poderão ir até onde uma legítima e idônea interpretação os conduza.<sup>20</sup>

O processo de analogia difere do da interpretação, visto que tal procedimento é usado para dar aplicabilidade às leis penais quando houver lacunas deixadas pelo legislador. Se, por exemplo, o legislador grifou no texto que uma determinada lei “A” deu consideração a um fato “B”, mas o juiz decidiu “C”, as tentativas de encontrar enquadramento legal falharam. Todavia, o magistrado, vislumbrando verossimilhança entre os fatos “B” e “C”, aplicou a lei “A”, dada a lacuna nela, executa-se, assim, o processo de integração da norma penal. É neste ponto que tal instituto difere, dado que a interpretação é um procedimento que busca o significado da lei em sua exatidão, já que aquela integra a norma penal a um fato ainda desinencial.

A interpretação, mais precisamente no campo da hermenêutica, pelo caráter discricionário das leis, deve permitir a subjetividade, de forma que estamento legislativo algum é munido de apenas um e incontestado entendimento. A respeito, o filósofo mexicano Beuchot destaca a diferença entre uma hermenêutica positivista, imutável, que anota haver apenas uma incontestável e única interpretação, e a hermenêutica romântica, em que a subjetividade “[en] el romanticismo estuvo aparentado com esa subjetividad absoluta del idealismo... racionaba contra las ciencias formales y naturales que le presentaba el positivismo, pero no contra las ciencias sociales que nacían...”<sup>21</sup>.

Não obstante, o jurista e filósofo mexicano Beuchot continua insistindo na necessidade de se objetarem os extremos hermenêuticos, o utilitarismo jurídico, a unissonidade de entendimentos e a impassibilidade de mudança exegética, *in verbis*:

---

20 BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 187.

21 BEUCHOT, *Perfiles esenciales de la hermenêutica*, p. 37.

Para remediar esa caída en los extremos, podemos proponer un medio analógico, que sería una hermenéutica en la que las interpretaciones no fueran todas inconmensurables, equívocas, ni todas tuvieran que ser idénticas por sólo haber una posible, unívoca, sino que fueran en parte comunicables, precisamente por tener una parte de comunidad o igualdad, pero preponderadamente diversas, por guardar en cierta medida la particularidad del intérprete.<sup>22</sup>

Portanto, há que se ressaltar a questão da hermenêutica como instrumento primordial do direito, na qual existem ressalvas e freios, como todo e qualquer princípio ou regra jurídica, não obstante se mostrar indispensável para o correto exercício da função jurisdicional.

#### **4.1 Da vedação à analogia *in malam partem***

Como foi afirmado, durante a análise do princípio da taxatividade e da legalidade, nenhuma lei é capaz de contemplar todas as hipóteses que a complexidade da vida social pode apresentar ao longo do tempo.<sup>23</sup> O direito e seu império de leis possui a característica da discricionariedade, que admite um esforço interpretativo analógico para alcançar a pretensa pacificação social. Nenhum sistema jurídico é imune a lacunas, especialmente o ramo do direito penal, pois a sociedade está em constante mudança, assim como os agentes que dela participam.

Para o professor, pedagogo e filólogo brasileiro Aníbal Bruno, “a vida, na sua evolução, se distancia do Direito legislado, ultrapassa-o e vai criar, assim, outras lacunas no sistema jurídico. Se novas leis não ocorrem para cobri-las, é ao juiz que cabe preenchê-las por meio do processo de analogia.”<sup>24</sup> Entretanto, é impe-

---

22 BEUCHOT, *Tratado de hermenéutica*, p. 37-38.

23 BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 197.

24 Aníbal Bruno, *Direito Penal*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, t.1, p.208.

rioso destacar a observância do princípio da *mera legalidade* pelos magistrados, para que apliquem a lei tal qual ela é formulada, evitando-se abusos pelo poder da hermenêutica.

A analogia entende-se por um processo de autointegração em que se cria uma norma penal onde não existia.<sup>25</sup> Não se pode confundir a analogia, necessariamente de aplicação da lei penal, com a interpretação extensiva. Como foi afirmado, a analogia possui caráter integrativo, não interpretativo. Com a analogia, obsta-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, ou seja, busca-se sanar uma lacuna no texto da lei<sup>26</sup>.

Bettioli afirma que a analogia, em verdade, “consiste na extensão de uma norma jurídica de um caso previsto a um caso não previsto com fundamento na semelhança entre os dois casos, porque o princípio informador da norma que deve ser estendida abraça em si também o caso não expressamente nem implicitamente previsto”<sup>27</sup>. Frise-se que tal instituto não é absoluto, sendo defeso aplicá-lo: a) nas leis penais incriminadoras; b) nas leis excepcionais; c) nas leis fiscais.

Para o instituto da analogia, são observados dois pressupostos: a analogia *in malam partem* e a analogia *in bonam partem*, expressões latinas para respectivamente “em prejuízo da parte” e “em benefício da parte”. Importante frisar que para as normas penais incriminadoras, inalcançadas pelo princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*, é vedado o direito de uso da analogia *in malam partem*, sendo imperativo o uso da analogia estritamente em benefício da parte.<sup>28</sup> Ainda assim, até mesmo o uso da analogia

---

25 NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Direito Penal*, p.84.

26 BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, p.197.

27 Giuseppe Bettioli, *Direito Penal*, trad. (8 ed. It.) Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, v.1, p.165.

28 BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, p.200.

*in bonam partem* deve ser reservado para situações excepcionais, visto que o princípio da legalidade é a regra, não a exceção.<sup>29</sup>

É, portanto, aceitável ao aplicador da lei, sabendo ser o magistrado, o dever de melhor buscar o sentido da lei, sem criá-la, facultando-lhe, em determinadas circunstâncias, a interpretação extensiva da lei penal<sup>30</sup>, sendo, todavia, absolutamente vedado o emprego da analogia em prejuízo da parte, e, em caráter de regra, suprimir o princípio da legalidade.

## 4.2 Dos verbos “induzir” e “instigar”

Os verbos nucleares *induzir* e *instigar*, presentes nos artigos 122 (induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio), 218 (corrupção de menores), 218-A, 218-B, 227 (mediação para servir a lascívia de outrem) e 228 (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual) ensejam a interpretação hoje atribuída a eles.

### 4.2.1 Do significado em cada tipo penal

Induzir e instigar no artigo 122: *induzir* denota, nas palavras de Nucci, “dar ideia a quem não possui, inspirar, incutir.”<sup>31 32</sup> *Instigar* Capez postula que significa reforçar, estimular, encorajar um desejo já existente. “Na instigação, o sujeito ativo potencializa a ideia de suicídio que já havia na mente da vítima.”<sup>33 34</sup>

---

29 NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, p.84.

30 BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p.201.

31 NUCCI, *Manual de Direito Penal – Parte especial*, p.610.

32 Neste ponto, Rogério Greco, Cezar Bitencourt e Fernando Capez dividem a mesma ideia.

33 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte especial*, p.124.

34 Quanto a este verbo, também é uniforme o entendimento de Guilherme Nucci, Rogério Greco e Cezar Bitencourt.

Induzir no artigo 218: Para Bitencourt, *induzir* significa “suscitar a ideia, tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento do indivíduo uma ideia até então inexistente”. Em continuação, o juriconsulto afirma que “não deixa de ser uma espécie de *instigação* (esta mais abrangente)”.<sup>35</sup> Para Guilherme Nucci, *induzir* explicita diretamente o sentido de instigar, fomentar.<sup>36</sup>

Para os artigos 218-A, 227 e 228, os doutrinadores consultados adotam posição similar ao conceito do verbo “*induzir*” explicitado no artigo 218, dispensando-se qualquer consideração a respeito.

#### 4.2.2 Da crítica

Partindo do pressuposto de que *induzir* e *instigar* são completamente diferentes entre si, como é visível nos artigos 218, 218-A, 218-B, 227 e 228, é importante citar o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito da ação nuclear na égide do crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio:

Ora, induzir e instigar são verbos diferentes, empregados no texto legal para traduzir ações delituosas diversas. O induzimento ao suicídio significa persuasão, para incutir no espírito de outrem o desígnio de eliminar voluntariamente a própria vida. A instigação, porém, é de caráter dinâmico, traduzindo um acoçoamento ao ato de dar-se alguém à morte. (RJTJESP, 11/408).

Para o crime previsto no artigo 122, o conceito para os verbos em espécie são aplicáveis a qualquer aparecimento destes em todo código criminal, fazendo jus ao princípio da estrita legalidade e da taxatividade. Ora, se o legislador logrou impetrar um verbo em determinado tipo penal, e faz conceito dele unindo-se

35 BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal* – Vol. 4. p. 120.

36 NUCCI, *Manual de Direito Penal* – Parte especial, p. 795.

também a entendimentos jurisprudenciais conforme se viu, é inconcebível que se façam interpretações distantes do real significado dos verbos. Então, os ditames para os elementos típicos dos artigos 218, 218-A, 218-B, 227 e 228 adotados pela maioria dos doutrinadores estão equivocados, visto que se distanciam da uniformidade dada pelo legislador ao verbo *induzir* neles presente.

As doutrinas, para fins de adequação típica à conduta do agente no núcleo verbal, dissertam erroneamente que: “para que haja induzimento é necessário que o agente tenha feito promessas, súplicas, sendo a conduta idônea a levar a vítima a satisfazer a lascívia de outrem”<sup>37</sup>. Ora, tal como foi exposto, a violação ao princípio da legalidade e da taxatividade são contumazes nessas considerações doutrinárias, assim como nos Tribunais (*v.g.* JTAERGS 153/106), visto expandir para além dos limites a interpretação do verbo nos artigos supra.

Ainda que nos casos julgados ou em julgamento haja fuga para alegação de vacância no texto legal, e posterior necessidade de aplicação de técnicas de analogia, esta não se entende por passível de aplicação, visto recair na espécie de analogia *in malam partem*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, já exposto no título 3.1.

Recorrendo a explanações fáticas, uma pessoa menor de quatorze anos, já com *animus* de se prostituir, parlamenta com alguém maior de dezoito, engana-lhe a idade, com ele tem relações sexuais. Depois do ato, o indivíduo faz promessas à menor para começar a trabalhar numa casa de prostituição qualquer alegando o que quer que seja para convencê-la. Ela, já intencionada a isso fazer, aceita a argumentação do sujeito e engaja na vida prostituta. O agente cometeu algum delito?

---

37 Nesse quesito, são idênticas as considerações dos doutrinadores Damásio de Jesus, Cezar Bitencourt, Rogério Greco e Julio Mirabete.

A resposta é claramente não! Já previamente argumentado, não há que se confundir a significância de verbos nucleares em tipos penais. Em égide de adequação típica, o agente que parlamentou com a menor não a induziu, mas a instigou a entrar na prostituição. O verbo *instigar* está ausente no rol do artigo 218, não podendo, então, o agente ser punido, visto recair no caso de “fato atípico” por completa ausência de tipificação objetiva. A demasiada extensão em interpretação penal agride o princípio da legalidade, parâmetro supremo da hermenêutica criminal. Nesse caso, é pacífico o entendimento que, como no artigo 122 do Código Penal, os verbos *induzir* e *instigar* são totalmente distintos de si, e tal diferença também deve ser considerada para toda e qualquer aparição de tais verbos em outros artigos desse código.

Em conclusivo exemplo, o sujeito “A” em uma festa noturna depara com uma linda mulher e ambos se enamoram. Tímido e contraído, o sujeito “A” pede que seu amigo “B” converse com a mulher para que se relacionem. De mais a mais, a mulher demonstrou interesse no sujeito “A”, mas não o externou para não dar ares de vulgaridade. Insistentemente, “B” argumenta com a moça até que, finalmente, ela se desloca até “A” e com ele pratica ato libidinoso, desejo final de ambos. Cometeu “B” algum delito?

Novamente retoma-se a defesa de que não, visto que o que “B” cometeu, em sede de análise típica e fática, foi a instigação da jovem para que com seu amigo tivesse atos libidinosos. Eis novamente, como no primeiro caso, o agente recaído na senda da atipicidade material, não podendo, finalmente, ser punido por crime algum, por completo descabimento de ensejo verbal à sua conduta praticada.

*Ex positis*, as considerações e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais violam os preceitos legais da taxatividade e da legalidade, não podendo perdurar *ad summam*.

## 5. Conclusão

Utilizando-se de esforços à luz dos ditames basilares da ciência penal brasileira, é posto por informar o indubitável erro ao qual as doutrinas penais e processuais penais incorreram quando se diz aos verbos nucleares dos tipos repressivos ora expostos. Todavia, em absoluto não é feita estrita menção a estes, visto já enunciado que o código penal brasileiro padece de revisões e concertos, e tais equívocos são tão comuns quanto a correta aplicação destes pelos egrégios tribunais. Admite-se que o contínuo uso dos errôneos entendimentos acerca dos preceitos primários nos tipos penais se trata de afronta ao princípio da legalidade e da taxatividade, algo que o ordenamento jurídico brasileiro abole sumariamente, o que, indiretamente, agride a integridade da justiça e do direito. Faz-se uso do antigo, porém nunca ultrapassado aforismo romano, *extentio non habet locum in poenalibus*, pois a tradução “extensão não tem lugar na matéria penal” quis dizer que o direito criminal não admite extensões interpretativas às avessas, visto tal ramo do direito se tratar com a pena capital no ordenamento jurídico brasileiro de privar a liberdade de outrem por ações ou omissões cometidas.

O que resta sugerir como possível retificação a esse erro, que há muito acerca de insegurança interpretativa o direito brasileiro, é que haja uma intervenção do Poder Legislativo nessa matéria, visto ser o poder competente para alterar os ditames no código penal segundo prediz a Constituição da República. Em seguida, o dever de cumprir com o justo será arremetido ao Poder Judiciário para, por meio de suas decisões e sentenças, passem a admitir a diferença entre o tipo penal derogado e o novo, reformado. Isto posto, normalizar-se-ão as relações jurídicas nos salões da justiça, visto vincular a doutrina ao entendimento do novo tipo penal, com as reformas suprapostas.

## 6. Referências

ALEXY, Robert. *O conceito e a validade do Direito*. São Paulo, Editora Marcial Pons, 2014.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Penal – Interpretado pelo STF e STJ Comentado pela Doutrina*. 1 ed. São Paulo, Editora J H Mizuno, 2014.

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

BETTIOL, Giuseppe Maria. *Direito Penal: tradução da versão italiana*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica Analógica*, México, Facultad de Filosofía y Letras, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, UNAM, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública – 9 ed. rev., ampl. e atual.*, São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Editora Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional – 2 ed.*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAMPOLINA, Antônio Carlos. *S.P.Q.R. Senatus Populusque Romanus. O Senado e o povo romano – 7 ed.*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, Fundação Biblioteca Nacional, 2015.

---

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, volume 3, parte especial, arts. 213 a 359-H* – 15 ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código Penal comentado*. Porto Alegre, editora Verbo Jurídico, 2007.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTON, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado* – 9 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal* – 4 ed. rev., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FONTELES, Samuel Sales. *Hermenêutica Constitucional*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – 17 ed., Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume III*. Niterói, RJ, editora Impetus, 2006.

\_\_\_\_\_, *Curso de Direito Penal, Parte Especial. Volume IV* – 11 ed., Niterói, RJ, editora Impetus, 2015.

JESÚS ANTÓNIO, De la Torre Rangel. *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2006.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal, 3.º volume, parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. 18 ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único* – 5 ed. Rev., atual. e ampl., Salvador, editora JusPodivm, 2017.

---

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional – 10 ed. rev. e atualizada*. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, vol. III*. 22 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado – 17 ed. rev., atual. e ampl.*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017. \_\_\_\_\_.

*Manual de Direito Penal – 13 ed. rev., atual. e ampl.*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017.

Artigo recebido em: 3/9/2018

Artigo aprovado em: 11/12/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190001

42 - 98

Artigo

**A POSSIBILIDADE DE  
RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES  
POLÍTICOS POR IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA SEGUNDO A  
INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS  
SUPERIORES (STJ E STF)**

BEATRIZ RUSSO DE OLIVEIRA

# A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SEGUNDO A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STJ E STF)

THE POTENTIAL ACCOUNTABILITY OF POLITICAL ACTORS FOR MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE - "ADMINISTRATIVE IMPROBITY" - ACCORDING TO THE DEFINITION OF THE SUPERIOR COURTS (STJ AND STF)

BEATRIZ RUSSO DE OLIVEIRA  
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil  
beatriz-russo@hotmail.com

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo a conceituação da improbidade administrativa, bem como a análise da possibilidade da responsabilização de agentes políticos por condutas ímprobas, nos termos da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Para tanto, buscou-se trazer o conceito de agente político e as possíveis controvérsias acerca da sua classificação segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias, além da compilação de julgados dos tribunais superiores brasileiros (Superior Tribunal de Justiça - STJ e Supremo Tribunal Federal - STF) para análise acerca de divergência jurisprudencial sobre o tema. Isso porque haveria dúvidas no sentido de que os agentes políticos, quando cometem condutas ímprobas, são responsabilizados por legislação própria e especial, em razão do cargo exercido. Então, quando praticam condutas ímprobas, respondem pelos chamados crimes de responsabilidade. Caso respondessem simultaneamente pelas sanções da Lei 8.429/92, ocorreria o fenômeno da dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*), vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Improbidade administrativa (Lei 8.429/92); Agentes políticos; Crimes de responsabilidade; Lei 1.079/50 e Decreto-Lei 201/67; Posição majoritária das Cortes Superiores.

**ABSTRACT:** The present study had as purpose conceptualize dishonest conducts or misconduct in public office, called by Brazilian legal order as "administrative improbity", under the Law number 8.429/92. In order to do so, it has been brought the concept of political agent and the possible controversies about its classification according to the majority Brazilian doctrine and jurisprudence. Besides that, it has been done a compendium of judgments of the Superior Brazilian Courts (Superior Court of Justice - STJ and Supreme Federal Court - STF) to analyze possible jurisprudential divergence on the subject. This is because there would be doubts in the sense that political agents, when commit impulsive conducts, are held accountable for their own special legislation, because of the position they hold in the political scenery. Finally, it was discussed that when they practice misconduct in public office, they respond to so-called crimes of responsibility. If they respond, simultaneously to the sanctions of Law number 8.429/92, the phenomenon of double punishment for the same act (*bis in idem*) would occur, which it's forbidden by the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** Administrative improbity (Law number 8.429/92); Political actors; Crimes of responsibility; Law number 1.079/50 and Decree-Law 201/67; Majority position of the superior courts.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Considerações sobre ética, corrupção e moralidade administrativa. 3. Improbidade Administrativa. 3.1 Conceito. 3.2 Classificação, sujeitos ativos e sujeitos passivos. 3.3. Configuração, modalidades e sanções. 3.4 Controles dos atos de improbidade: preventivo, repressivo e ferramentas administrativas para o monitoramento de condutas ímprobadas previstas na Lei 8.429/92. 3.5 Ação de improbidade, competência e foro por prerrogativa de função. 3.6 Prescrição e irretro-

atividade da Lei 8.429/92. 4. Explanções necessárias sobre os agentes políticos. 4.1 Classificação, enquadramento segundo a doutrina brasileira majoritária e segundo o STF. 5. A Lei 1.079/50, o Decreto-Lei 201/67, os crimes de responsabilidade cometidos pelos agentes políticos e a vedação das suas aplicações simultâneas à Lei 8429/92 aos agentes políticos que cometeram condutas ímprobas. 6. A posição majoritária do STJ e do STF sobre a possibilidade da aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos mediante a análise de julgados. 7. Considerações finais. 8. Referências.

## **1. Introdução**

A Emenda Constitucional 19/98 trouxe, entre outras providências, a passagem do Estado burocrático para o Estado gerencial, impondo o exercício de um controle rigoroso sobre as despesas públicas. O principal motivo da realização da emenda foi a busca da gestão pública por resultado, o que permitiria que os cidadãos atuassem conjuntamente com o Poder Público na fiscalização e no controle dos recursos públicos, a fim de que fossem utilizados corretamente, de acordo com a finalidade da lei.

Por meio de normas e outros instrumentos de governança, busca-se, então, a efetivação do denominado “direito à boa administração”, utilizando-se, para tanto, padrões éticos de eficiência administrativa e do controle da gestão pública, a fim de evitar a apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos.

No entanto, ao mesmo tempo em que a reforma gerencial do Estado foi instituída no país e trouxe normas bem definidas acerca de seu funcionamento, como, por exemplo, a criação do princípio da eficiência e sua adoção como princípio administrativo fundamental (novo paradigma da gestão pública), segundo Bresser-Pereira, esse princípio ainda não foi integralmente implementado em virtude da “miopia gerencial” dos administradores públicos que insistem em raciocinar e agir sob a égide de velhas formas, que sequer encontram respaldo na Constituição da República (ABREU; MOREIRA, 2016, p. 79).

Uma das convergências entre as gestões pública e privada é que ambas devem atender às necessidades do cidadão-cliente, seguir

a Constituição Federal e prestar contas ao cidadão, detentor de direitos e deveres. Além disso, a nova visão empreendedora exige que o administrador público compatibilize custos e resultados, levando em conta os princípios da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, tornando decisões céleres, com riscos calculados, para aproveitar as oportunidades de mercado (ABREU; MOREIRA, 2016, p. 83).

Dessa maneira, a CF/88 trouxe em seu artigo 37, parágrafo 4º, para fins de proteção à moralidade administrativa e efetivação da gestão pública nos termos da reforma gerencial, as sanções impostas aos praticantes de atos de improbidade administrativa: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Segundo o ex-ministro do STF, Carlos Velloso, em voto proferido no julgamento da Reclamação 2.138/DF:

O princípio da moralidade administrativa e a probidade administrativa se relacionam. Aquele, o princípio da moralidade administrativa, constitui o gênero, do qual a probidade administrativa é espécie. 'Então', escreve Marcelo Figueiredo, 'a improbidade administrativa seria a imoralidade administrativa qualificada, ou seja, a improbidade é exatamente aquele campo específico de punição, de sancionamento da conduta de todos aqueles que violam a moralidade administrativa' (Marcelo Figueiredo, 'ob. e loc. citis.'). (BRASIL, 2017).

Por outro lado, a CF/88 somente trouxe cláusula geral no tocante à punição de atos ímprobos. Diante da necessidade de uma lei específica para regular o assunto, o legislador editou a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a qual representa um marco no ordenamento jurídico na busca pela "moralização" da Administração Pública.

A Lei 8.429/92 é considerada instrumento de realização do princípio maior, o da moralidade administrativa. Ela dispõe acerca de

quatro categorias de atos de improbidade administrativa, quais sejam: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10); atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A) e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11) (BRASIL, 1992).

Além disso, a Lei 8.429/92 também conceitua e apresenta o rol de sujeitos ativos a responderem por atos ímprobos, afirmando que a improbidade administrativa pode ser praticada por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta, fundacional ou autárquica de qualquer dos poderes da União, Estados e Municípios e de empresas incorporadas ao patrimônio público (BRASIL, 1992).

Importante salientar também que comete ato de improbidade quem atua em nome da Administração, ainda que temporariamente e sem remuneração, conforme preceitua o artigo 2º da referida lei (BRASIL, 1992).

Como se nota, a Lei 8.429/92 traz um conceito geral de agente público, ou seja, um conceito abrangente, o qual, ao menos se considerado *a priori*, abrange os agentes políticos, os agentes colaboradores e os servidores públicos em geral, categorias de agente públicos apontadas costumeiramente pela doutrina.

Apesar disso, ainda existe relevante controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de o agente político ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa nos termos da Lei 8.429/92, tendo em vista a submissão desses agentes públicos ao regime de responsabilização política (por cometimento de crimes de responsabilidade), o que poderia resultar na famosa dupla punição pelo mesmo fato – *bis in idem* – alegada como argumento pelos seus defensores.

---

A controvérsia acerca do assunto diz respeito ao fato de que as principais polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais acerca deste tema possuem repercussões práticas muito importantes. É que, a depender do entendimento adotado pelos tribunais pátrios, determinado agente político pode ou não perder o seu cargo público e ter seus direitos suspensos em razão da aplicação da Lei 8.429/92. Segundo o ex-ministro do STF Joaquim Barbosa, verifica-se a possibilidade de afastar da vida política “quem não logrou observar as condições de legitimidade necessárias para exercer uma relevante missão na sociedade política organizada” (BRASIL, 2017).

Sendo assim, é importante que se investigue qual é a posição majoritária adotada pelos órgãos jurisdicionais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de se verificar também a compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/92.

Verificar-se-á, ao final, que a responsabilização do agente político pela prática de ato de improbidade administrativa, perante o juiz de primeiro grau, como todo e qualquer agente público que não age de forma proba é, portanto, não só constitucionalmente admitida, mas antes, decorrência necessária da aplicação do princípio da igualdade e do princípio republicano (GARCIA, p.1-4).

Por fim, analisa-se de maneira crítica se as sanções constitucionais por crime de responsabilidade esgotam a utilização das referidas consequências desfavoráveis aplicáveis ao agente público em razão de ilícito cometido.

## **2. Considerações sobre ética, corrupção e moralidade administrativa**

No Brasil, os padrões éticos, a eficiência administrativa e o controle da gestão pública são características indissociáveis da ges-

tão pública pós-moderna, em busca do denominado “direito à boa administração” (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 17).

Segundo Daniel Amorim Neves, o Brasil é signatário de compromissos internacionais que exigem a adoção de medidas de combate à corrupção, vinculando o ordenamento pátrio, tais como: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção dos Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), ratificada pelo Decreto Legislativo 125/2000 e promulgada pelo Decreto 3.678/2000; b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), ratificada pelo Decreto Legislativo 152/2002, com reserva para o art. XI, § 1.º, inciso “C”, e promulgada pelo Decreto Presidencial 4.410/2002; e c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), ratificada pelo Decreto Legislativo 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006 (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 218).

A expressão “corrupção” pode ser definida como o “fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Trata-se, em suma, de “uma forma particular de exercer influência ilícita, ilegal e ilegítima” (GARCIA, p.1-4).

Nesse contexto, a corrupção é inimiga da República, uma vez que significa o uso privado da coisa pública quando a característica básica e intrínseca ao republicanismo é a busca pelo “bem comum”, com a distinção entre os espaços público e privado (GARCIA, p.1-4).

No Brasil, nota-se que há dificuldade histórica por parte dos agentes públicos na distinção entre os patrimônios público e privado. Tais agentes são escolhidos por meio de critérios subjetivos, como laços de amizade, por exemplo, não importando se possuem capacidade técnica ou mérito para exercer atos de gestão pública, incapacidade esta que faz com que muitos acabem misturando tal

gestão com assuntos particulares. Os resquícios dessa confusão entre o público e o privado também possuem reflexos nos dias atuais, na medida em que o próprio STF editou a Súmula Vinculante nº 13, que veda o nepotismo no funcionalismo público (GARCIA, p.1-4). Ou seja, o STF, ao verificar a ocorrência de inúmeros casos de nepotismo no serviço público, editou norma vinculante *erga omnes* a fim de se coibir tal prática, que estava sendo extremamente comum e praticada no âmbito administrativo.

A Lei 8429/92 é sinônimo da punição especializada contra atos ímprobos, sendo um verdadeiro instrumento implementador do Estado gerencial.

A moralidade qualificada como *moralidade administrativa* trata-se de conceito jurídico indeterminado. Em decorrência disso, ela não corresponde apenas ao certo ou errado no plano da consciência dos agentes públicos, ou seja, eles não podem agir em nome próprio de acordo com seus padrões morais internos, pois agem em nome da população e do Estado, que é o real detentor do poder institucional. Os agentes devem respeitar padrões mínimos e princípios previstos na CF/88 e nas leis extravagantes, praticar boas condutas com boa-fé e honestidade, pautando-se sempre no princípio da eficiência.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a atribuir autonomia ao princípio da moralidade administrativa, pois até então a imoralidade era compreendida somente como uma espécie de ilegalidade. Ela estava relacionada ao desvio de poder. Logo, o princípio da legalidade abarcava o princípio da moralidade (BUENO, 2014).

Enquanto a legalidade exige a adequação do ato à lei, a moralidade administrativa exige o cumprimento do dever de boa administração. Partindo desse pressuposto, pode-se considerar que, para um ato ser considerado imoral, ele não precisa necessariamente ser ilegal (verificada a ilegalidade estrita ao cumprimento da lei). Por outro lado, um ato de improbidade sempre será necessaria-

mente ilegal, tendo em vista que as condutas ímprobas estão tipificadas como ilegais pelos parâmetros da Lei 8429/92. Assim, em que pese todo ato de improbidade atente, de uma forma ou de outra, contra a moralidade administrativa em sentido lato, é possível que o agente fira o princípio da moralidade sem necessariamente cometer ato de improbidade, por falta de previsão daquela conduta específica na referida lei. Os atos ímprobos sujeitos à Lei 8.429/1992 são específicos, pois a improbidade nada mais é do que a imoralidade qualificada (FIGUEIREDO, 2004, p. 40).

Dessa maneira, pode afirmar-se que, quando tratamos de condutas ímprobas, podemos perfeitamente encaixá-las no conceito amplo de condutas que, de alguma maneira, desrespeitam a honestidade no exercício da função pública. Por isso que toda conduta ímproba é considerada como uma conduta imoral, apesar de nem toda conduta imoral ser considerada ímproba.

Apesar de todo o disposto, pode-se afirmar, numa análise ampla dos fatos, que todo agente ou terceiro que agir imoralmente na Administração Pública estará agindo em desacordo com os princípios gerais de Direito, especialmente o princípio da boa-fé na Administração.

### **3. Improbidade Administrativa**

#### **3.1. Conceito**

Etimologicamente, o termo probidade, do latim *probitate*, significa aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, à honestidade e à integridade. A improbidade, ao contrário, deriva do latim *improbitate*, que significa imoralidade, desonestidade (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p.18). Portanto, nota-se que principalmente pelo próprio significado da palavra probidade, qualquer conduta ímproba será considerada como imoral. No entanto, a probidade administrativa possui outra face a qual enseja breve explicação. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, “a probidade ad-

ministrativa conta com um fundamento não apenas moral genérico, mas com a base de moral jurídica. Vale dizer, planta-se ela nos princípios gerais de direito” (ROCHA, 2000, p.920).

A improbidade então está estritamente ligada com a ideia de estrito cumprimento de padrões éticos, de boa-fé e lealdade para com a Administração Pública. Dessa maneira, ela é tratada como um conceito jurídico indeterminado. Para a caracterização da conduta, no entanto, não basta um mero desvio de finalidade, como, por exemplo, um lançamento tributário equivocado. É necessária que a ilegalidade para tipificar improbidade exija uma forma de credenciada pela má-fé prevista, como será descrito posteriormente, nas hipóteses elencadas pela Lei 8.429/92.

Ponto crucial a ser destacado quando se fala em improbidade administrativa é o fato de que, por mais que muitos confundam, ela não é sinônimo de nenhum tipo penal, ou seja, não é considerada crime para fins de Direito Penal. O artigo 37, §4º *in fine*, da CF/88, o artigo 12 da Lei 8429/92 e decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade (ADI 2797) atestam tal fato. Assim, pode-se concluir claramente que ato de improbidade não é crime e nem pode ser assim considerado em sentido estrito.

Portanto, a ação de improbidade administrativa se desenrolará na esfera cível e não penal. O ato praticado pelo agente público ou por terceiro pode, todavia, gerar três tipos de responsabilidade: a civil, a penal e a administrativa. Ou seja, dependendo do caso concreto, não há impedimento para instauração de processo para apuração de atos ímprobos nas três esferas citadas.

Na esfera administrativa, apurar-se-á o ilícito administrativo, comumente pelo que é chamado por doutrinadores de Processo Administrativo, cuja instauração, uma vez que há suspeitas pelo Poder Público de condutas ímprobos é obrigatória, tratando-se de verdadeiro poder/dever da autoridade pública.

Por sua vez, a esfera cível fará parte do eixo processual: será através dela apurada a conduta e por ela se pedirá e se processará o ressarcimento dos danos aos cofres públicos.

Por fim, pela esfera penal apurar-se-á o ilícito penal, que pode ser, a critério do amplo espectro de definição dos artigos 9, 10, 10-A e 11 da Lei 8.429/92, quaisquer dos tipos penais correspondentes aos crimes contra a administração pública entre outros previstos no CP.

No Brasil há duas teorias acerca do conceito de improbidade. Para uma parte da doutrina, o conceito de probidade seria diferente do conceito de moralidade, visto que a própria CF/88, em seus tantos dispositivos, empregou os dois termos separadamente.

Assim, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, a moralidade administrativa e a probidade são princípios constitucionais autônomos, apesar de possuírem similaridade grande em seus significados.

Para outra parte da doutrina (Wallace Paiva e José Afonso da Silva), considera-se a moralidade como princípio e a improbidade, lesão a esse princípio. Para eles, a improbidade é considerada como subprincípio do princípio da moralidade.

Apesar de o assunto ser controvertido, a teoria majoritária prevaiente é a primeira, tendo em vista que a própria CF/88 fez a separação dos termos acima citados, pela literalidade do seu texto e também pela criação da Lei específica 8.429/92 (TONELI, 2017).

Voltando ao fato de que nem toda conduta ilegal é considerada um ato de improbidade administrativa, temos a opinião do Ministro do STJ, Napoleão Nunes Maia Filho. Para ele, a distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba, imputada ao agente público ou privado é muito antiga. Apesar de serem conceitos com grande similaridade, cada um tem um significado. Em sua opinião, a

improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito nocivo do agente, que atua com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. Ou seja, nem todas as vezes em que o agente praticar uma conduta ilegal ela será considerada ímproba, para fins da Lei 8.429/92. Para que o ato ilegal seja considerado ímprobo, exige-se um *plus*, que é o intuito de atuar com desonestidade, malícia ou culpa grave. Essa confusão de que todo ato ilegal é também ímprobo acaba existindo porque o artigo 11 da Lei 8429/92 prevê como ato de improbidade qualquer conduta que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o da legalidade (artigo 37 da CF/88). Se toda conduta ilegal fosse considerada ímproba em decorrência de ferir o artigo 11 da Lei 8429/92, haveria uma responsabilização objetiva, que é vedada pelo ordenamento nesse caso. (CAVALCANTE, 2018, p. 212).

### **3.2. Classificação, sujeitos ativos e passivos**

Ao classificar o sujeito ativo de uma conduta, é comum que a primeira definição em mente seja a de que o sujeito ativo é aquele que pratica uma conduta comissiva. No entanto, no tocante às condutas praticadas contra a Administração Pública, também se considera sujeito ativo aquele que, de qualquer modo, concorra para a prática da conduta ou que dela se beneficie, ou seja, que obtenha vantagens indevidas.

Tanto o artigo 1º como o artigo 3º da Lei 8.429/92 estabelecem que o agente público e o particular podem vir a cometer ato de improbidade compreendido na citada Lei.

O artigo 3º faz questão de ressaltar que as disposições da Lei também são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. A literalidade do artigo é clara, podendo o terceiro

ser responsabilizado por condutas contra a Administração Pública (BRASIL, 1992). Ou seja, o terceiro é a pessoa física ou jurídica que, mesmo não sendo agente público, induziu ou concorreu para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiou direta ou indiretamente.

No entanto, o STJ decidiu que não é possível que se instaure ação de improbidade somente contra o terceiro, com atuação própria. É necessário que seja identificado algum agente público como autor da prática do ato ímprobo, concomitantemente à presença do terceiro, a fim de que esse possa ser responsabilizado e ser incluído no polo passivo da demanda (CAVALCANTE, 2018, p. 215).

Nesse sentido, o STJ, em meados de 2014, julgou Recurso Especial e reconheceu que os notários e registradores podem ser considerados agentes públicos para fins de improbidade administrativa. Isso porque os sujeitos ativos dos atos ímprobos não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abarcados no conceito de agente público, previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei 8.429/92. Então, os notários e registradores estão abrangidos no amplo conceito de agentes públicos, na categoria dos “particulares em colaboração com a Administração”. Além disso, caso assim não fossem considerados, por divergência doutrinária acerca da classificação jurídica, eles poderiam perfeitamente se encaixar na categoria de “terceiros”, e então serem responsabilizados nos termos da Lei 8.429/92 (CAVALCANTE, 2018, p. 213).

Apesar da jurisprudência aplicada ao caso concreto, ainda pode haver dúvidas sobre a classificação do agente público. Nesse sentido, também se deve seguir a interpretação literal da Lei 8.429/92, em seu artigo 2º, reputando-se para tanto, todo indivíduo que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades do artigo 1º (CAVALCANTE, 2018, p. 215).

---

Dessa maneira, a caracterização de agente público para a Lei 8.429/92 independe do vínculo que este possuir com o Estado, podendo ser ocupante de cargo permanente ou temporário (ainda que transitoriamente), efetivo ou comissionado, remunerado ou não remunerado, eletivo ou não eletivo.

Ainda no que toca à classificação do agente público, há controvérsia em relação ao fato de que os agentes políticos responderiam ou pelas condutas da Lei 8.429/92 ou pelos crimes de responsabilidade, o que será descrito posteriormente em tópico aberto para esse fim específico.

Ainda tem-se a possibilidade de responsabilização dos sucessores dos sujeitos ativos por condutas ímprobas. Dessa maneira, o artigo 8º dispõe que os sucessores dos sujeitos ativos também devem suportar as condenações patrimoniais advindas do ato de improbidade até o limite da herança, posto que se trata de sanção de natureza civil e não penal (CAVALCANTE, 2018, p. 215).

Sobre o assunto, o STJ julgou, em meados de 2015, se os estagiários poderiam ser responsabilizados por atos de improbidade. O Superior Tribunal de Justiça então decidiu que sim, já que o estagiário atua no serviço público, ainda que transitoriamente, remunerado ou não, estando sujeito à responsabilização por atos ímprobos, porque, como já explanado, o conceito de agente público para fins de improbidade não abrange somente os servidores, mas todo aquele que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública. Caso não fosse assim considerado, o estagiário poderia ser perfeitamente caracterizado como “terceiro” e então responsabilizado nos termos da LIA (CAVALCANTE, 2018, p. 215).

Vale lembrar, também, que os membros do Ministério Público, segundo o STJ, também podem ser processados por improbidade. Apesar de os membros do *Parquet* gozarem de vitaliciedade e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público prever uma série

---

de condições para a perda do cargo, tais membros podem ser réus em ações de improbidade e serem condenados à perda do cargo mesmo sem ser adotado o procedimento próprio da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93 e da LC 75/93), nos termos do artigo 12 da Lei 8.429/92. Para o STJ, tais leis não cuidam de improbidade e, portanto, nada interferem nas disposições da Lei 8.429/92, o que faz com que os dois sistemas convivam harmonicamente e um não exclua o outro (CAVALCANTE, 2018, p. 214).

O artigo 1º da Lei de Improbidade estabelece que podem ser vítimas de tais atos a Administração Direta (leia-se União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios), a Administração Indireta (composta pelas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista), as fundações públicas, e as empresas incorporadas ao patrimônio público ou entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (BRASIL, 1992).

### **3.3. Configuração, modalidades e sanções**

Segundo o STJ, para a configuração do ato de improbidade administrativa é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público, especialmente pelo tipo previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 (BRASIL, 2010). Ou seja, a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, em decorrência do fato de que no ordenamento jurídico brasileiro não é admitida a responsabilidade objetiva, considerando as penalidades (sanções) contidas na Lei de Improbidade Administrativa.

Ainda segundo a citada Corte, nem todo ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para fins da Lei 8.429/92. Isso porque a ilicitude que expõe o agente às severas sanções da Lei é

apenas aquela especialmente qualificada em norma tipificadora, no geral dos casos praticados dolosamente. São, portanto, ilícitudes sujeitas ao princípio da tipicidade (BRASIL, 2007).

Assim, quando estiver tratando-se de condutas que importem enriquecimento ilícito do agente público (artigo 09), exige-se o dolo; de condutas que causem prejuízo ao erário pode exigir-se o dolo ou no mínimo culpa (artigo 10); de atos que decorram da concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (artigo 10-A), exige-se dolo. Nesse último tipo de improbidade, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública, ainda que a causa de pedir envolva questões tributárias. Quando se estiver tratando de atos que atentem contra princípios da administração pública, exige-se o dolo, mas aqui pode ser o dolo genérico ou *lato sensu*, não sendo necessário o elemento subjetivo específico. Ainda neste tipo de improbidade, segundo o STJ, é dispensável a comprovação de efetivo prejuízo aos cofres públicos (CAVALCANTE, 2018, p. 215-223).

Como verificado, a Lei 8.429/92 classifica os atos de improbidade em quatro tipos: 1) Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito (artigo 9º); 2) Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário (artigo 10); 3) Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário (artigo 10-A) e 4) Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública (artigo 11) (BRASIL, 1992).

Como o artigo 11 traz as condutas que ferem os princípios da administração pública, há uma preocupação com o fato da abrangente amplitude de incidência desses princípios, fazendo com que possa se cogitar que condutas meramente ilegais possam ser classificadas como ímprobas. É importante ressaltar que o Direito não é ciência exata, e que há constantemente mudanças nos seus paradigmas em decorrência da própria evolução da so-

cidade e da maneira que ela deve ser protegida. Assim, quando houver controvérsias e dúvidas acerca do assunto, os Tribunais Superiores se manifestarão a respeito. Por exemplo, o STJ, em sede do Recurso Especial nº 1.177.910-SE, considerou que a tortura de preso custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública (CAVALCANTE, 2018, p. 215).

A CF/88, em seu artigo 37, parágrafo 4º, traz as sanções decorrentes da prática dos atos de improbidade: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. A CF/88 ainda estabelece que os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento serão dispostas por lei especial, no caso a Lei 8.429, publicada em 1992.

Por outro lado, a Lei 8.429/92 prevê outras sanções que são mais específicas, a serem aplicadas de acordo com a prática de cada conduta descrita em seu texto normativo. Nesse sentido, o artigo 12 deixa claro que as penas aplicadas serão independentes das possíveis sanções penais, civis e administrativas a serem aplicadas em decorrência de previsão em legislação específica.

Além disso, ressalta-se o fato de que o responsável pelo ato de improbidade estará sujeito às cominações descritas na Lei, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. Ou seja, no caso concreto, cada julgador irá analisar a gravidade do fato ao aplicar a pena, também devendo observar o parágrafo único, que diz em sua literalidade: “na fixação das penas previstas o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (BRASIL, 1992).

Segundo o inciso I, na hipótese dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º), o

responsável estará sujeito à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos (BRASIL, 1992).

Já em relação ao inciso II, na hipótese dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, o responsável estará responsável pelo ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (BRASIL, 1992).

Na hipótese prevista no inciso V, em relação aos atos de improbidade que decorram de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, haverá a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido (BRASIL, 1992).

No caso do inciso III, dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública, haverá o ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios

ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (BRASIL, 1992).

Importante ressaltar que, segundo o artigo 20 da Lei 8.429/92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ademais, a Lei é clara quando diz que a aplicação das sanções previstas independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (BRASIL, 1992).

Por fim, a Lei 8.429/92 também traz sanções a quem impute ato de improbidade contra quem o sabe ser inocente. Nesse sentido, o artigo 19 retrata que constitui crime (tipo penal específico previsto na própria Lei) a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente, sob pena de detenção de seis a dez meses e multa. O parágrafo único ainda prevê, além da sanção penal, que o denunciante estará sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado (BRASIL, 1992).

Em relação à indisponibilidade de bens, o STJ entende que não se pode conferir uma interpretação literal aos artigos 7º e 16 da Lei 8.429/92, que dizem que a indisponibilidade será decretada pelo magistrado quando as condutas sejam de enriquecimento ilícito ou dano ao patrimônio público.

Dessa maneira, a jurisprudência do STJ e também a doutrina majoritária (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves) indicam que a medida cautelar pode ser aplicada aos atos ímprobos que ferem os princípios da administração, para assegurar o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, se houver, e ainda a multa civil do artigo 12, III, da citada Lei. A indisponibilidade ainda pode ser decretada antes do recebimento da inicial e sem

que se ouça o réu (liminar *inaudita altera parte*) visando assegurar o resultado útil da tutela jurisdicional, qual seja, o ressarcimento ao erário.

Além disso, não é necessária a demonstração do *periculum in mora*, que é presumido (implícito) ao comando normativo do artigo 7º, bastando que se prove o *fumus boni iuris*, que consiste em indícios de atos ímprobos. Ou seja, tal fato constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo. Pode recair sobre os bens que o acusado possuía antes da suposta prática do ato de improbidade e também sobre o bem de família, mas não sobre verbas absolutamente impenhoráveis, as quais não poderão assegurar futura execução, tais como verbas trabalhistas (CAVALCANTE, 2018, p. 219).

### **3.4. Controles dos atos de improbidade: preventivo, repressivo e ferramentas administrativas para o monitoramento de condutas ímprobos previstas na Lei 8.429/92**

O ordenamento jurídico prevê uma série de mecanismos de controle com o intuito de evitar ou reprimir a prática de atos de improbidade administrativa. Por esta razão, é possível distinguir duas formas de controle da improbidade: o controle preventivo e o controle repressivo (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 31).

O controle preventivo, como diz o próprio nome, tem o intuito de evitar a prática de tais atos, com o fito principal de assegurar a prática da ética na administração pública e estatal.

Existem, neste sentido, diversos instrumentos jurídicos de prevenção de condutas ímprobos.

Os estatutos funcionais, por exemplo, são regras disciplinares que apontam a correta forma de atuação dos agentes públicos, com a

previsão da potencial aplicação de sanções administrativas no caso de infração das citadas regras (como, por exemplo, a Lei 8.112/90, que fixa o regime jurídico dos servidores públicos estatutários federais). Os códigos de ética são normas de conduta complementares aos estatutos funcionais e fixam padrões éticos de condutas de agentes públicos ou de outras categorias, como, por exemplo, o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 31).

Ainda existem, como mecanismos preventivos, a quarentena, o “*Ombudsman*”, a atuação do Ministério Público e do Tribunal de Contas. A quarentena se qualifica como regras que estabelecem impedimentos para o exercício de determinadas atividades por autoridades exoneradas ou demitidas dos cargos que ocupavam, evitando-se, assim, que os seus conhecimentos privilegiados acerca de determinado assunto beneficiem determinada empresa privada, por exemplo, o Decreto 4.187/2002 e artigo 8º da Lei 9.986/2000, que impede o exercício de atividades por ex-diretante de agência reguladora no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato. O “*Ombudsman*” refere-se à instituição de ouvidorias nas entidades administrativas capazes de receber críticas e sugestões da população, viabilizando a melhoria na gestão pública (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 31).

Por fim, tem-se a atuação do Ministério Público, que possui extrema relevância no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que atua na defesa (preventiva e repressiva) da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127 da CF/88) e do Tribunal de Contas, que é órgão dotado de forte autonomia institucional e responsável pela fiscalização de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que administram dinheiros, bens e valores públicos (artigo 71 da CF/88). Tal enumeração é meramente exemplificativa, eis que o sistema de controle da probidade na Administração é complexo e dinâmico (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 31).

---

O controle repressivo, por sua vez, tem o escopo de apurar e sancionar a prática de atos ímprobos. A investigação e a aplicação de sanções aos ímprobos são levadas a efeito no âmbito dos Três Poderes (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 31).

O Poder Executivo pode apurar, de ofício ou mediante provocação, por meio de processo administrativo disciplinar (PAD), a ocorrência de atos de improbidade aplicando a devida sanção aos seus servidores, as quais estarão previstas nos respectivos estatutos funcionais. O Poder Legislativo, por sua vez, por meio de suas Casas Legislativas ou com o auxílio dos Tribunais de Contas também podem sancionar os responsáveis por atos de improbidade, como, por exemplo, a atuação do Tribunal de Contas na aplicação de sanção aos responsáveis por ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, conforme prevê o artigo 71, inciso VIII, da CF/88. Por fim, o Poder Judiciário, por conta do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, traz o fato de que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, inclusive no tocante ao resguardo da probidade administrativa, como, por exemplo, a aplicação das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92 no bojo da ação de improbidade ou a proteção do patrimônio público por meio do julgamento de ações populares (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 32).

Além dos controles preventivo e repressivo, a Lei 8.429/92 previu, ainda, a partir dos Capítulos IV e V, importantes mecanismos administrativos para o monitoramento de agentes públicos para fins de se coibir a prática de atos contra o erário (BRASIL, 1992).

Assim, o artigo 13 traz a obrigatoriedade da declaração de bens do agente público. De acordo com tal dispositivo, todo agente público, desde a posse e enquanto durar o exercício do cargo/emprego/função, é obrigado a apresentar declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

---

Tal declaração, segundo a lei, compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no país ou no exterior e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico. A declaração será anualmente atualizada, também carecendo de atualização na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função, sendo que o agente que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa, será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (BRASIL, 1992).

Já o Capítulo V, artigo 14, traz o Procedimento Administrativo instaurado para apuração de condutas de improbidade, onde qualquer pessoa pode representar à autoridade competente para que seja instaurada investigação.

A representação será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato, sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento, sob pena de rejeição, o que também não exclui a representação ao Ministério Público. Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos (BRASIL, 1992).

### **3.5. Ação de Improbidade, competência e foro por prerrogativa de função**

A ação de improbidade, segundo o artigo 17 da Lei 8.429/92, possui rito ordinário e pode ser proposta pelo Ministério Público ou por pessoa jurídica interessada. Segundo o mesmo artigo, o Ministério Público, se não for o autor da ação, intervirá sempre como fiscal da lei, sob pena de nulidade do processo (BRASIL, 1992).

---

A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas na impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente (artigo 319 do Código de Processo Civil – condições genéricas da ação). Exige-se, portanto, a justa causa. Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias (BRASIL, 1992).

Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Recebida a petição inicial (decisão da qual cabe a interposição de agravo de instrumento), será o réu citado para apresentar contestação (BRASIL, 1992).

De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, existindo meros indícios de cometimento de atos enquadrados como improbidade administrativa, a petição inicial da ação de improbidade deve ser recebida pelo juiz, pois na fase inicial prevista no artigo 17, parágrafos 7º, 8º e 9º da Lei 8.429/92, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de se possibilitar o maior resguardo do interesse público (proteção do patrimônio público).

Assim, após o oferecimento de defesa prévia, somente é possível a pronta rejeição da pretensão deduzida na ação de improbidade administrativa se houver prova hábil a evidenciar, de plano, a inexistência do ato, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita. Da decisão que rejeitar a inicial caberá o recurso de apelação. E a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação de improbidade está sujeita ao reexame necessário, com base na aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e por aplicação analógica da primeira parte do artigo 19 da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular) (CAVALCANTE, 2018, p. 217-218).

Da decisão que recebe a inicial contra alguns réus e rejeita para os demais cabe, segundo o STJ, agravo de instrumento, apesar de haver fungibilidade entre o recurso de apelação e o agravo nesses casos concretos, desde que não haja má-fé e tenha sido interposto no prazo do recurso correto (CAVALCANTE, 2018, p. 217-218).

A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilícitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito. Ou seja, a condenação em pecúnia será revertida para a pessoa jurídica lesada (artigo 18) (BRASIL, 1992).

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, na busca da fixação de competência no caso concreto, o operador do direito deve se atentar às diversas normas e aos variados diplomas legais, a respeito da competência da Justiça, do foro e do juízo. Para isso, o operador do direito deve seguir um esquema baseado em etapas, a fim de descobrir a competência do caso concreto. E dessa maneira não é diferente quando se trata de improbidade administrativa (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 124).

Então, primeiramente, para que se determine a competência, deve se considerar o fato de que a Lei 8.429/92 não faz nenhuma menção ao tema. Assim, para declinar-se a competência será necessária uma análise do microsistema coletivo, do Código de Processo Civil, da CF/88 e das leis extravagantes (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 124).

Primeiro, define-se se a competência da Justiça Brasileira. Sendo o ato de improbidade praticado em prejuízo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, naturalmente o juízo brasileiro estará prevento.

Após, segundo Daniel Amorim, verificar-se-á se existe prerrogativa de competência originária dos tribunais superiores para o

---

juízo de crimes comuns e de responsabilidade quando praticados pelas pessoas indicadas nos artigos 102, I, b e c, e 105, a, b e c, da CF/88, ou dos tribunais de segundo grau (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 124). No entanto, para o STJ, a ação de improbidade deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha o foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade. No cenário atual pode-se concluir que não existe foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa, tanto para o STJ como para o STF (CAVALCANTE, 2018, p. 216).

No tocante à determinação da Justiça Comum Estadual ou Federal, segue-se a regra de que a competência da Justiça Federal é absoluta (*ratione personae*), nos termos do artigo 109, I, da CF/88, enquanto a competência da Justiça Estadual será residual a da Federal.

Ocorre que pode haver dificuldades para determinação da competência em situações concretas, o que será resolvido pelos tribunais superiores. Por exemplo, o STJ, em sede do Recurso Especial 1.391.212-PE, determinou que em ação de improbidade em caso de desvio de verbas transferidas pela União a Município por meio de convênio, a competência para o processamento da ação dependerá das regras definidoras do próprio convênio, ou seja, se a verba transferida tiver sido incorporada ao patrimônio municipal, a competência será da Justiça Comum Estadual (Súmula 209-STJ), enquanto que se a verba transferida não tiver sido incorporada ao patrimônio municipal, ficando sujeita à prestação de contas perante o órgão federal, a competência para a ação será da Justiça Federal (Súmula 208 STJ) (CAVALCANTE, 2018, p. 217).

Em ação de improbidade proposta por Município contra ex-prefeito que não prestou contas de convênio federal, a regra geral é que competirá à Justiça Estadual processar tal ação, pois se presume que as verbas transferidas mediante convênio se incorporaram ao patrimônio municipal. Mas haverá exceção, e então

competirá à Justiça Federal, caso a União, autarquia federal, fundação federal ou empresa pública federal manifestar expressamente interesse em intervir na causa pela situação amoldar-se ao artigo 109, I, da CF/88.

Até meados de maio de 2018, pairava a dúvida no ordenamento jurídico brasileiro se existia ou não foro por prerrogativa de função (“foro privilegiado”) nas ações de improbidade administrativa.

O Supremo Tribunal Federal, em sede da ADI 2797, jogou uma pá de cal sobre o assunto e confirmou sua jurisprudência no sentido de que não há tal foro “privilegiado” em ações de improbidade, nem quando essas forem propostas contra agentes políticos (CAVALCANTE, 2018).

Isso porque a ação de improbidade administrativa possui natureza cível. Em outras breves palavras, é uma ação civil e não uma ação penal. Em regra, somente existe foro por prerrogativa de função no caso de ações penais (e não em demandas cíveis), nos termos da própria legislação processual penal e da CF/88.

Então, por exemplo, se for proposta uma ação penal contra um Deputado Federal por crime que ele tenha cometido durante o seu mandato e que esteja relacionado com as suas funções, esta deverá ser ajuizada no STF, garantindo-se o “foro privilegiado”. E por outro lado, se for ajuizada uma ação de cobrança de dívida contra esse mesmo Deputado, a demanda será julgada por um juízo de 1ª instância (CAVALCANTE, 2018).

O STF, ao pacificar a jurisprudência da Corte, fez uma interpretação literal do próprio texto constitucional. As competências do STF e do STJ foram previstas pela CF/88 de forma expressa e taxativa, na medida em que nos artigos 102 e 105 da Carta Magna existe a previsão de que as ações penais contra determinadas autoridades serão julgadas por esses Tribunais. Não há, contudo, nenhuma regra que disponha que as ações de improbidade serão julgadas pelo STF e STJ (CAVALCANTE, 2018).

---

Tal controvérsia decorria do fato de que a Lei nº 10.628/2012 previu foro por prerrogativa de função para a ação de improbidade, tendo acrescentado o § 2º ao artigo 84 do CPP, prevendo foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

(...)

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

No entanto, como citado, o STF, em sede de ADI 2797, julgou tal parágrafo inconstitucional, eis que não se pode fazer confusão entre as esferas cíveis, penais e administrativas, a fim de se estender o “foro privilegiado” de agentes políticos para ações nas três esferas, as quais são independentes entre si. O STF então decidiu:

“no plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes. (...) Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal — salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III —, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.” (Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 2797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15/9/2005).

Em suma, o STF afirmou que, como a Constituição não estabeleceu foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, a lei ordinária assim não poderia prever. Desse modo, com a decisão da ADI 2797, ficou prevalecendo o

entendimento de que as ações de improbidade administrativa deveriam ser julgadas em 1ª instância, apesar de a controvérsia ainda se estender ao longo desses anos (CAVALCANTE, 2018).

Por fim, o Supremo, em maio de 2018, como dito, confirmou sua jurisprudência majoritária consolidada na ADI 2797. Importante trazer a título de esclarecimento trecho do julgado do Plenário do STF, julgado em sede de Pet 3240/DF, em 10/05/2018, por 10 votos a 01, de relatoria do Ministro Barroso, esclarecendo definitivamente o tema:

“Não existe foro por prerrogativa de função em ação de improbidade administrativa proposta contra agente político. O foro por prerrogativa de função é previsto pela Constituição Federal apenas para as infrações penais comuns, não podendo ser estendida para ações de improbidade administrativa, que têm natureza civil.” (Supremo Tribunal Federal. Plenário. Pet 3240/DF, Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 10/5/2018).

### **3.6. Prescrição e irretroatividade da Lei 8.249/92**

Os atos de improbidade também estão sujeitos à prescrição (perda do direito de ação), ressaltando-se que por outro lado o dano ao erário é sempre imprescritível.

Segundo o artigo 23 da Lei 8.429/92, prescreve em cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança a possibilidade de entrar com ação de improbidade contra o agente público.

O inciso II ainda prevê prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego, e o inciso III lapso temporal de até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º da

citada Lei. O prazo prescricional é interrompido com o mero ajuizamento da ação dentro do prazo de 05 anos contado a partir do término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, ainda que a citação do réu seja efetivada após esse prazo. Então, se a ação tiver sido ajuizada dentro do prazo prescricional, eventual demora na citação do réu não prejudica a pretensão condenatória da parte autora (BRASIL, 1992).

É importante destacar que não existe prescrição intercorrente nas ações de improbidade. Então, se depois de ajuizada a ação, a sentença demorar mais de 05 anos para ser prolatada, isso em nada afetará a punição para os agentes ímprobos.

Em 2012, o STJ julgou um Recurso Especial (de nº 1129121/GO), e pacificou o entendimento de que a Lei 8.429/92 não pode ser aplicada retroativamente para alcançar fatos anteriores a sua vigência, ainda que ocorridos após a edição da Constituição Federal de 1988 (CAVALCANTE, 2018, p. 213).

## **4. Explanações necessárias sobre os agentes políticos**

### **4.1. Classificação segundo a doutrina brasileira majoritária e segundo o STF**

A classificação de agentes políticos encontra divergência doutrinária, não sendo pacífica entre os estudiosos do Direito. Isso porque a classificação toma por base o regime jurídico ao qual estes sujeitos se submetem, qual a natureza do seu vínculo com a Administração Pública e os seus limites de atuação (CARVALHO, 2016, p. 735).

Consideram-se agentes políticos aqueles que atuam no exercício da função política do Estado, os quais possuem cargos estruturais e inerentes à organização política do país e que exercem a vontade superior do Estado. Os deveres e direitos destes agentes decorrem de leis específicas que estabelecem o seu vínculo com

o Poder Público. Na maioria das vezes, estas regras estão definidas na própria CF/88 (CARVALHO, 2016, p. 735).

Apesar de haver divergência no tocante à classificação dos agentes políticos, é indiscutível para parte da doutrina administrativista que são assim classificados os detentores de mandato eletivo e os secretários e ministros de Estado, como os chefes do Executivo (Presidente da República, governadores e prefeitos), seus auxiliares diretos (secretários estaduais e municipais) e aqueles eleitos para o exercício do mandato no Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores) (CARVALHO, 2016, p. 735).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, somente esses agentes citados são considerados agentes políticos, pois o vínculo que mantêm com o Estado não é de natureza profissional, mas sim de natureza política, em decorrência de serem os formadores da vontade superior do Estado, exercendo um múnus público (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 251).

Bandeira de Mello ainda explica que a escolha desses agentes não se dá por meio de aptidão técnica, e sim por suas qualidades como cidadãos e pela capacidade de conduzirem a sociedade, sendo normalmente escolhidos por nomeação ou eleição popular.

A relação jurídica que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária, ou seja, seus direitos e deveres não advêm de um contrato realizado com o Poder Público, mas provém diretamente da própria CF/88 e das leis (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 252).

A maior parte da doutrina brasileira, como Hely Lopes Meirelles, vem se posicionando majoritariamente no sentido de que os membros da magistratura e do Ministério Público também estão classificados na categoria de agentes políticos. Isso porque eles atuam no exercício de funções essenciais ao Estado e praticam atos inerentes à soberania deste (MEIRELLES, 2016, p. 79). O STF também possui posição majoritária nesse sentido. Veja-se o seguinte julgado/informativo de jurisprudência:

---

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(...) Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilidade civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

Nesta categoria encontram-se os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos)... (BRASIL, 2002).

No que diz respeito aos Membros dos Tribunais de Contas, alguns doutrinadores os classificam como agentes políticos, pois

eles exercem função de importante atuação no Estado (CARVALHO, 2016. p. 736). No entanto, o STF decidiu que os membros dos Tribunais de Contas na verdade são enquadrados na categoria de agentes administrativos.

Isso porque, em 2008, após a edição da Súmula Vinculante número 13, que veda o nepotismo no funcionalismo público, determinado Prefeito Municipal nomeou seu irmão como Secretário de Obras do Município, o que foi considerado constitucional para o STF haja vista que tal cargo possui cunho político, o que é exceção à súmula. Em intervalo posterior, um Governador nomeou seu irmão para assumir um cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas de determinado Estado. Após tal ato, o STF anulou a decisão sob a alegação de que a função exercida por Conselheiros de Contas na verdade é função administrativa e não política. Em virtude disso, não se pode considerar, para o STF, que os membros dos Tribunais de Contas são agentes políticos, mas sim agentes administrativos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. ATO DECISÓRIO CONTRÁRIO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CARGO. VÍCIOS NO PROCESSO DE ESCOLHA. VOTAÇÃO ABERTA. APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. LIMINAR DEFERIDA EM PLENÁRIO. AGRAVO PROVIDO.

I - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

*II - O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública.*

III - Aparente ocorrência de vícios que maculam o processo de escolha por parte da Assembleia Legislativa paranaense.

IV - A luz do princípio da simetria, o processo de escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembleia Legislativa por votação aberta, ofende, a princípio, o art. 52, III, b, da Constituição.

V - Presença, na espécie, dos requisitos indispensáveis para o deferimento do pedido liminarmente pleiteado.

VI - Agravo regimental provido. (BRASIL, 2009, grifo nosso).

## **5. A Lei 1.079/50, o Decreto-Lei 201/67, os crimes de responsabilidade cometidos pelos agentes políticos e a vedação das suas aplicações simultâneas à Lei 8429/92 aos agentes políticos que cometeram condutas ímprobas**

Os chamados crimes de responsabilidade correspondem às infrações político-administrativas cometidas no desempenho da função presidencial, desde que definidas por lei federal.

A Constituição Federal, em seu artigo 85, dispõe que serão considerados crimes de responsabilidade condutas que atentam contra a Constituição e especialmente contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, a segurança interna do país e o cumprimento das leis e das decisões judiciais (PAZZANESE, 2008).

No entanto, essa enumeração do artigo 85 não é exaustiva/taxativa, e sim meramente exemplificativa. Assim, os crimes de responsabilidade precisam ser descritos em lei especial, pois não foram enumerados pela CF/88. O parágrafo único do artigo 85 da CF/88 dispõe que tais crimes serão definidos em lei especial, qual seja, a Lei 1.079/50, editada para esse fim, definindo então os crimes de responsabilidade e regulando o seu respectivo processo de julgamento.

Segundo a Lei 1.079/50, existem três grupos de crimes de responsabilidade, comportando cada grupo variadas hipóteses.

Os crimes de responsabilidade que atentam contra a probidade da administração estão tipificados nos incisos 1 a 7 do artigo 9º; os crimes contra a lei orçamentária estão previstos nos incisos 1 a 12, do artigo 10; e os crimes de responsabilidade que atentam contra o cumprimento das decisões judiciais estão previstos nos incisos 1 a 4, do artigo 12.

Embora não expressamente previstas na Constituição Federal, existem outras modalidades de crime de responsabilidade (por exemplo, os que atentam contra a guarda legal e emprego dos dinheiros públicos), que estão tipificados nos incisos 01 a 05, do artigo 11 da Lei 1.079/50. Tecnicamente, as condutas tipificadas neste artigo 11 situam-se dentro do campo do direito orçamentário (HARADA, 2015).

A Constituição Federal/88 estabelece que o Presidente da República será processado e julgado por crimes de responsabilidade perante o Senado Federal, após admitida a acusação pela Câmara dos Deputados, nos termos do artigo 52.

Entende o Supremo Tribunal Federal que, admitida a acusação pela Câmara dos Deputados, não cabe ao Senado Federal emitir novo juízo, furtando-se ao julgamento do Presidente. A decisão da Câmara dos Deputados vincula o Senado Federal a proceder ao julgamento do crime de responsabilidade (PAZZANESE, 2008).

No âmbito da responsabilização de agentes políticos locais, como os Prefeitos Municipais e Vereadores, existe ainda o Decreto-Lei 201/67.

O julgamento, no Supremo Tribunal Federal, da Reclamação nº 2138-6, que ainda não findou (e está em sede de repercussão geral sob a Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes), discute a aplicabilidade da Lei 8.429/92, a “Lei de Improbidade Administrativa”, aos agentes políticos.

Da relatoria do ex-ministro Nelson Jobim foi alçado o posicionamento que não devem ser aplicáveis aos agentes políticos (Minis-

tros de Estado) as sanções da lei de improbidade administrativa, notadamente pela concorrência de dois regimes de responsabilidade político-administrativa: um previsto pelo art. 37, § 4º da Constituição Federal, que justamente prevê as sanções por ato de improbidade administrativa; e outro previsto pelos artigos 85 e 102, inciso I, letra 'c' da Constituição, que definem os crimes de responsabilidade, hoje ainda tratados pela Lei nº 1.079/50 e no âmbito local pelo Decreto-Lei 201/67 (prefeitos e vereadores) (CHOINSKI, 2006, p.1).

A concorrência desses dois regimes de responsabilidade político-administrativa resultaria no que se chama *bis in idem*, que é vedado pelo ordenamento brasileiro. Isso porque o *non bis in idem* é um princípio de Direito segundo o qual uma pessoa não pode ser punida duas vezes pela prática de um único e mesmo fato.

No entanto, nos casos analisados, não se pode falar em *bis in idem*. Isso porque não existe, no sistema constitucional, uma separação expressa entre agentes políticos e outros servidores públicos no que toca à previsão de direitos e garantias e também obrigações.

Isso significa que o constituinte não quis fazer uma distinção formal entre agentes políticos e agentes públicos no tocante à garantia de direitos e obrigações, mas apenas definiu certos aspectos do tratamento jurídico diferenciado a ser dado a determinadas categorias de agentes políticos, em razão da importância da função estatal desempenhada, mediante os sistemas de prerrogativa de foro em razão da função e através do sistema de responsabilização dos chamados “crimes de responsabilidade”.

Conclui-se que, por se tratar de um sistema híbrido que envolve participação de órgãos do Poder Judiciário, Executivo e do Poder Legislativo, tal falta de previsão expressa não exclui a possibilidade de uma Lei Especial prever (Lei 8.429/92) e outra não prever (Lei de Crimes de Responsabilidade) outras sanções ao agente que causar prejuízos/danos ao erário e à Administração, até porque como já dito anteriormente, há total independência entre as

esferas administrativa, cível e penal, não restando caracterizada a incidência de *bis in idem* se concorrerem as sanções desses dois regimes de responsabilidade político-administrativa.

## **6. A posição majoritária do STJ e do STF sobre a possibilidade da aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos mediante a análise de julgados**

A posição majoritária do STJ é no sentido de que a Lei 8.429/92 se aplica aos agentes políticos. Nesse sentido há inúmeros julgados, com necessária transcrição da ementa do Agravo Interno no Recurso Especial Nº 1.512.479 – RN para exemplificação. Dessa maneira:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ART. 23 DA LEI 8.429/92. TERMO INICIAL. TÉRMINO DO SEGUNDO MANDATO. *APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. CABIMENTO. PRECEDENTES. ART. 10 DA LEI 8.429/92. OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal é assente em estabelecer que o termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de reeleição de prefeito, se aperfeiçoa após o término do segundo mandato. Exegese do art. 23, I, da Lei 8.429/92. Precedentes: AgRg no AREsp 676.647/PB, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016; AgRg no REsp 1.510.969/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 11/11/2015; AgRg no AREsp 161.420/TO, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/04/2014, DJe 14/04/2014. 2. *A pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento no sentido de que a Lei 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos.* Precedentes. 3. *A pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento no sentido de que a Lei 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos.* Precedentes. Súmula 83/STJ. (BRASIL, 2016, grifo nosso).*

Apesar de estar sob repercussão geral no STF, que é a mais alta Corte do país, o STJ possui entendimento de que os prefeitos (agentes políticos locais), apesar do regime de responsabilização do Decreto-Lei 201/67 (que dispõe sobre os crimes de responsabilidade dos prefeitos), estão sujeitos às sanções da Lei 9.429/92. Nesse sentido, o Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.321.111 – RJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO PELO ART. 11 DA LEI 8.429/92. ALEGAÇÃO DE QUE OS CONTRATOS ENTABULADOS PELO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO/RJ PARA RESTAURAÇÃO ASFÁLTICA PADECERAM DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DOS LOCAIS EM QUE AS OBRAS SERIAM REALIZADAS. ACÓRDÃO DO TJ/RJ QUE EXTINGUIU O FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA DO EX-PREFEITO. REFORMA DO ARESTO FLUMINENSE POR ESTA CORTE SUPERIOR, AO FUNDAMENTO DE PLENA APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Esta Corte Superior firmou o entendimento de que os Prefeitos Municipais, apesar do regime de responsabilidade político-administrativa previsto no Decreto-Lei 201/67, estão submetidos à Lei de Improbidade Administrativa, em face da inexistência de incompatibilidade entre as referidas normas.* Precedentes: STF Rcl 2.790/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 4.3.2010; STJ AgRg no REsp. 1.243.998/PB, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 18.12.2013. 2. No caso dos autos, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do ora Agravante, ex-Prefeito do Município de São Gonçalo/RJ, ao argumento de o então Alcaide ter sido responsável por irregularidades na abertura de licitação e na celebração de contratos para realização de serviços de restauração de pavimentação asfáltica; *não remanescem dúvidas de que Prefeitos Municipais podem ser responsabilizados por atos de improbidade administrativa.* 3. Agravo Regimental desprovido. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Ademais, no tocante ao foro privilegiado, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça alinhou-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda

que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade. Nesse sentido, os Embargos de Declaração no Recurso Especial Nº 1.369.755 – AP:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE INFRINGENTE. CONVERSÃO DO RECURSO EM AGRAVO REGIMENTAL. COMPETÊNCIA. *PREFEITO MUNICIPAL. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 284 DO STF. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO EXPRESSA DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO.*

1. Esta Corte, na hipótese de embargos de declaração com caráter nitidamente infringente, ante a inexistência de omissão, contradição e obscuridade, tem admitido a sua conversão em agravo regimental, por aplicação do princípio da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas. (EDcl nos REsp 1274472/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2015, DJe 02/12/2015; EDcl nos EDcl nos REsp 1449068/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015).

*2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça alinhou-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade (AgRg na Rcl 12.514/MT, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 26.09.2013).* 4. Embargos de declaração convertidos em agravo regimental, ao qual se nega provimento. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

O STJ, no Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.197.469 – RJ, reafirma sua posição majoritária, somente excluindo da possibilidade de responsabilização pela Lei 8.429/92 o Presidente da República, nos termos dos artigos 85 e 86 da CF/88. Dessa maneira:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. *OS AGENTES POLÍTICOS*

---

---

*ESTÃO SUJEITOS ÀS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE (LEI 8.429/92). ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL/STJ NA RCL 2.790/SC, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE 4.3.2010. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (arts. 85 e 86 da CF/88), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de quaisquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. da Constituição Federal. Ressalva do ponto de vista do Relator. 2. Agravo Regimental desprovido. (BRASIL, 2015, grifo nosso).*

Por outro lado, em meados de 2007, o Supremo Tribunal Federal, em sede da Reclamação de nº 2.138, firmou entendimento no sentido de que agentes políticos sujeitos a processo de *impeachment* (crimes de responsabilidade previstos na Constituição Federal) não poderiam ser processados por prática de atos de improbidade administrativa.

No julgado, cuja ementa se faz necessária transcrição a seguir, chegou ao STF uma reclamação constitucional que alegava usurpação de competência. Na reclamação, a controvérsia girava em torno do fato de que se alegava que os atos de improbidade administrativa já estariam tipificados como crimes na Lei nº 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade (delitos de caráter político-administrativo) cometidos por agentes políticos. Nessa esteira, seria inviável a dupla responsabilização, sendo que somente incidiria nesses casos a responsabilização pelas condutas da Lei 1.079, e não da Lei 8.429/92, sob pena da prática do *bis in idem*. Nesse sentido:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I.(...) II.MÉRITO. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administra-

tiva são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. *A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950).* Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição.

II.3. Regime especial. Ministros de Estado. *Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).*

II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.

II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição.

III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Embora tal decisão configurasse precedente desfavorável na luta contra a corrupção e em favor à aplicação dos valores constitucionais da administração pública, vale ressaltar que o instituto processual da reclamação constitucional serve para preservar a compe-

tência do STF e a autoridade de suas decisões. Portanto, a eficácia das decisões proferidas nas reclamações restringe-se às partes na própria ação, não vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário.

Apesar de o STF ter firmado entendimento nesse sentido, ao ler-se o julgado, pôde-se aferir que a discussão girava em assunto específico, qual seja, em torno da responsabilização de Ministros de Estado, os quais detêm foro por prerrogativa de função no Supremo, segundo a literalidade do artigo 102, inciso I, alínea “c”, da CF/88.

Portanto, o STF, ao enfrentar o assunto, não deixou claro se outros agentes políticos que não fossem Ministros poderiam ser responsabilizados por improbidade, motivo pelo qual a reclamação foi julgada procedente e não se findou, aguardando repercussão geral sobre o que diz respeito ao restante da controvérsia.

Como era de se cogitar, tendo em vista o fato de que tal tema ainda não havia se findado, o STF, em 2014, em sede de Agravo Regimental na ação cautelar 3.585/RS, retomou a discussão acerca daquele. No julgado, o próprio STF relembrou o julgamento da Reclamação nº 2.138/DF e ressaltou que tal decisão, que era inteiramente desprovida de efeito vinculante, restringiu o debate do tema “*bis in idem* na responsabilização de agentes políticos por improbidade administrativa e crimes de responsabilidade”, limitando-o, unicamente, aos Ministros de Estado.

Ou seja, isso que dizer que a Suprema Corte brasileira confirmou, ainda que fora da repercussão geral, a possibilidade da responsabilização de outros agentes políticos que não Ministros de Estado às penas da Lei 8.429/92.

No agravo regimental, o STF admitiu a possibilidade da aplicação da Lei 8.429/92 para governadores e ex-governadores, sob pena de, no caso de não aplicação, se ferir o princípio republicano e o princípio da moralidade administrativa. Nesse sentido:

EMENTA: “MEDIDA CAUTELAR INOMINADA INCIDENTAL” – *IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA* – *AGENTE POLÍTICO* – COMPORTAMENTO ALEGADAMENTE OCORRIDO NO EXERCÍCIO DE MANDATO DE GOVERNADOR DE ESTADO – *POSSIBILIDADE DE DUPLA SUJEIÇÃO TANTO AO REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA, MEDIANTE “IMPEACHMENT” (LEI Nº 1.079/50), DESDE QUE AINDA TITULAR DE REFERIDO MANDATO ELETIVO, QUANTO À DISCIPLINA NORMATIVA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92)* – EXTINÇÃO SUBSEQUENTE DO MANDATO DE GOVERNADOR DE ESTADO – EXCLUSÃO DO REGIME FUNDADO NA LEI Nº 1.079/50 (ART. 76, PARÁGRAFO ÚNICO) – PLEITO QUE OBJETIVA EXTINGUIR PROCESSO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM RAZÃO DE, À ÉPOCA DOS FATOS, A AUTORA OSTENTAR A QUALIDADE DE CHEFE DO PODER EXECUTIVO – LEGITIMIDADE, CONTUDO, DE APLICAÇÃO, A EX-GOVERNADOR DE ESTADO, DO REGIME JURÍDICO FUNDADO NA LEI Nº 8.429/92 – *DOCTRINA* – *PRECEDENTES* – *REGIME DE PLENA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES ESTATAIS, INCLUSIVE DOS AGENTES POLÍTICOS, COMO EXPRESSÃO NECESSÁRIA DO PRIMADO DA IDEIA REPUBLICANA* – *O RESPEITO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PRESSUPOSTO LEGITIMADOR DOS ATOS GOVERNAMENTAIS* – PRETENSÃO QUE, SE ACOLHIDA, TRANSGREDIRIA O DOGMA REPUBLICANO DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS – DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO À AÇÃO CAUTELAR – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA POR SEU IMPROVIMENTO – RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Mostra-se importante assinalar – considerada a estrita delimitação que esta Suprema Corte estabeleceu no julgamento da Rcl 2.138/DF (em decisão que, inteiramente desprovida de efeito vinculante, restringiu o debate do tema, limitando-o, unicamente, aos Ministros de Estado) – que a pretendida inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos locais (como os Governadores, p. ex.), tal como ora sustentado, conduziria, se admitida fosse, à completa frustração do dogma republicano segundo o qual todos os agentes públicos são essencialmente responsáveis (“accountable”) pelos comportamentos que adotem na prática do respectivo ofício governamental (BRASIL, 2014).

Vale referir, no ponto, recente decisão que a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA proferiu como Relatora da ACO 2.356/PB e na qual, ao negar prerrogativa de foro perante o E. Superior Tribunal de Justiça a Governador de Estado em pleno exercício de seu mandato eletivo, reconheceu submeter-se, o Chefe do Poder

---

Executivo estadual, ao regime jurídico da Lei nº 8.429/92, definindo, para esse efeito, a competência do Poder Judiciário local (...).” (AC 3585 AgR/RS) (BRASIL, 2014).

Segundo o Ministro Relator, é sim possível a aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos locais (como os Governadores, por exemplo). O argumento utilizado pelo Ministro é no sentido de que se admitida fosse a responsabilização somente pelo crime de responsabilidade, principalmente quando tais agentes nem mais estivessem no período de exercício do mandato (o qual estaria findo, cessada a investidura), haveria uma completa frustração do dogma republicano segundo o qual todos os agentes públicos são essencialmente responsáveis (*accountable*) pelos comportamentos que adotem na prática do respectivo ofício governamental. Importante, neste contexto, trazer o conceito de *accountability* utilizado pelo Ministro, a fim de se esclarecerem os fatos e possíveis divergências.

Para Elisabete de Abreu e Moreira Lima, o *accountability* é um termo da língua inglesa, que remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de “prestar contas” a instâncias controladoras ou a seus representados, tanto do ponto de vista da legalidade (conformidade) quanto do desempenho (gestão). Refere-se à capacidade de resposta dos governos (*answerability*) e à obrigação de informar e explicar seus atos. Noutro sentido, assume a ideia de “responsabilização”, usado em circunstâncias que denotam responsabilidade social, imputabilidade, obrigações, como aspecto central da governança (ABREU; MOREIRA, 2016, p. 106).

Ou seja, o que se quer dizer é que a instituição do estado gerencial trouxe uma crescente implantação de *accountability* e de mecanismos que possibilitem a responsabilização daquelas pessoas que ocupam cargos públicos por seus atos desonestos à frente das instituições do Estado. Resumindo: não há porque não aplicar a Lei de Improbidade Administrativa às condutas ímprobadas.

Para acrescentar argumentos à opinião majoritária do STF quanto à aplicação da Lei 8.429/92 para agentes políticos locais, temos o julgado Questão de Ordem em Petição 3.923-8 SP. Nele, o Supremo ressaltou que não há que se falar em crime parlamentar, eis que a própria CF/88 não concebe a hipótese de *impeachment* para o membro do poder Legislativo. Nesse sentido:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. NATUREZA JURÍDICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO POSTERIORMENTE ELEITO DEPUTADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM.

Deputado Federal, condenado em ação de improbidade administrativa, em razão de atos praticados à época em que era prefeito municipal, pleiteia que a execução da respectiva sentença condenatória tramite perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que: (a) os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), sob pena de ocorrência de bis in idem; (b) a ação de improbidade administrativa tem natureza penal e (c) encontrava-se pendente de julgamento, nesta Corte, a Reclamação 2138, relator Ministro Nelson Jobim. O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos: 1) A lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade. 2) Crime de responsabilidade ou impeachment, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. Não se concebe a hipótese de impeachment exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de *contraditio in terminis*. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento,

que é o previsto em seu artigo 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar. 3) Estando o processo em fase de execução de sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o prosseguimento da execução. O Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem (BRASIL, 2008, grifo nosso).

O STF ainda traz em outra Questão de Ordem (em Petição 3211-0/DF) a possibilidade da responsabilização de seus Ministros pelas condutas da Lei 8.429/92, cuja competência será do próprio Supremo. Nesse sentido:

Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns. *1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros. 2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais (BRASIL, 2008, grifo nosso).*

Por fim, tendo em vista tamanha importância do tema e o essencial esclarecimento acerca de possíveis brechas abertas pelos defensores da corrente doutrinária que afirma não ser possível a aplicação da dupla responsabilização aos atos ímprobos, e também para que se confira maior segurança jurídica ao tema, foi reconhecida e então aguarda julgamento definitivo, estando sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, repercussão geral do Recurso Extraordinário 976566, que versa sobre “Processamento e julgamento de prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com base na Lei 8.429/92”, conforme fontes próprias do STF (BRASIL, 2018).

## **7. Considerações finais**

Sob uma perspectiva geral, este artigo teve por objetivo analisar a improbidade administrativa à luz da problemática possibilida-

de de responsabilização simultânea dos agentes políticos por condutas ímprobas, nos termos da Lei 8.249/92 (Lei de Improbidade Administrativa), e das Leis especiais próprias que tratam da responsabilização por crimes de responsabilidade cometidos por agentes políticos (Lei 1.079/50 – Presidente da República ou Ministros de Estado ou do Decreto-Lei 201/67- Prefeitos e Vereadores), sem prejuízo das outras esferas (cível e penal).

Neste diapasão, procurou-se inicialmente conceituar a improbidade administrativa, por meio de uma análise geral da sua Lei específica (Lei 8.429/92). Depois, foram tecidos comentários acerca dos seus sujeitos ativos, passivos, suas modalidades, sanções previstas em lei, prescrição, controle preventivo e repressivo da improbidade, além de mecanismos administrativos presentes na própria Lei para coibir-se a prática de atos ímprobos.

Além disso, procurou-se também classificar, segundo parcela majoritária da doutrina e jurisprudência, quais sujeitos são considerados agentes políticos perante o ordenamento brasileiro. Isso tudo para que se sanassem eventuais dúvidas acerca de jurisprudências divergentes dos tribunais acerca da citada classificação, o que também acabaria importando, diante de casos concretos, a depender se tais agentes são enquadrados na categoria de agentes políticos ou não, se haveria a possibilidade da responsabilização “dupla” destes, respondendo pelas condutas ímprobas e também por crimes de responsabilidade, perante o “acúmulo” das respectivas sanções estabelecidas por ambas as Leis.

Concluiu-se, então, após a análise dos fatos e dos julgados dos tribunais superiores, que há no Brasil uma dupla normatividade em matéria de improbidade administrativa. Essa dupla normatividade possui claramente objetivos distintos, na medida em que a Lei 8.429/92 é específica e possui tipificação também específica de condutas consideradas ímprobas. As condutas descritas na lei também possui relação com o rol elencador de possíveis acu-

sados, que inclui até mesmo pessoas que não possuem vínculo funcional com o Poder Público (leia-se: terceiros).

A outra normatividade em relação à improbidade é aquela relacionada à exigência que a Constituição faz em relação aos agentes políticos e o dever desses em praticar, no âmbito de todos os seus atos, condutas que sigam os parâmetros de probidade (para o chefe do Poder Executivo e Ministro de Estado). Caso eles pratiquem condutas que atentem contra a própria probidade *lato sensu* da Administração, estarão sujeitos ao regime de penalização previsto no artigo 85, inciso V, da CF/88 (que no plano infraconstitucional se completa com a Lei 1.079/50 - Presidente da República e Ministros de Estado ou do Decreto-Lei 201/67- Prefeitos e Vereadores), constituindo crime de responsabilidade, por exemplo, os atos do Presidente que atentem contra a probidade pública.

Embora ambas as normatividades possuam objetivo idêntico, qual seja, a aplicação e preservação do princípio constitucional da probidade (e moralidade), segundo o ex-Ministro do STF, Joaquim Barbosa, essas disciplinas normativas diversas possuem objetivos constitucionais diversos.

Para o ex-Ministro Joaquim Barbosa, a Lei 8.429/92 foi sintetizada para coibir a prática de atos desonestos e antiéticos que são corriqueiros na história político-administrativa do Brasil, aplicando-se aos acusados as penalidades ora previstas na lei, e tão somente elas.

Enquanto isso, para os atos de improbidade com fins políticos, a CF/88 e a Lei 1079/50 trouxeram um objetivo constitucional “mais elevado”, no sentido de que o *impeachment* é um mecanismo típico feito para as relações no regime presidencial de governo, pois apesar de ser “mais brando”, no sentido de não prever as demais consequências (sanções) da Lei 8.429/92, tem o objetivo de punir o agente político faltoso com as obrigações públicas que atentem contra o Estado de Direito e a estabilidade das instituições (BRASIL, 2008).

---

Dessa maneira, para o ex-Ministro Joaquim Barbosa, tais condutas previstas na Lei de crimes de responsabilidade seriam mais “fáceis” de restarem caracterizadas, em razão da sua natureza intrinsecamente política, como o “mau exemplo” do agente político que incorra em deslize funcional grave. Isso reforça a fusão entre a responsabilidade pessoal e a responsabilidade política do agente, dado o fato de que o caráter da decisão do “*impeachment*” é dupla, ou seja, abrange tanto o lado formalmente jurídico como o materialmente político.

Ocorre que, apesar do pensamento do ex-Ministro de que as condutas da Lei de crimes de responsabilidade sejam mais fáceis de serem caracterizadas e, portanto, sejam mais facilmente punidas, as sanções relativas a esses crimes são mais brandas em relação às punições da Lei 8429/92.

Isso porque as sanções da Lei 1.079/50 são somente duas: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de funções públicas pelo prazo de oito anos. Aqui, reporta-se, inclusive, a uma discussão de evolução legislativa acerca do tema. Afirma-se isso porque é inadmissível conceber a noção de “proibidade na Administração” feita em 1950, época de criação da Lei, antes mesmo da reforma e da transição do estado burocrático para o gerencial, com o aparato semântico trazido pela Constituição de 1988, que instaurou no país o Estado Democrático de Direito. As diferenças são evidentes não só quanto à abrangência, mas também na forma de aplicação e sanção das citadas leis, eis que ambas foram feitas em época totalmente distintas de mudanças de paradigmas do próprio Estado como um todo.

Ademais, soma-se a isso o fato de que se deve considerar que os agentes políticos são espécie de agentes públicos, e esses últimos são claramente penalizados pelo artigo 2º da Lei 8429/92, caso incorram nas citadas condutas. Isso porque na improbidade administrativa não existe distinção entre atos de função política ou de função administrativa.

Para a concreção desse raciocínio, adota-se a teoria de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que considera o fato de que independentemente da classificação do agente que o pratique, os atos políticos também possuem cunho administrativo se dizem respeito à manifestação individual, concreta, pessoal do Estado, enquanto poder público, na consecução do seu fim, de criação da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p- 417-418), sujeitos à apreciação do Judiciário, o que justificaria então sua aplicabilidade à Lei 8.429/92. Resumindo: o importante é que o ato tenha sido realizado em conformidade integral com o plano do Direito e, então, mesmo que considerado ato político, sempre possuirá um cunho administrativo.

Neste contexto, o ato administrativo realizado para gerar efeitos jurídicos, mas contaminado com vício que venha a ofender aos princípios administrativos, ou predisposto a causar prejuízo e enriquecimento ilícito em detrimento do Estado se sujeita ao controle jurisdicional, inclusive para imposição das sanções legalmente previstas, e nisso se inclui as sanções da Lei 8.429/92. Isso é perfeitamente justificável pelo fato de que o legislador instituiu um tratamento jurídico uniforme a todo o agente público, quando no artigo 2.º da Lei 8.429/92 impôs que “reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

---

Assim, por todas as consequências já explanadas, concluiu-se que não há ocorrência de *bis in idem* na aplicação dupla das Leis 1.079/50 e 8429/92 aos agentes políticos praticantes de condutas ímprobadas, pois o próprio ordenamento jurídico vigente não concebeu tais instrumentos jurídicos como equânimes. As citadas leis possuem claramente diferenças jurídicas de ordem formal e material. Além do mais, essas Leis são instrumentos jurídicos trazidos ao ordenamento possuindo finalidades diferentes, em momentos históricos distintos, de modo que uma complementa a outra e também a supre em possível lacuna normativa, num esforço de eficácia no combate à corrupção e no mau trato ao dinheiro público.

Também vale ressaltar que isso tudo não partiu de uma análise única, mas restou claro por opiniões de diversos juristas respeitados no meio, os quais desempenharam e ainda desempenham importantes funções jurisdicionais nas cortes superiores, pelo “notável saber jurídico”, requisito imprescindível para investidura. Para ressaltar isso, o Ministro Carlos Velloso, antes de deixar o Supremo Tribunal Federal em virtude de sua aposentadoria, consignou em seu voto, no julgamento da Reclamação 2138-6, que acabou por criar a divergência doutrinária do assunto pelo STF e STJ, o fato de que, caso se abolisse a ação de improbidade relativamente aos agentes políticos, poderia se gerar um efeito reverso e funcionamento como “um estímulo à corrupção”. O ex-ministro, que à época se posicionou contrariamente ao voto do relator, destacou: “Precisamos nos esforçar, cada vez mais, para eliminar a corrupção na administração pública. Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar a máxima eficácia à Lei de Improbidade” (BRASIL, 2008).

Dar a uma Lei do ano de 1950 uma eficácia superior à Lei de Improbidade Administrativa, que foi criada 42 anos depois (1992), em um diferente contexto histórico e jurídico, após a instauração da República, do Estado de Direito e do Estado gerencial, demonstra certa visão conservadora de quem pretende utilizar seus argumentos para fins de responsabilização e sanções somente po-

---

líticas. Isso porque é nítido o fato de que quem quer aplicar a lei de crimes de responsabilidade em detrimento da Lei 8.429/92, na verdade quer a aplicação de menos sanções ao agente cometedor da conduta ímproba, o que não corresponde aos princípios gerais da administração pública atual e o próprio Estado republicano, que luta pelo combate veemente à corrupção.

Caso se utilizasse o argumento de que há sim incidência do *bis in idem* na responsabilização dupla, haveria de se afirmar categoricamente que a Lei 8.429/92 possui natureza penal, o que é incontroverso e já foi devidamente esclarecido, pois a esfera administrativa é independente da cível e da criminal. Ou seja: não há responsabilização dupla se aplicadas simultaneamente ambas as Leis.

A comparação feita entre os tipos previstos no art. 9.º (crimes de responsabilidade) da Lei 1079/50, que trata da ‘probidade na Administração’ e os tipos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92 revelam que as condutas descritas não são sequer equivalentes, à exceção do artigo 11 desta última lei. Isso porque se analisada minuciosamente, nota-se que a Lei 1.079/50 não considera o enriquecimento ilícito e a malversação de dinheiro público como formas de crime de responsabilidade. A interpretação de que a Lei 1079/50 e Lei 8429/92 possuem as mesmas punições e coexistem, sendo a primeira reservada aos agentes políticos, permitiria que estes não fossem responsabilizados, salvo pelo direito penal comum, por atos de enriquecimento ilícito e de malversação de dinheiro público. A concreção desse raciocínio se materializa no argumento de que estas hipóteses não estão previstas na Lei dos Crimes de Responsabilidade, reduzindo-se às do direito penal comum, como os crimes contra a administração pública. Também porque a Lei de Improbidade, que prevê tais hipóteses, não poderia ser aplicada aos agentes políticos, pois eles somente poderiam ser punidos pelos crimes de responsabilidade previstos em lei própria e especial. Então haveria uma mistura indevida do conceito da independência da esfera da improbidade, ponto crucial da Lei.

Por fim, conclui-se que na coexistência dos institutos legais de fim idêntico (qual seja, a proteção da moralidade administrativa como um todo), mas cada qual com a aplicação por meio de critérios de conveniência própria diante de situações fáticas e empíricas (concretas, caso a caso) haveria uma incidência de efeitos de impensáveis proporções: enquanto o agente público comum (e não político) ou o terceiro que com ele cometesse condutas desonestas estariam sujeitos ao regime de sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), isto é, ao ressarcimento de danos ao erário, pagamento de multa civil, perda da função pública (para os agentes), inabilitação para a função pública (também para os agentes) e suspensão dos direitos políticos (para agentes e terceiros), o agente público político somente poderia sofrer (caso não se exonerasse) duas sanções: a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, previstas pela Lei de Crimes de responsabilidade. Isto é, para o mesmo fato poderia ocorrer a incidência da famosa máxima “um peso e duas medidas”, o que não estaria de acordo com próprio conceito e a própria aplicação da moralidade administrativa na gerência da *res* pública, da probidade administrativa e da própria atuação do Estado na proteção de seu patrimônio público (atividade essencial e fim do Poder Público) e também na proteção de seus interesses.

## 8. Referências

ABREU, Elisabete de; MOREIRA, Lima. *Administração Geral e Pública para concursos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1, p. 417-418.

BRASIL. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: jan/2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: abr./2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm)>. Acesso em: jan/2018.

BRASIL. Lei 1.079/50. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm)>. Acesso em: jan/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 853. Texto na íntegra. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo853.htm#transcricao1>>. Acesso em: jan/2018.

BRASIL. RE 228.977-SP – Informativo 263. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo263.htm>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Reclamação 2138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. Data do julgamento: 13/06/2007. Data da publicação: 18/04/2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+2138%2ENU-ME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+2138%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bmrqj5t>>. Acesso em: abril/2018.

---

BRASIL. Agravo Regimental na Ação Cautelar 3.585/Rio Grande do Sul. Ministro Relator: Celso de Mello. Publicado em: 02/09/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7044390>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação: Rcl-MC-AgR 6702-PR. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Publicado em: 30/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590425>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Questão de Ordem em Petição 3.923-8 SP. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Publicado em: 26/08/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550447>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Questão de Ordem em Petição 3.211/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado em: 27/06/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535803>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Repercussão geral do Recurso Extraordinário 976566. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4997876>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Eargos de Divergência em Resp nº 875.163 - RS (2009/0242997-0). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. *Dje*, 30/06/2010. Decisão: 23/06/2010.

BRASIL. Recurso Especial nº 751.634-MG. Ministro Teori Albino Zavascki.

BRASIL. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.512.479 – RN. Relator: Ministro Humberto Martins. Publicado em: 30/05/2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1514036&num\\_registro=201500286925&data=20160530&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1514036&num_registro=201500286925&data=20160530&formato=PDF)>. Acesso em: abril/2018.

---

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.321.111 – RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado em: 13/05/2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1509303&num\\_registro=201200837366&data=20160513&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1509303&num_registro=201200837366&data=20160513&formato=PDF)>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.369.755 – AP. Relator: Ministro Olindo Menezes. Publicado em: 15/02/2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1482395&num\\_registro=201300505867&data=20160215&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1482395&num_registro=201300505867&data=20160215&formato=PDF)>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.197.469 – RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado em: 11/12/2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1468126&num\\_registro=201001072652&data=20151211&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1468126&num_registro=201001072652&data=20151211&formato=PDF)>. Acesso em: abril/2018.

BUENO, Jorge Arbex. Princípio da moralidade administrativa, probidade e improbidade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34275/principio-da-moralidade-administrativa-probidade-e-improbidade-administrativa>>. Acesso em: abril/2018.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade Mecum de Jurisprudência*. Coleção Dizer o Direito. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. Não existe foro por prerrogativa de função em ação de improbidade administrativa proposta contra agente político. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2018/05/nao-existe-foro-por-prerrogativa-de.html>>. Acesso em: jun/2018.

---

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. Lei de Improbidade Administrativa e crimes de responsabilidade. Disponível em: <[http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigos\\_Testes\\_Estudos/Artigo\\_LIA\\_crime\\_de\\_respon.pdf](http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigos_Testes_Estudos/Artigo_LIA_crime_de_respon.pdf)>. Acesso em: abril/2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Mônica Nicida. Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/publicacoes-diversas/prerrogativa-de-foro/monica\\_nicida\\_agentepolitico.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/publicacoes-diversas/prerrogativa-de-foro/monica_nicida_agentepolitico.pdf)>. Acesso em: jan/2018.

HARADA, Kiyoshi. Crimes de responsabilidade e impeachment. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16-MI229043,11049Crimes+de+responsabilidade+e+impeachment>>. Acesso em: jan/2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 2. ed. rev., atual e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PAZZANESE, Ronaldo. O que são crimes de responsabilidade do Presidente da República? Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/108029/o-que-sao-crimes-de-responsabilidade-do-presidente-da-republica-ronaldo-pazzanese>> Acesso em: abril/2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Improbidade administrativa e finanças públicas. *Boletim de Direito Administrativo*, dez. 2000.

---

Artigo

**A possibilidade de responsabilização de agentes políticos por improbidade administrativa segundo a interpretação dos tribunais superiores (STJ e STF)**

Beatriz Russo de Oliveira

---

TONELLI, Amanda. Improbidade administrativa: conceitos divergentes. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/improbidade-administrativa-conceito-juridico-divergente/>>. Acesso em: abril/2018.

Artigo recebido em: 11/7/2018

Artigo aprovado em: 6/12/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190002

**100 - 134**

Artigo

**DA TÉCNICA LUDOVICO À CASTRAÇÃO  
QUÍMICA: DA FICÇÃO LITERÁRIA AO  
DEBATE DA CRIMINALIDADE ATUAL**

CRISTIANO APARECIDO QUINAIA

SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL

# DA TÉCNICA LUDOVICO À CASTRAÇÃO QUÍMICA: DA FICÇÃO LITERÁRIA AO DEBATE DA CRIMINALIDADE ATUAL

FROM LUDOVIC TECHNIQUE TO CHEMICAL CASTRATION:  
FROM LITERARY FICTION TO THE DEBATE OF CURRENT CRIMINALITY

CRISTIANO APARECIDO QUINAIA

Mestre em Direito Constitucional  
Instituição Zolado de Ensino, Brasil  
cquinaia@gmail.com

SÉRGIO TIBIRIÁ AMARAL

Doutor em Direito  
Instituição Toledo de Ensino, Brasil  
coord.direito@toledoprudente.edu.br

**RESUMO:** De Anthony Burgess, o clássico *Laranja mecânica* é uma obra atemporal cujo enredo dialoga com a questão da criminalidade e a possibilidade de se estabelecer um tratamento que modifique o comportamento do sujeito. Discute-se na ciência jurídica ser empregado o tratamento químico para inibição do desejo sexual aos condenados por crimes desta natureza. Segue em tramitação na Câmara dos Deputados do Brasil projeto de lei para a disciplina da castração química no país. Considerando as garantias contidas na Constituição Brasileira de 1988, torna-se imperioso um debate em torno da técnica que se busca autorizar e a lei fundamental em vigência que impede a aplicação de penas cruéis e desumanas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Laranja mecânica; crimes sexuais; castração química; garantias.

**ABSTRACT:** By Anthony Burgess, the classic *Clockwork Orange* is a timeless work whose plot dialogues with the question of crime and the possibility of establishing a treatment that modifies the behavior of the subject. It is discussed in legal science being used chemical treatment for inhibition of sexual desire to those convicted of crimes of this nature. The Brazilian Chamber of Deputies is in the process of drafting a bill for the discipline of chemical castration in the country. Considering the guarantees contained in the Brazilian Constitution of 1988, it is imperative a debate about the technique that is sought to authorize and the fundamental law in force that prevents the application of cruel and inhuman punishments.

**KEYWORDS:** Clockwork Orange; Crimes Sexual; Castration Chemistry; Guarantees.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Crime sexual: origens e história legal. 3. A castração química no Direito Comparado. 4. Projeto de Lei 5.398/2013 da Câmara dos Deputados. 5. A técnica de aversão da Laranja Mecânica. 6. A compatibilização do tratamento inibidor à luz da Constituição Federal de 1988. 7. Conclusão. 8. Referências.

## 1. Introdução

Em tempos de rede mundial de computadores, a rápida comunicação por mecanismos digitais e por internet móvel gera uma dúvida: o número de crimes sexuais tem aumentado ou a divulgação dá a sensação de que todos os casos podem ser descobertos?

O aumento de casos, entre outros motivos, é a conscientização para a defesa da dignidade da pessoa humana e a possibilidade de acesso à informação de todo o mundo.

Sobretudo a prática de crimes sexuais envolvendo crianças e pessoas incapacitadas causa grande comoção, incitando o debate a respeito da eficácia do sistema criminal em voga para o tratamento do agente, nem sempre com viés de direitos fundamentais.

As descobertas psiquiátricas, o mapeamento do genoma e os estudos sobre os genes fornecem o conteúdo das enfermidades e dos desejos sexuais que fogem ao padrão aceito pela civilização e pela lei.

A estatística de reincidência revela que o modelo de privação de liberdade não é pena eficaz no combate contundente da criminalidade sexual. Esta constatação não é caso particular do Brasil, mas há décadas se discute no direito, na sociologia e na psiquiatria como combater os crimes desse jaez.

Na literatura, há 50 anos publicava-se o clássico *Laranja mecânica*, no qual o autor aborda os limites da intervenção do Estado na reconstrução comportamental do indivíduo.

A descrição conceitual do crime sexual e o objeto jurídico protegido traz a evolução histórica e as estatísticas que revelam o número da criminalidade. Em seguida, é apresentado o estudo comparado dos países que admitem a castração química como resposta do Estado em face da prática dos crimes sexuais e como é aplicada.

Voltando os olhos para o Brasil, o trabalho levanta a discussão sobre o projeto de lei que tramita na Câmara dos Deputados que tem por objeto impor a pena de castração química ao condenado por crime sexual.

A pesquisa abebera da obra literária de Anthony Burgess os elementos sobre o tratamento que o Estado pode oferecer ao condenado por crime a fim de abreviar sua pena privativa de liberdade.

Por derradeiro, apresenta a possibilidade de compatibilização entre o tratamento químico inibidor do desejo sexual e a abreviação da pena do condenado por crime sexual.

O cerne da pesquisa é a emancipação do debate teórico para a prática que pode ser empregada como mais uma ferramenta no combate ao crime sexual sem, contudo, malferir a proteção da dignidade enunciada pela Constituição brasileira.

Urge começar a discussão no plano dos direitos humanos não apenas do criminoso, mas também das vítimas.

## 2. Crime sexual: origens e história legal

Os crimes sexuais sempre foram preocupação, mesmo antes do constitucionalismo. A história de exploração sexual e submissão da liberdade individual de disposição do corpo remontam à mitologia. Conforme é narrado, o deus Júpiter enganou uma virgem e depois a violentou<sup>1</sup>.

Do latim *stupru*, a palavra significa deixar imóvel, atônito, estupefato. Violação vem de *violatiōne*, que quer dizer devastar e profanar. Esses termos são empregados para explicar o ato de subjugar uma pessoa para com ela manter relação sexual contra a sua vontade.

Em todas as civilizações, há relato do estupro como um fenômeno patológico social, destacando o legendário início de Roma, “com o rapto das sabinas, classificado como violência sexual de massa”, mas que, dadas as circunstâncias, foi legitimado “como medida de emergência de Roma em razão da carência de mulheres”<sup>2</sup>.

Extrai-se da narrativa bibliográfica que o homem exercia a educação sexual da mulher. Conforme Plutarco, “se elas não rece-

---

1 CANELA, Kelly Cristina. O estupro no direito romano. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 16.

2 CANELA, Kelly Cristina. O estupro no direito romano. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 17.

berem as sementes das boas palavras ou compartilharem a educação de seus maridos, elas considerarão as opiniões estranhas aos interesses de seus maridos, pensarão em ações malignas e alimentarão desejos próprios”.<sup>3</sup>

Mais tarde, já instituída a República e Roma organizada politicamente, a honra da mulher torna-se algo sacramentado, sobretudo para quem pertence à família real, como é o caso de Lucrecia. Ela sofre ameaça de um hóspede, cede ao ato carnal, porém, ao relatar tal fato ao pai e ao marido, cumpriu a última providência que lhe restara: suicidou-se – *nunc ulla impudica Lucretiae exemplo vivet* (Jamais Lucrecia fornecera um precedente para que as mulheres que não são castas escapem ao que merecem).<sup>4</sup>

No continente americano, durante o período colonial em que o Brasil esteve servindo à coroa portuguesa, aplicavam-se as “Ordenações do Reino”. Nas três existia a previsão de pena para a prática do estupro.

As Ordenações Afonsinas datam do ano de 1446. Em seu Livro V, Título VI, consta vetusta previsão a respeito da prática forçada do ato sexual, confira-se:

Tanto que fe a molher queixar, ou querelar d’alguê, que jaz com ella per força, tanto que vier d’ante a Justiça, devem-na tirar de poder se seu Padre, e poerem-na em casa de huê homem boê, que nom seja ensinada pera dizer mal, ou em casa de huê dos Juizes: e esto he por razom que possa porem melhor ser sabuda a verdade, pera se fazer justiça, e pera se guardar ao preso todo seu direito. Honde dizemos, que he estabellicido per mandado de Nosso Senhor ElRey, e posto em tua Ley, que se alguêa

---

3 SILVA, Maria Aparecida de Oliveira. Plutarco e Roma: o mundo grego no Império. Tese (Doutoramento). Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de História. São Paulo, 2007, p. 195.

4 CANELA, Kelly Cristina. O estupro no direito romano. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 19.

mulher forçarem em povoado, que deve fazer querela em esta guisa, dando grandes vozes, e dizendo, *vedes que me fazem*, hindo per tres ruas, e se o assy fezer, a querela seja valedoira: e deve nomear o que a forçou per seu nome.

Observa-se dessa ordenança, em que pese a previsão de punição do homem que forçava a mulher a com ele manter relação sexual, que a vítima era exposta ao público e punida com o exílio do poder familiar. Previsão semelhante à vista nas Ordenações Manuelinas, reunidas como corpo legislativo português em 1513 no Livro 5, título 14, *Do que dorme por força com qualquer molher, ou traua della, ou a leua por sua vontade*:

Todo homem de qualquer estado, e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer molher, posto que enferma, ou molher que ganhe dinheiro por seu corpo seja, moura por ello. Porem quando for com enferma, ou molher que ganhe dinheiro por seu corpo, nom se fará execuçam atte no-lo fazerem saber, e por novo mandado.

Destaque-se a diferença de tratamento legal dispensado às prostitutas, em que pese contra elas o crime de estupro também pudesse ser praticado, a presunção legal é de que o ato sexual não foi forçado, salvo sua comprovação por novo mandado que assim se faça expedir. Havia a inversão do ônus da prova.

A última ordenação do reino português que também vigia no Brasil, as Ordenações Filipinas de 1595 continham a previsão no Livro 5, título 18, *Do que forme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade*:

Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade. Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra

por ello. E posto que o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado.

Ressalte-se que as referidas ordenações foram durante um período chamado União Ibérica, quando o trono de Portugal esteve sob a tutela do rei espanhol Felipe. Portanto, diferente das demais legislações, as ordenações são espanholas.

Constata-se dessa ordenança a previsão do casamento como causa de suspensão da reprimenda legal, circunstância que deixa claro que o interesse da mulher era legalmente subjugado ao interesse dos homens. Bastaria estuprar a moça com quem se queria casar para, diante da vergonha e da desonra que o ato importava no seio familiar e perante a sociedade, incutir o casamento como solução para tamanha desgraça. Essa tendência foi seguida na primeira legislação feita em terras brasileiras. Similar previsão foi recepcionada no Código Criminal do Império do Brasil de 1830, que contemplava o casamento como causa excludente da pena cominada aos crimes sexuais:

Art.222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Art.223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.

Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

Art.224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Art.225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

A possibilidade de o casamento resolver a criminalização do estupro concedia supremacia ao homem na proteção legal, uma vez que não se buscava punir o agente criminoso, mas resolver o impasse social sobre o que fazer com a mulher violada. A sociedade já não aceitaria a vítima, assim como a família a rejeitaria, restando-lhe, no limbo de política criminal e de restauração, a opção de casar com aquele que lhe forçou à prática do ato sexual.

O Código Penal de 1890 ia além no absurdo ao prescrever que o estupro recebia como pena pela prática do ato a adoção da vítima, como uma solução legal para a restauração da honestidade da família:

Art. 276. Nos casos de defloramento, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida.

Paragrapho unico. Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si for maior.

Assim, o casamento colocava fim ao problema do homem, que não seria mais condenado, bem como ao dilema da família de contar com uma filha desonrada e, portanto, com menor possibilidade de casar-se. O único interesse que permanecia desprotegido pela lei era o da vítima.

O Código Penal de 1940 trazia no artigo 108 o casamento como causa de extinção da punibilidade pela prática do estupro revelando que, mesmo depois da queda do período colonial, perseverava no Brasil a legislação que via como solução do problema

do estupro a ocultação da vítima pelo matrimônio. Ainda não se pensava naquela época em formas de evitar a ocorrência do crime, no tratamento psicológico da vítima e no estudo psiquiátrico do agente, em que pese já avançasse a psicanálise.

A Lei 12.015/2009, da reforma do Código Penal, “Título VI”, que passa a dispor sobre os crimes contra a “dignidade sexual”, traz a lume a preocupação em punir severamente o agente até como forma de inibir a ocorrência do crime sexual:

#### Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Nesse compasso, o crime de estupro não é apenas um problema da política criminal. Revela o avanço da discussão pública a respeito da dignidade da pessoa humana, uma vez que, consoante o histórico narrado, até pouco tempo a mulher era um objeto que podia ser adquirido com o casamento. No tocante ao crime sexual, a lei não se preocupava em preservar o mutualismo: diante da violação da mulher, em vez de punir o agente como ocorre em todos os demais delitos, possibilitava-se a exclusão da pena com o casamento.

A regra por meio da qual o Direito opera positivamente é a de que a lei concentra a certeza a respeito de determinado comportamento, e qualquer indivíduo que venha a descumprir o comando inserido no código lícito/ilícito estará sujeito à incidência da sanção.

Assim é para todos, no princípio do mutualismo: “proporciona a sanção de cada regra. Em cada ato há um dualismo sociológico: duas partes que se permutam serviços e funções, do que decorre que cada uma delas cuide para que a outra cumpra sua parte do compromisso e se conduza com honradez”.<sup>5</sup>

Em que pese a pena para o crime de estupro tenha endurecido, estudo divulgado cinco anos depois da reforma apontou que a cada 11 minutos é notificado um caso de estupro no Brasil.<sup>6</sup> E, ainda pior, de acordo com a estatística, 70% das vítimas são crianças e adolescentes, e, outro dado desconcertante, é de que mais da metade dos crimes sexuais são cometidos por pessoas próximas da vítima, pais, padrastos ou amigos. Nesse aumento estatístico há fatores culturais de baixa compreensão a respeito da dignidade do próximo. O indivíduo cresce à margem de uma sociedade politizada na qual é possível compreender a estrutura familiar como célula do Estado.

Desde homens com compreensão ética de supremacia do sexo masculino em relação ao feminismo, e por isso autorizados a abusar sexualmente de quem está hierarquicamente em posição familiar inferior, soma-se a sensação de impunidade pelo infrator que, na grande maioria dos casos, por ser o patriarca da família, acaba encoberto da prática incestuosa.

Ainda é grande o estigma que a vítima do abuso sexual sofre. Além da necessidade de recuperação psíquica e física, sente a rejeição familiar e social, a dificuldade de criar laços afetivos.

A Psicologia Forense apresenta distinção entre o pedófilo abusador e o molestador, uma vez que os abusadores caracterizam-se principalmente por atitudes mais sutis e discretas no abuso se-

---

5 MALIMOWSKI, Bronislaw. Crime e costume na sociedade selvagem. Brasília: Editora UNB, 2003, p. 40.

6 Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36401054>. Acesso em: 26.9.2017.

xual, geralmente se utilizando de carícias, visto que em muitas situações a vítima não se vê violentada. Já os molestadores são mais invasivos, menos discretos, e geralmente consomem o ato sexual contra a criança.<sup>7</sup>

A violação sexual de crianças revela-se uma parafilia (do grego παρά, *para*, “fora de”, e φιλία, *philia*, “amor”), que designa a busca pela satisfação erótica não apenas com a cópula, mas com o abuso, o vilipêndio ao corpo alheio e a prática libidinoso.

O que ocorre em grande escala é a associação da parafilia pedófila a alguma psicopatia que torna o indivíduo cruel, sádico e masoquista não apenas na busca do prazer, mas na causa do sofrimento, conforme relata a psiquiatria forense:

Vários estudos têm demonstrado que criminosos psicopatas apresentam histórico de violência gratuita, com atos extremos de violência, como sadismo, crueldade e brutalidade. Em geral, reduz a vítima ao nível de objeto, passível de toda manipulação, degradação e descarte. O crime por prazer e produto de extremo sadismo, e a vítima é assassinada e mutilada com o propósito de provocar gratificação ao criminoso, sendo o prazer dele adquirido pela violência, e não pelo ato sexual.<sup>8</sup>

Por isso a associação da pedofilia nos relacionamentos próximos, quando o agente deveria guardar respeito, proteção e carinho em relação à vítima, mas sua psicopatia o impede de ter compaixão, tornando o ato uma mecânica consequencial de seu desejo de ter prazer causando o mal.

Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), embora a base de dados carcerária seja escassa e não modernizada, revelou

---

7 SERAFIM, Antonio de Padua. Et al. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. Rev Psiq Clín. 2009;36(3), p. 106.

8 SERAFIM, Antonio de Padua. Et al. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. Rev Psiq Clín. 2009;36(3), p. 109.

que o índice de reincidência no Brasil alcança 70%.<sup>9</sup> Mas não é só no Brasil que o resultado é desanimador: O Departamento de Justiça dos Estados Unidos realizou pesquisa na qual se revelou que lá o índice de reincidência alcança 75%.<sup>10</sup>

Já os estudos na Faculdade de Medicina de São Paulo revelaram que a reincidência sexual contra crianças varia de 28,57% contra meninos e vai até 40% contra meninas.<sup>11</sup>

O grande problema por detrás do crime sexual é a psicopatia. A prisão privativa de liberdade não resolve a questão psiquiátrica que impulsiona o agressor à reincidência no estupro de crianças e adolescentes ou mulheres.

A condição psicológica e psíquica do agressor não se vai transformar, nem o tempo de privação da liberdade apagará os traumas e sua apatia social, dificuldade de relacionar-se, introversão, etc., aspectos que formam sua personalidade criminoso.

Não se trata apenas de um problema brasileiro. O drama é enfrentado por outras sociedades, algumas das quais têm adotado o tratamento medicamentoso para a eliminação da capacidade de o agressor voltar a praticar o delito.

### **3. A castração química no direito comparado**

Visando a diminuir os crimes sexuais, há países que adotam a castração química, também denominada tratamento hormonal,

---

9 Relatório final de atividades das pesquisas sobre reincidência criminal. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>. Acesso em: 26.9.2017.

10 DUROSE, Matthew. Et al. Multistate Criminal History Patterns of Prisoners Released in 30 States. Disponível em: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/mschpprts05.pdf>. Acesso em: 26.9.2017.

11 BALTIERI, Danilo Antonio. Consumo de álcool e outras drogas e impulsividade sexual entre agressores sexuais. Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Departamento de Psiquiatria, 2005.

ou ainda terapia antagonista de testosterona, que traz a aplicação de hormônios antiandrógenos no ser humano do sexo masculino a fim de inibir a produção da testosterona e, dessa maneira, provocar redução na libido. A castração, em verdade, não se aplica com justeza ao tratamento que se pretende aplicar ao caso, uma vez que não se trata da prática de ablação do órgão genital masculino, mas a inibição de produção do hormônio:

A castração química ou terapia antagonista de testosterona, como muitas vezes é denominada, é uma forma de castração reversível, causada mediante a aplicação de hormônios que atuam sobre a hipófise, glândula do cérebro que regula a produção e liberação da testosterona.<sup>12</sup>

Longe da vulgaridade do verbo castrar, o objetivo da terapia é, com a ministração de medicamento, obter a perda do ímpeto sexual no sujeito que possua parafilia para a prática de violência sexual pedófila.

O primeiro governo que permitiu a adoção do tratamento químico para os condenados por crimes de estupro sexual em crianças e adolescentes foi o estado federado da Califórnia, nos Estados Unidos. Depois, Alemanha, França e Grã-Bretanha aprovaram em seu ordenamento jurídico a instituição da pena de castração química.

Foi nos Estados Unidos também que surgiram na década de 60 os primeiros estudos a respeito de inibição sexual, graças ao médico John Money, especialista no tratamento de identidade de gênero.<sup>13</sup>

A primeira droga estudada foi o acetato de medroxiprogesterona. Em 1996, o Estado da Califórnia reforma seu Código Penal

---

12 MATTOS, Geovana Tavares de. *Castração Química: análise crítica sobre sua aplicação como punição para delinquentes sexuais*. 2009. 199 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 59.

13 Conforme biografia disponível em: <http://www.nytimes.com/2006/07/11/us/11money.html>. Acesso em: 28.9.2017.

e passa a prescrever o tratamento químico ao condenado por crime sexual para obtenção da liberdade condicional. O tratamento não deve ser interrompido até que junta médica oficial do Departamento Penitenciário avalie o agente e emita parecer de que a ministração da droga se tornou desnecessária:

(d) The parolee shall begin medroxyprogesterone acetate treatment one week prior to his or her release from confinement in the state prison or other institution and shall continue treatments until the Department of Corrections demonstrates to the Board of Prison Terms that this treatment is no longer necessary.<sup>14</sup>

Note-se que o tratamento não tem caráter de pena e nem o viés de crueldade. Faz parte da política preventiva do Estado a fim de inocular a possibilidade de reincidência criminosa no caso do agente que possui parafilia e a psicopatia o impede de controlar o impulso sexual.

Depois da Califórnia, a Polônia foi o primeiro país europeu a permitir a castração química como medida forçada para o agente condenado por crime sexual envolvendo pedofilia, aprovada em 25 de setembro de 2009. De acordo com o governo polonês, “the purpose of this action is to improve the mental health of the convict, to lower his libido and thereby to reduce the risk of another crime being committed by the same person”.<sup>15</sup>

O objetivo na Europa é o mesmo: impedir a reincidência criminosa de violações sexuais contra crianças e adolescentes, porquanto a prática causa contorno psicológico e psiquiátrico que demanda tratamento químico. Em vigor desde junho de 2010, o

---

14 Tradução livre: (d) O livramento condicional deve iniciar o tratamento com acetato de medroxiprogesterona uma semana antes da sua libertação do confinamento na prisão estadual ou outra instituição, e deve continuar os tratamentos até que o Departamento de Correções demonstre ao Conselho de Administração que esse tratamento não é mais necessário.

15 Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-castration/poland-okays-forcible-castration-for-pedophiles-idUSTRE58O4LE20090925>. Acesso em: 28.9.2017.

tratamento medicamentoso da inibição é obrigatório aos condenados por crimes sexuais contra menores de 15 anos.<sup>16</sup>

Em 4 de outubro de 2011 foi a vez de o Parlamento da Rússia aprovar a primeira lei local aos culpados pela prática de crime sexual contra menores de 14 anos. Os condenados ficarão sujeitos ao tratamento de castração química que será determinado pelo tribunal competente com base em laudo psiquiátrico forense realizado pelo serviço médico a fim de corroborar a existência do transtorno que justifique a imposição.

O cenário que conduziu a esta reforma criminal foi o estarrecedor número de “1.300 crianças russas que sofreram crimes sexuais envolvendo violência em 2008 e outros 5.233 de crimes sexuais não violentos”, conforme relata o deputado Anton Belyakov.<sup>17</sup>

Em 2011, a Nova Zelândia realizou alguns estudos a fim de corroborar a eficiência da administração de drogas aos condenados por crimes sexuais, como forma de eliminar a reincidência dos infratores e possibilitar seu retorno ao convívio social.

De acordo com a ministra Alison Thom, por 17 anos a droga antilíbida foi utilizada em serviços de reabilitação e reintegração em agressores, que prestavam declaração de consentimento com o tratamento.

Por lá, o medicamento testado foi o cetato de ciproterona (Androcur) que, de acordo com o médico local dr. Wåles, poderia ser útil em criminosos nos quais os pensamentos perversivos são tão impulsivos a ponto de impedir a configuração de outras áreas da personalidade.<sup>18</sup>

---

16 Poland approves chemical castration for paedophiles. Disponível em: <http://www.abc.net.au/news/2010-06-09/poland-approves-chemical-castration-for-paedophiles/859672>. Acesso em: 28.9.2017.

17 Russia introduces chemical castration for pedophiles. Disponível em: <https://www.rt.com/news/pedophilia-russia-chemical-castration-059/>. Acesso em: 28.9.2017.

18 Chemicals don't always stop sex offenders. Disponível em: <http://www.stuff.co.nz/national/crime/5264564/Chemicals-don-t-always-stop-sex-offenders>. Acesso em: 30.9.2017.

---

A psiquiatria neozelandesa referendou o uso do medicamento. Conforme estudo realizado pelo médico Barry-Walsh, três grupos de agressores adequadamente podem ser submetidos ao tratamento químico: as pessoas que têm muita fantasia sexual que acham perturbadoras e angustiantes e querem ser tratadas; o grupo em risco que está disposto a consentir a medicação e não é susceptível de fazer bem a terapia; o grupo daqueles com alto risco de ofender, que estão dispostos a levá-lo a curto prazo enquanto se envolvem em terapia também.<sup>19</sup>

Também na Nova Zelândia progride o avanço científico em busca de resultados satisfatórios de drogas que possam ser empregadas no tratamento dos transtornos sexuais e na inibição do ímpeto dos violentadores de crianças e adolescentes.

Na América do Sul, o Governo de Mendoza, província da Argentina, aprovou em 2010 o Decreto 308, que institui o Programa Provincial para la Prevención de la Reincidencia de Autores de Delitos de Indole Sexual. Em Mendoza se objetiva a reabilitação do agressor sexual que seja portador de parafilia, de tal sorte que a comprovação médica da existência do transtorno é requisito indispensável para o tratamento químico. Consoante apêndice do decreto, além de um acurado estudo preliminar, o tratamento emprega diversas técnicas:

Consiste en el empleo de fármacos para modificar las fantasías, los impulsos y las conductas erotosexuales. La terapia medicamentosa incluye el abordaje psicofarmacológico y hormonal em los casos que así se determine. El objetivo del tratamiento biomédico es el de reducir la excitación y las fantasías sexuales, con lo que favorece un mayor control de los impulsos y la agresividad. El individuo se siente menos sujeto a su conducta sexual compulsiva o a sus fantasías parafilicas.

---

19 Support for chemical castration. Disponível em: <http://www.stuff.co.nz/dominion-post/news/5264834/Support-for-chemical-castration>. Acesso em: 30.9.2017.

Note-se que o objetivo não é inibir o desejo sexual a ponto de excluí-lo do sistema psicofísico do agente, mas possibilitar o autocontrole e a melhor compreensão da sociabilidade inerente ao envolvimento interpessoal que conduz à cópula.

A ministração do medicamento não constitui pena compulsória, mas exige o prévio consentimento do agressor. Conforme o decreto, “todo el proceso de tratamiento, para su mejor resultado, debe ser voluntario por parte del individuo y bajo estrictas condiciones de consentimiento informado”. Não sendo compulsório, resta caracterizada a natureza de um tratamento multidisciplinar que objetiva tornar possível a reinserção do agressor sexual na sociedade, abreviando o espaço entre sua reclusão e sua liberdade.

Em todo o mundo, o direito penal contemporâneo desperta debate a respeito de soluções alternativas à ressocialização do crime. Desde os estudos da psicanálise por Sigmund Freud, colocou-se em evidência a importância do tratamento psicoterápico para a descoberta das causas psíquicas que geram a reação física.

Geralmente se concorda que esses processos conscientes não formam sequências ininterruptas, completas em si mesmas, a não ser assumir que existem processos físicos ou somáticos que são concomitantes aos psíquicos, e que deveríamos, necessariamente, reconhecer como mais completos do que as sequências psíquicas, já que alguns deles teriam processos conscientes paralelos a eles, mas outros não. Se é assim, torna-se plausível, é claro, ênfase, em psicologia, sobre esses processos somáticos, ver neles a verdadeira essência do que é psíquico e procurar outra determinação para os processos conscientes.<sup>20</sup>

A busca de tratamento psíquico e terapia psicológica tem o propósito de eliminar o potencial criminoso dos agressores sexuais

---

20 SIMANKE, Richard Theisen. CAROPRESO, Fátima. A metáfora psicológica de Sigmund Freud: neurologia, psicologia e metapsicologia na fundamentação da psicanálise. *Scientiæ zudia*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 51-78, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ss/v9n1/a04v9n1.pdf>. Acesso em: 30.9.2017.

para os quais a privação de liberdade não põe fim à causa que deu azo à prática da violência.

O século é o XXI, do avanço tecnológico em todas as áreas humanas, razão pela qual a repressão do crime não pode ficar alheia à realidade e manter-se ancorada na pena de calabouço e grades da Idade Média. É preciso avançar, buscar soluções para a mente criminoso.

#### **4. Projeto de Lei 5.398/2013, da Câmara dos Deputados**

De acordo com o 9.º Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015<sup>21</sup>, em 2014 cerca de quarenta e sete mil e seiscentas pessoas foram estupradas, sendo 34,5% desse número apenas no estado do Rio de Janeiro. Roraima tem 55 casos a cada 100 mil habitantes, uma taxa aterradora. Outra informação alarmante é a de que apenas 35% dos casos são oficialmente notificados. O restante cai naquilo que a doutrina denomina cifra negra. Conforme Thompson<sup>22</sup>:

Algumas evidentes consequências decorrem da existência da cifra negra, como anota, por exemplo, Sir Leon Radzowicz: a) representa a substância do crime, enquanto as estatísticas oficiais são tão somente sua sombra; b) torna exatamente difícil descobrir os verdadeiros caminhos e composição da criminalidade; c) restringe e distorce nosso conhecimento a respeito dos criminosos; d) as atitudes da sociedade com relação ao crime e à punição são inevitavelmente irrealistas; e) impõe-se como maior fator no enfraquecimento de qualquer efeito intimidativo que a punição ou o tratamento dos criminosos pudesse ter; f) provavelmente, o sistema não tem o menor interesse em tentar diminuir a cifra negra, pois a polícia, os promotores, o Judiciário e os estabeleci-

---

21 Disponível em: <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/05/apenas-35-dos-casos-de-estupro-no-brasil-sao-notificados.html>. Acesso em: 3.10.2017.

22 THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? Crime e criminosos: entes políticos, p. 19, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1983.

mentos prisionais sucumbiriam se tivessem que lidar com todos os que, realmente, praticam infrações penais.

Além da desconfiança que paira em relação às estatísticas divulgadas, há despreparo instrumental dos órgãos públicos ao combate à criminalidade, já que os índices aumentam continuamente em vez de reduzirem, o efetivo de policiamento permanece quase sempre o mesmo ao passo que o crime progride em escala geométrica.

O estupro assola a comunidade brasileira. Aliás, os crimes sexuais têm ganhado atenção das redes sociais, e causam espanto a ousadia famigerada de um estupro coletivo e até o caso de jovem mulher que foi presa em mesma cela com um grupo de homens<sup>23</sup>, que é analisado pela Corregedoria-Geral de Justiça e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, episódio que recebeu rechaço da presidência da Ordem dos Advogados do Brasil.

No Congresso Nacional Brasileiro, o Projeto de Lei 5.398/2013, apresentado pelo então deputado federal Jair Bolsonaro, visa a legalizar no Código Penal o tratamento da castração química. A primeira alteração sugerida diz respeito à previsão do tratamento como pré-requisito à concessão do livramento condicional, assim contemplado:

Art. 1º O parágrafo único do Art. 83, do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 83. (...)

Parágrafo único.

Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam pre-

---

23 Reportagem completa em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/tarso-chama-caso-de-jovem-presa-com-homens-no-para-de-barbarie-diz-que-nao-raro-648052.html>. Acesso em: 3.10.2017.

sumir que o liberado não voltará a delinquir e, nos casos dos crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, somente poderá ser concedido se o condenado já tiver concluído, com resultado satisfatório, tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual.

O livramento condicional é, em verdade, ponte de ouro, uma chance conferida ao condenado de abreviar o seu reingresso ao convívio social. Conforme a doutrina, trata-se de instituto de política criminal destinado a permitir a redução do tempo de prisão com a concessão antecipada e provisória da liberdade ao condenado, quando é cumprida pena privativa de liberdade, mediante o preenchimento de determinados requisitos e a aceitação de certas condições.<sup>24</sup>

Logo, condiciona-se a concessão do livramento à submissão voluntária ao tratamento químico visando a reduzir as condições físico-psíquicas capazes de impelir a reincidência do condenado. Veja-se que o foco do projeto é a proteção do bem jurídico circunscrito em dispositivos selecionados do Código Penal que prescrevem os seguintes tipos-penais:

#### Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

#### Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Assim, o objetivo do projeto é justamente impor o tratamento químico nos tipos penais do estupro, já que se trata do mais

---

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 58.

grave crime sexual contemplado pelo ordenamento jurídico. O projeto também modifica a Lei dos Crimes Hediondos, à qual acrescenta um parágrafo que coloca o tratamento químico como requisito à progressão do regime:

Art.4º O § 2º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2º. (...)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, e, se reincidente específico nos crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, somente poderá ser concedida se o condenado já tiver concluído, com resultado satisfatório, tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual.

Observa-se de ambos os dispositivos alteradores que o tratamento é de voluntária adesão, como passaporte para que o condenado possa progredir no regime ou conquistar a abreviação de sua liberdade.

Nesse compasso, convém salientar que a progressão de regime é direito fundamental do indivíduo previsto na Constituição Federal de 1988. No entendimento já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal:

Súmula Vinculante 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

De tal sorte, a progressão não pode ser vedada por norma de estatura infraconstitucional, porém é compatível com a *Lex Major* a previsão de requisitos a serem observados para que haja o deferimento pelo juízo da execução criminal.

## 5. A técnica de aversão da Laranja mecânica

Um ano antes de o projeto de lei brasileira dar entrada no Congresso, a obra *Laranja Mecânica* completou 50 anos. Lançada originalmente em 1962, fruto do trabalho futurista e atemporal de Anthony Burgess, gira em torno do jovem chamado Alex. De acordo com o autor, o nome é uma abreviação de Alexandre, o grande conquistador, e também uma referência ao latim *lex*, lei. Alex tem sério problema comportamental. Averso ao sentimento, pratica todo tipo de crime pelas noites de uma fictícia Nova Iorque, agredindo transeuntes, embebedando velhinhas para que mintam sobre o seu paradeiro e de seus comparsas. Ao lado de seus *druguis*<sup>25</sup>, Alex pratica estupro descrevendo de forma fria, sarcástica e com requintes de crueldade, em certa noite, como invadiram a casa de uma família e violaram a mulher:

[... Ó meus irmãos, enquanto eu me desvestia e me preparava para o mergulho. [...]. Então, depois de mim, era justo que o bom e velho Tosko tivesse sua vez, o que ele fez de forma bestial, fungando e uivando com sua mascareta de P.B. Shelley sem estar nem aí, enquanto eu segurava ela.<sup>26</sup>

O destino começa a mudar no momento em que os amigos do personagem decidem alterar a forma como as decisões do grupo eram tomadas. “Sem ofensa, Alex – disse Pete –, mas queríamos que as coisas fossem assim mais democráticas. Não você dizendo o que fazer e o que não fazer o tempo todo”.<sup>27</sup> Em determinada noite, Alex decide marginalizar a residência de uma idosa que possui uma gataria que lhe serve de companhia. Ele consegue invadir pela janela, entra em luta com aquela senhora e, ao deferir-lhe golpes de bengala, vai ao chão. Assustados, os gatos come-

---

25 Característica do autor, o livro é repleto de termos no idioma *nadsat* criado especialmente para *Laranja mecânica*. No caso, *drugui* significa amigo ou parceiro.

26 BURGESS, Anthony. *Laranja mecânica*. São Paulo: Aleph, 2012, p. 68-69.

27 BURGESS, Anthony. *Laranja mecânica*. São Paulo: Aleph, 2012, p. 101.

çam a pular em cima dele, fazendo-o mirar o portão para fugir, enquanto já se ouvem não distante as sirenes policiais. É nesse momento que Alex é surpreendido pelo seu *drugui* Tosko que, em vez de ajudá-lo a fugir, acerta-o no rosto com sua corrente. Sem a fuga, fica no local gritando até a chegada da polícia. Alex é conduzido até a delegacia de polícia (*casa-roza*, no idioma empregado no livro). Depois da tramitação das apurações policiais, conduzido a julgamento, Alex é condenado a catorze anos de encarceramento, pelos diversos crimes praticados. Na prisão, Alex é cativado pelo capelão e enturma fácil, razão pela qual chega a seu conhecimento que o serviço de segurança está desenvolvendo um tratamento para abreviar o caminho para a liberdade:

Mas, senhor – disse eu –, e esse negócio novo de que andam falando por aí? E esse novo tratamento que tira você da prisão sem demora e garante que nunca mais volte a entrar? [...]

Então ele disse: – Acho que você está se referindo à Técnica Ludovico. – Ele ainda estava muito desconfiado.<sup>28</sup>

A nomenclatura empregada por Anthony Burgess não é vã. De acordo com nota explicativa do tradutor, Técnica Ludovico é “uma referência dupla a Ludovico, o vilão italiano da tragédia de vingança *The White devil*, escrita por John Webster no século 17”.<sup>29</sup>

Depois de se envolver em lutas em sua cela durante a visita do chefe de segurança, Alex chama atenção insultando as autoridades que transitavam pelos corredores do presídio estatal:

Com todo o respeito, divirjo muito fortemente do que o senhor disse. Não sou um criminoso comum, senhor, e não sou medíocre. [...]

– Tudo bem, tudo bem. Disse o *vek* (sujeito) grande. Então, ele se voltou para o diretor e disse: – Pode usá-lo como cobaia. Ele é

---

28 BURGESS, Anthony. Laranja mecânica. São Paulo: Aleph, 2012, p. 141.

29 BURGESS, Anthony. Laranja mecânica. São Paulo: Aleph, 2012, p. 292.

jovem, corajoso e cruel. [...] Este jovem baderneiro cruel será completamente transformado, e ficará completamente irreconhecível.<sup>30</sup>

Releva destacar que na ficção o personagem concorda com sua submissão ao tratamento: “Mui certamente que assino – respondi –, senhor. E muitíssimo obrigado. – Ele me deu uma caneta e assinei meu nome com uma caligrafia muito fluida”.<sup>31</sup>

O Tratamento Ludovico administra injeções visando ao controle psíquico e à aplicação da técnica de aversão, que consiste em fazer o sujeito sentir-se enojado em ver e presenciar cenas criminosas, reformulando seu discernimento quanto à prática da violência.

Submetido durante 15 dias a fustigantes sessões de cinema nas quais era obrigado a assistir, uma vez que as pálpebras dos olhos de Alex ficavam delicadamente presas de modo a impedir que fechasse durante as horríveis cenas, as injeções o deixavam com os nervos sensíveis. Ele ficava conturbado em ver cenas de violência, estupro de crianças, torturas, guerra, experiências nazistas, às quais foi contínua e diariamente exposto.

Conforme o médico responsável pelo tratamento, “quando somos saudáveis, reagimos à presença do que é odioso com medo e náusea. Você está ficando saudável, só isso”<sup>32</sup>. Com o término do tratamento, Alex ganha a liberdade. Na terceira parte do *Laranja mecânica*, descreve-se como o tratamento modificou a expressão de sua personalidade, como se o livre-arbítrio dele houvesse sido removido de seu consciente.

Anthony Burgess faz sérias críticas ao Tratamento Ludovico empregado ao jovem Alex, descrevendo-o no livro como “jovem vítima de plano de recuperação de criminosos e governo assassino”:

---

30 BURGESS, Anthony. *Laranja mecânica*. São Paulo: Aleph, 2012, p. 152.

31 BURGESS, Anthony. *Laranja mecânica*. São Paulo: Aleph, 2012, p. 155.

32 BURGESS, Anthony. *Laranja mecânica*. São Paulo: Aleph, 2012, p. 172.

---

A chave da evolução humana é a liberdade que o livre-arbítrio confere inclusive para a prática de crimes abjetos e repugnantes que não podem desnaturar a individual personalidade daqueles que têm tendência criminosa. Entre a imposição de um tratamento recuperador e de adequação do comportamento antissocial e a liberdade de praticar ou não o crime, defendo o livre-arbítrio.

Era uma locução tradicional, e pedia para servir de título a um trabalho que combinasse preocupação com a tradição e técnica bizarra. A oportunidade para utilizá-la chegou quando concebi a ideia de um romance sobre lavagem cerebral. Stephen Dedalus, de Joyce (em *Ulisses*), se refere ao mundo como uma “laranja oblata”; o homem é um microcosmo ou pequeno mundo; é um desenvolvimento tão orgânico quanto uma fruta, capaz de desenvolver cor, aroma e doçura; influenciá-lo, condicioná-lo é transformá-lo em uma criação mecânica.<sup>33</sup>

***Laranja mecânica***, título da obra, é algo impensável: constitui um mecanismo orgânico, porém com funcionamento mecanizado, metáfora empregada por Burgess para classificar o procedimento ludovico empregado no personagem Alex, cuja dificuldade é como compatibilizar (se possível) o tratamento inibidor com a liberdade protegida pela Constituição Federal brasileira.

## **6. A compatibilização do tratamento inibidor à luz da Constituição Federal de 1988**

O tratamento químico para inibir os descontrolados instintos sexuais de perversidade e pedofilia encontram sérias críticas desde que foi instituído em outros países, com ponderações sobre ataques ao princípio da dignidade do ser humano previsto na Constituição e nos tratados de direitos humanos.

Além daquele argumento de cercear a liberdade tal qual uma laranja mecânica, outro possível óbice diz respeito à previsão

---

33 BURGESS, Anthony. *Laranja mecânica*. São Paulo: Aleph, 2012, p. 315.

constitucional de que o condenado não pode ser submetido a tratamento desumano e cruel:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

A pena privativa de liberdade tem caído em desuso. Primeiro porque a população carcerária aumenta de forma vertiginosa e o Estado nem é capaz de estruturar estabelecimento prisional para todos os condenados, conforme já exortava Carnelutti:

As pessoas creem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas creem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas creem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca.<sup>34</sup>

Recentemente, um homem que ejaculava em mulheres passageiras de transporte público coletivo despertou acirrados debates em torno da moral e do direito, e de como este está despreparado para lidar com episódios que envolvem maníacos, depressi-

---

34 CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 2. ed. Trad. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002, p. 79.

vos, pessoas com transtornos, o que lhe retiram o discernimento e tornam incontroláveis certos desejos.<sup>35</sup>

Nesses casos, a pena privativa de liberdade nada resolve. Ela, de fato, segrega o indivíduo do convívio social, impossibilita que venha a atingir as pessoas a seu redor. Mas e para o agente, qual a sua situação? Para o indivíduo que possui parafilia a privação da liberdade não vai solucionar seu caso nem eliminar o transtorno. Em suma, nem o problema da vítima será resolvido, porque se posta em liberdade voltará a delinquir, já que a vontade é incontrolável. Por isso, pena de natureza não corpórea tem sido defendida:

Dado o caráter coercitivo associado aos tratamentos penais, não se justificam limites legalmente e rigidamente preestabelecidos às exigências individualizadas da correição. Ao contrário, justificam-se e recomendam-se penas de natureza e duração indeterminadas, sujeitas a mutações dependendo das variações das necessidades corretivas e cujo fim corresponde à cura ou arrendimento do réu.<sup>36</sup>

Assim, o desencadeamento da parafilia e da violência sexual oriundo de transtornos psíquicos reclama outra natureza de tratamento, que não a ressocialização por meio da privação de liberdade, mas de recuperação e redução do risco social do indivíduo.

No século XXI, alternativas para a pena privativa devem ser conciliadas com o interesse de recuperação do condenado, mitigando ou eliminando o risco de que volte a delinquir e a fazer outras vítimas. Não se pode perder de mira que no Brasil tivemos, a título de Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, a declaração pelo Supremo Tribunal

---

35 STRECK, Lênio. Caso do ejaculador: de como o direito nos funda e a moral nos afunda. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-07/senso-incomum-ejaculador-direito-funda-moral-afunda>. Acesso em: 4.10.2017.

36 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 252.

Federal a respeito do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário e prisional, no voto do relator ministro Marco Aurélio Mello:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

Esse pano de fundo demonstra quanto é deficitário o sistema prisional para identificar as necessidades de ressocialização de cada preso, o tratamento psiquiátrico e terapêutico que cada condenado deve receber para que possa ser reinserido no tecido social.

Por isso, é de se notar que a proibição constitucional é no sentido de a pena degradante ser imposta pelo Estado-juiz, mas não impede o encarcerado que objetiva a progressão de regime se submeta *spont propria* ao tratamento que regula e inibe prática delituosa sexual.

Se por um lado existe o direito de o condenado não sofrer pena cruel ou desumana, de outro, deve-se alinhar o direito da vítima e da sociedade em receber uma resposta do sistema criminal estatal.

Desde quando a origem psiquiátrica de certos delitos – como os sexuais – foi revelada, tratamentos alternativos à segregação devem ser constantemente evoluídos como resposta adequada ao delito. Tanto no projeto de lei brasileira quanto no clássico *Laranja mecânica*, o pressuposto é o mesmo, de que haja o consentimento do condenado à realização da prática.

Pelo projeto, o Estado pode condicionar a evolução carcerária do agente à submissão ao tratamento de inibidor do desejo, como mecanismo de atalho a sua liberdade.

Seria irresponsável admitir que apenas o pressuposto objetivo do tempo de permanência na pena privativa de liberdade é suficiente para a progressão do regime se, em avaliação psicológica, o agente ainda apresenta a latência da parafilia.

Logo, em tais ocasiões, mediante o laudo médico tal qual aquele exigido pela lei de Mendoza, sem a submissão ao tratamento químico, deve o condenado permanecer encarcerado. Do contrário, é insofismável que voltará a delinquir.

A doutrina pátria apresenta resistência quanto à ministração de medicamento visando à adequação da conduta do agente. Contudo, concorda que, confirmada a enfermidade psiquiátrica que incite à prática do delito, o tratamento pode ser empregado.

Efetivamente, a utilização de medicamentos não resolve o problema sexual prisional e também não pode converter-se em prática generalizada. Porém, há certos casos em que, com o consentimento prévio do interessado, justificar-se-ia sua utilização, garantindo-se, logicamente, o livre exercício da vontade do preso. Quando se trata, por exemplo, de alterações psicossomáticas que repercutem no desenvolvimento das relações sociais do recluso, se este solicitar a aplicação de um tratamento adequado, a negativa suporia contradição evidente com a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade.<sup>37</sup>

Em tais casos, apenas a privação de liberdade não resolve o problema. O agente permanecerá encarcerado por prazo indefinido e voltará à sociedade com o risco iminente de reincidir, razão pela qual alternativas medicamentosas devem ser pensadas.

O efeito colateral de uma ou de outra droga indicada deve evoluir cientificamente em busca de medicamentos que produzam o menor impacto possível no organismo do condenado, tal como é feito pela indústria farmacêutica em relação a todos os remédios.

---

37 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 211.

O que não pode ser admitido é ignorância científica em relação às descobertas psíquicas inauguradas com Freud e que demonstram a existência de condições psicológicas que conduzem o indivíduo à prática do crime, e que devem ser tratadas especificamente, conforme anota a doutrina:

Essa esterilização somática, que pode acarretar apenas a *impotentia generandi* (como sucede quando há a vasectomia ou a ligadura de trompas) ou também a *impotentia coeundi* (se há a ablação de órgão sexual ou a inutilização de seu uso), quando provocada com o consentimento de quem a suporta – esterilização somática voluntária –, se tem finalidade terapêutica, não apresenta, por si mesma, problemas jurídicos penais ou civis diversos de qualquer intervenção cirúrgica no interesse da saúde do paciente.<sup>38</sup>

A inibição do desejo pode tornar factível o ingresso do condenado ao meio social, bem como se traduz em ferramenta cientificamente testada e comprovada como inerente ao tratamento da parafilia em todo o mundo.

Ignorar tais fatos é manter a pena de privação como solução para todos os delitos e concordar com a existência da reincidência criminosa, sem dizer episódios cada vez mais grotescos de violência e moléstia sexual a crianças, a adolescentes e a pessoas com deficiência.

Conforme o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) *Reincidência criminal no Brasil*, a taxa de reincidência, que gira em torno de setenta por cento, demonstra que o encarceramento isolado de tratamento terapêutico não prepara o indivíduo para ser reinserido em sociedade.<sup>39</sup>

---

38 ALVES, José Carlos Moreira. *Implicações jurídicas da esterilização no Brasil*. Revista trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 120, ano 18, jan. 1994, p. 9.

39 Relatório completo produzido pelo CNJ poderá ser consultado em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>. Acesso em: 12.12.2018.

Logo, o Estado não pode impor a castração química. O indivíduo, porém, pode aquiescer submeter-se ao exame, de forma a abreviar sua estada no cárcere, preparando-se para reintegração social, com redução drástica do risco de reincidência. A própria noção de dignidade da pessoa humana inserta no art. 1º, III, da Constituição Federal deve ser lida como direito à autodeterminação, isto é, a possibilidade de a pessoa humana deliberar voluntariamente quanto à sua disposição a tratamento médico:

Ora digo eu: – O homem e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.<sup>40</sup>

Assim, não é incompatível com a dignidade da pessoa humana a submissão voluntária ao tratamento de inibidor de estímulo sexual, porque parte do pressuposto de vontade livre e deliberada do agente, e não pena imposta pelo Estado.

Aliás, é preciso que se compreenda o tratamento inibidor, popularmente conhecido como castração química, não como pena, mas como tratamento, sem o qual a pessoa é incapaz de se controlar, prejudicando a si mesma e aos demais membros da sociedade. de modo que, como qualquer tratamento médico, depende de consentimento daquele que é submetido à terapia, tema que não é novidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Pelo Código Civil, art. 15, ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco à vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Conforme se observa, o ordenamento jurídico se alinha à previsão constitucional de que o tratamento não pode ser exposto, mas, se o sujeito concordar, realiza-se mediante terapia química

---

40 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela – Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67.

disponibilizada, uma vez que o pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos das possíveis atuações próprias de cada homem.<sup>41</sup>

Por esse ângulo, caso o encarcerado queira se submeter a tratamento para ressocializar-se, tal não poderá ser impedido pelo Estado, porque estaria obstruindo o pleno exercício da autodeterminação própria da pessoa humana.

Esclarecimentos da área médica apontam que, manejado de forma correta, inibidor não fulmina a atividade sexual do homem submetido ao exame, mas é capaz de controlar seus instintos tornando possível a convivência social:

O objetivo médico não é que percam a ereção ou a libido. O objetivo é manter seus vínculos amorosos e sexuais com suas esposas porque mais de 50% deles são casados. Não é ser impotente, é para que eles tenham uma melhora na vida sexual e reduzir intensamente o impulso sexual desviado que aliás é muito difícil reduzir.<sup>42</sup>

Ainda em defesa da compreensão do tratamento inibidor como medida de recuperação e ressocialização, e não como pena, o então deputado Marcelo Crivella manifestou-se na Câmara dos Deputados:

A terapêutica química justamente vem para tornar possível o retorno do pedófilo ao ambiente social, para que ele possa, superada sua patologia biológica, retomar suas ações sociais (de interesse geral), sem constituir um perigo para os outros.<sup>43</sup>

---

41 TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 558.

42 Entrevista de Danilo Baltieri, médico, professor e coordenador do ABSex (Ambulatório de Transtornos da Sexualidade) da Faculdade de Medicina do ABC. Disponível em: [https://www.vice.com/pt\\_br/article/gy3wkq/a-castracao-quimica-nao-e-o-melhor-caminho-para-evitar-estupros](https://www.vice.com/pt_br/article/gy3wkq/a-castracao-quimica-nao-e-o-melhor-caminho-para-evitar-estupros). Acesso em: 12.12.2018.

43 CRIVELLA, Marcelo. *Parecer à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Congresso Nacional*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/sdleg-getter/documento/download/ef474aa9-9218-47e6-b80d-31bb798e61f6>. Acesso em: 12.12.2018.

A convivência harmoniosa entre os direitos do agressor sexual e os direitos da vítima e da sociedade deve ser combinada de modo que, a despeito de a imposição à castração constituir-se inconstitucionalidade, não o é a submissão voluntária ao tratamento.

## 7. Conclusão

Os crimes sexuais têm assolado a sociedade brasileira e mundial. Os altos índices demonstram grande quantidade de delitos envolvendo a violência e a moléstia da dignidade sexual das vítimas, sem dizer que, consoante estatística, o número real de casos é bem maior do que a taxa oficialmente divulgada e investigada.

A castração química é defendida por quem acredita que a quantidade de testosterona no organismo dos criminosos sexuais masculinos seria um fator determinante de suas condutas delitivas. Portanto, seus atos não poderiam ser contidos, já que seriam decorrentes de um fator neuroquímico correlacionado ao excesso do referido hormônio.

Em diversos países, incluídos os de primeiro mundo, já se autoriza o tratamento químico visando à eliminação do ímpeto criminoso do condenado que, comprovadamente, indique transtorno psiquiátrico e comportamental.

A pena privativa de liberdade mostra-se ineficaz para os condenados em crimes sexuais que sejam portadores de parafilia psíquica. A taxa de reincidência é prova concreta de que a discussão deve evoluir.

Desde 1962, *Laranja mecânica* tem servido de base para uma discussão a respeito dos limites e consequências comportamentais. Na ficção, o autor do clássico livro narra a desventura de um criminoso cruel e sarcástico que, voluntariamente, se submete ao tratamento por aversão a fim de inibir o seu ímpeto criminal.

No Brasil, tramita desde 2013 na Câmara dos Deputados projeto de lei que visa à reforma do sistema penal para incluir o tratamento da castração química como requisito à progressão de regime e à concessão de livramento condicional em criminosos sexuais.

Em que pese a discussão doutrinária em torno da crueldade ou da desumanidade, é certo que, mediante o consentimento do condenado, e desde que comprovado por laudo médico que o sujeito é portador de parafilia, o tratamento químico não encontra óbice na Constituição Federal.

Em um primeiro aspecto, porque a solução concilia a necessidade de recuperação do criminoso tornando-o apto a restabelecer a convivência social e, de outro, entrega uma resposta eficaz à vítima e à sociedade no que tange ao combate à criminalidade sexual.

O projeto não só é compatível com a Constituição Federal de 1988 como também deve o Estado ser obrigado a realizar pesquisas em relação ao refinamento e eficácia do medicamento a ser empregado no tratamento, visando menor efeito colateral ao condenado.

A Constituição proíbe a aplicação de penas cruéis ou degradantes, mas não obsta que seja oferecido ao condenado por crime sexual submeter-se ao tratamento de inibição sexual com o propósito de ressocialização e progressão de regime.

Logo, defende-se a aplicação de castração química como derivada da autodeterminação da pessoa, consoante cláusula prevista no artigo 15 do Código Civil brasileiro, e também o tratamento para redução da libido do praticante de crime sexual, uma vez que nesses casos não se trata de pena ou vingança pública do Estado, mas sim de tratamento terapêutico para ressocialização.

As altas taxas de reincidência revelam que a passagem do tempo de pena do encarcerado dentro da prisão, por si sós, não conduzem à ressocialização, de modo que o tratamento terapêutico, nos casos

em que o agente apresente distúrbio, deve ser oferecido em nível nacional como medida de prevenção à prática de crimes sexuais.

## 8. Referências

ALVES, José Carlos Moreira. *Implicações jurídicas da esterilização no Brasil*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 120, ano 18, jan. 1994.

BALTIERI, Danilo Antonio. *Consumo de álcool e outras drogas e impulsividade sexual entre agressores sexuais*. Tese de doutorado – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Departamento de Psiquiatria, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2001.

BURGESS, Anthony. *Laranja mecânica*. São Paulo: Aleph, 2012.

CANELA, Kelly Cristina. *O estupro no direito romano*. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 2. ed. Trad. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.

DUROSE, Matthew. Et al. Multistate Criminal History Patterns of Prisoners Released in 30 States. Disponível em: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/mschpprts05.pdf>. Acesso em: 26.9.2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela – Lisboa: Edições 70, 2007.

MALIMOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília: Editora UNB, 2003.

MATTOS, Geovana Tavares de. *Castração química: análise crítica sobre sua aplicação como punição para delinquentes sexuais*. 2009. 199 f. Dissertação (Programa de Pós-graduação em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

NUCCI, Guilherme Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SERAFIM, Antonio de Padua. Et al. *Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças*. Rev Psiq Clín. 2009;36(3).

SILVA, Maria Aparecida de Oliveira. *Plutarco e Roma: o mundo grego no Império*. Tese de doutoramento. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de História. São Paulo, 2007, p. 195.

SIMANKE, Richard Theisen. CAROPRESO, Fátima. *A metáfora psicológica de Sigmund Freud: neurologia, psicologia e metapsicologia na fundamentação da psicanálise*. Scientiæ zudia, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 51-78, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ss/v9n1/a04v9n1.pdf>. Acesso em: 30.9.2017.

STRECK, Lênio. Caso do ejaculador: de como o direito nos funda e a moral nos afunda. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-07/senso-incomum-ejaculador-direito-funda-moral-afunda>. Acesso em: 4.10.2017.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? Crime e criminosos: entes políticos*, p. 19, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1983.

Artigo recebido em: 17/8/2018

Artigo aprovado em: 14/12/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190003

136 - 159

Artigo

**EXPRESSO, INTERPRETADO OU  
IMPLÍCITO: AS ESPÉCIES DE PEDIDO  
NO PROCESSO CIVIL**

OTÁVIO RIBEIRO COELHO

# EXPRESSO, INTERPRETADO OU IMPLÍCITO: AS ESPÉCIES DE PEDIDO NO PROCESSO CIVIL

EXPRESSED, INTERPRETED OR IMPLIED: TYPES OF REQUEST IN CIVIL LAWSUIT

OTÁVIO RIBEIRO COELHO

Advogado

Universidade de São Paulo, Brasil

otavioribeirocoelho@gmail.com

**RESUMO:** Tratamento doutrinário e jurisprudencial acerca do princípio da congruência no processo civil, trazendo o tema da adstrição da tutela jurisdicional ao pedido para dentro de uma análise da interpretação lógico-sistemática, expressamente consagrada pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, o tema dos pedidos implícitos, além da análise do instituto clássico do pedido expresso. Propõe-se a divisão do instituto clássico em três espécies: o pedido expressamente formulado pela parte; o pedido interpretado por meio do sistema lógico-sistemático; e o pedido implícito. Diferenciando-os, o artigo analisa a nova regra de interpretação do pedido trazida pelo artigo 322, §2.º, do Novo Código de Processo Civil de 2015, que se utiliza da técnica da interpretação lógico-sistemática e do princípio da boa-fé objetiva. Ainda aborda as previsões legais e entendimentos do Superior Tribunal de Justiça acerca dos pedidos implícitos que, não obstante inexpressamente formulados, podem ser apreciados pelo magistrado. O clássico cenário do pedido expressamente formulado pela parte em sua petição e as demais espécies de pedido são analisadas à luz da regra da congruência, que impõe a correspondência entre tutela jurisdicional e pedido da parte.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da Congruência. Pedido. Pedido implícito. Interpretação lógico-sistemática. Adstrição.

**ABSTRACT:** Doctrinal and jurisprudential treatment on the principle of congruence in the civil process, bringing within an analysis of the logical-systematic interpretation, expressly consecrated by the New Code of Civil Procedure of 2015, and the subject of implicit requests, in addition to the analysis of the classical institute of the request, confronting the procedural institutes. The article proposes to divide the classic institute of the request into three species: the request expressly formulated by the party; the request interpreted through the logical-systematic system; and the implied request; distinguishing them. The article analyzes the new rule of interpretation brought by Article 322, §2º of the Brazilian New Code of Civil Procedure of 2015, which uses the technique of logical-systematic interpretation and the principle of good faith. The paper also aims to present the understanding of the Superior Court of Justice about the implicit requests. And beyond these two species, the article also analyses the classic expressed request formulated in the motion. All these kinds of requests are studied within the context of the rule of congruence, which imposes the correspondence between judicial decision and the request.

**KEYWORDS:** Congruence. Motion. Implicit Motion. Logical-Systematic Interpretation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O pedido e o princípio da congruência; 3. O pedido expresso; 4. O pedido interpretado; 4.1 Interpretação lógico-sistemática; 4.2 O artigo 322, §2.º do Código de Processo Civil de 2015; 5. O pedido implícito; 6. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça; 7. Conclusão; 8. Referências.

## 1. Introdução

No processo civil, é por meio do pedido que a parte esclarece qual a prestação jurisdicional que objetiva ver concedida para fazer frente ao direito ameaçado ou violado. É o pedido que provoca a jurisdicional e exige o cumprimento do direito.

O Novo Código de Processo Civil de 2015 inovou ao trazer em seu artigo 322, §2.º, uma regra de interpretação dos pedidos: trata-se da interpretação lógico-sistemática, pautada pela boa-fé objetiva. O mesmo diploma legal prevê pedidos implícitos – aqueles que não precisam ser expressamente formulados pelo requerente para serem apreciados pelo magistrado. Diante de pedidos implícitos e interpretações sistemáticas, como fica o princípio da congruência, o dever de adstrição entre a tutela jurisdicional e o efetivamente pedido pelo requerente?

É por meio do princípio da congruência que a parte contrária exercita o seu contraditório e a ampla defesa, pois sabe ela qual a tutela jurisdicional almejada pelo seu *ex adversis*, o que permite que influa na decisão a ser tomada pelo magistrado de forma efetiva.

O presente artigo debruça na correlação entre esse cenário dos pedidos, modificado pelo novo código, e o princípio da congruência, a fim de investigar quais os limites para que seja respeitado o princípio do contraditório da parte contrária, evitando-se surpresas processuais. Para tanto, de maneira didática, sem violar os princípios da congruência, do contraditório e da ampla defesa, propõe-se a divisão em três espécies em que os pedidos podem ser classificados no processo civil: os pedidos expressos, os pedidos interpretados (frutos da aplicação do artigo 322, §2.º, do Código de Processo Civil de 2015), e os pedidos implícitos.

## 2. O pedido e o princípio da congruência

A doutrina aponta o princípio da congruência como uma das facetas do princípio dispositivo ao lado do princípio da demanda, de modo que o princípio dispositivo tem duas importantes derivações: o princípio da demanda e o princípio da congruência.<sup>1</sup>

O princípio dispositivo, cujo conteúdo material é extraído da análise de suas duas facetas, visa garantir a imparcialidade do julgador, sendo esse o seu fundamento político, limitando a atividade do magistrado, como sustenta José Frederico Marques<sup>2</sup>.

Consiste em um dos pilares do sistema processual, e dele decorrem importantes consequências: a regra geral de impedimento de o magistrado iniciar o processo de ofício; a faculdade das partes de disporem de seus interesses privados, elegendo o melhor momento para reclamar a tutela jurisdicional a esses direitos – ou, ainda, não reclamar; a incumbência das partes em determinar o objeto do processo, delimitando os limites da tutela jurisdicional.<sup>3</sup>

O princípio da demanda impõe a necessidade de a parte agir (demandar) a fim de receber a tutela jurisdicional, proibindo-se a atuação de ofício pelo juiz, em regra. Há expressa previsão legal no artigo 2.º do Código de Processo Civil. Também denominado de princípio da ação, representa a necessidade de a parte provocar o exercício da função jurisdicional do Estado, a fim de ver tutelado seu direito violado. Cabe ao cidadão a iniciativa de movimentar – ou não – o Poder Judiciário<sup>4</sup>.

---

1 CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da Congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 108-109.

2 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume II. Campinas: Millenium, 2000. P. 101.

3 ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. *O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz*. 2014. 152 folhas. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 31.

4 CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da Congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 108-109.

---

O princípio da congruência, por vezes também denominado de princípio da adstrição, delimita a tutela jurisdicional, consiste em limitar a atuação do juiz ao pedido da parte, de modo que só poderá julgar a lide nos termos em que foi proposta, vedando, via de regra, o conhecimento (e julgamento) de questões não suscitadas pelos litigantes<sup>5</sup>. O princípio da congruência pode ser extraído tanto do artigo 141 quanto do artigo 492 do Código de Processo Civil. Por tal adstrição, tem-se que a sentença é reflexo do pedido<sup>6</sup>, e a decisão judicial dele não se pode afastar, cabendo-lhe, apenas, o acolhimento ou rejeição, parcial ou total, dele não se podendo afastar, conforme ensina Milton Paulo Carvalho<sup>7</sup>.

Ambos os princípios têm aplicação tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução, observando-se, contudo, que o processo seguirá pelo impulso oficial (o juiz conduzirá o processo de conhecimento à sua extinção; e o processo de execução à satisfação do direito do credor).

O fundamento de tais limitações à tutela jurisdicional é a liberdade do indivíduo em poder exercer (ou não) o seu direito de ação, na extensão que entender conveniente para ver salvaguardados os seus direitos que entende terem sido violados. Ao magistrado cabe o dever de respeitar os limites traçados pelas partes, em observância à sua autonomia de vontade<sup>8</sup>.

O princípio da congruência revela-se, também, como a liberdade (a autonomia de vontade) de o indivíduo requerer a tutela jurisdicional que melhor satisfaça os direitos que entende terem sido violados.

---

5 THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 73.

6 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil*, volume 2: Tutela dos Direitos mediante procedimento comum. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

7 CARVALHO, Milton Paulo. *Teoria geral do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

8 CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 95.

O conteúdo do princípio da congruência consubstancia a obrigação da correlação entre tutela jurisdicional e pedido das partes; não pode, via de regra, ser entregue tutela pelo Estado-juiz que não foi requerida (ou foi em termos diversos). Não pode o magistrado inovar, surpreendendo as partes; devendo permanecer adstrito aos limites da demanda.

O órgão jurisdicional, em regra, não pode julgar além, aquém ou fora do pedido; os vícios da sentença, respectivamente *ultra*, *infra* ou *extra petita*, violando-se os limites processuais delineados pelo pedido<sup>9</sup>. Os limites da tutela jurisdicional que o Estado-juiz pode entregar são traçados pelos pedidos das partes que participam do processo. É pela petição inicial (autor) e pela contestação/reconvenção (réu) que são delineados os limites da demanda e, por conseguinte, as possibilidades de tutela pelo magistrado, via de regra.

Em linhas gerais, o princípio da congruência impõe um dever ao Estado-juiz de apenas entregar a tutela jurisdicional requerida pela parte, uma garantia à própria parte de poder ter a tutela que pretende, que deseja, e à parte contrária de não se ver surpreendida (sendo-lhe imposta obrigação diversa da requerida).

### 3. O pedido expresso

O pedido no processo civil é, entre outras funções, o marco de delimitação da lide – e, por conseguinte, delimitação do poder estatal na entrega da tutela jurisdicional (via princípio da congruência, como já se viu).

Compreendido como a aspiração ou desejo de um ato jurisdicional que satisfaça a pretensão do demandante, pode ser o provimento

---

9 MEDINA, José Miguel García. *Direito Processual Civil Moderno*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

que se espera ver emitido pelo juiz ao final, conforme lições de Candido Rangel Dinamarco<sup>10</sup>. É a demanda (compreendida como ato de proposição ao juiz; a pretensão em si) que engloba, entre outros elementos, as partes e a causa do instituto do pedido.

É nessa guinada que José Carlos Barbosa Moreira sempre sustentou ser o pedido juridicamente relevante, como elemento para identificação e individualização da ação proposta, como base para atribuição do valor da causa e para fixação do objeto do litígio, que importa nos limites objetivos da coisa julgada<sup>11</sup>.

O pedido é compreendido como o núcleo da petição inicial, sendo a expressão da pretensão que o autor tem do Estado frente ao réu, havendo dupla finalidade: a obtenção da tutela jurisdicional do Estado e o exercício de um direito subjetivo frente ao réu. O pedido imediato consiste nessa pretensão que o autor tem de que o Estado outorgue certa tutela jurisdicional; e o pedido mediato consiste no próprio bem jurídico em que o autor busca a tutela, a proteção, com a entrega daquela tutela jurisdicional. É por meio do pedido que a parte invoca a tutela jurisdicional que será prestada, de exercício do direito de ação, sendo ele dirigido contra o Estado, mas com as consequências atingindo o réu, conforme magistério de Humberto Theodoro Junior<sup>12</sup>.

A função do pedido como delimitador da prestação jurisdicional é encontrada em dois artigos: o 141 e o 492 do Código de Processo Civil. Dispõe o artigo 141 que “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa

---

10 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume I. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

11 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

12 THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 790-791.

---

da parte.” Por seu turno, o artigo 492 é enfático: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

Esses artigos impõem o respeito ao princípio de que deve a tutela jurisdicional ser congruente, isto é, adstrita aos limites da demanda impostos pelas partes. O juiz não pode decidir fora desses limites. Ele deve respeitar o pedido pelas partes em sua natureza (sob pena de *extra petita*) e em sua extensão (sob pena de *ultra* ou *infra petita*).

A tutela jurisdicional está, portanto, adstrita ao pedido (por isso que outro nome encontrado na doutrina para o princípio da congruência é princípio da adstrição<sup>13</sup>). Deve o Estado entregar a tutela jurisdicional nos limites pretendidos (o pedido é instituto da pretensão, da demanda) pelas partes. São as partes, por meio dos pedidos, que delimitam a tutela jurisdicional a ser entregue naquele processo.

É o pedido imediato que delimita a tutela jurisdicional – a regra é de que o Estado-juiz não pode entregar tutela jurisdicional diversa da que foi requerida pela parte. A liberdade do magistrado é limitada em seu campo de atuação: pode rejeitar o pedido, acolhê-lo integralmente ou em parte, mas não o pode modificar. Não pode entregar tutela jurisdicional maior (*ultra*) ou diferente (*extra*) da pedida. A lei impõe importantes requisitos ao pedido: deve ele ser certo (artigo 322 do CPC), determinado (artigo 324), claro (artigo 330, §1.º, II) e coerente (artigo 330, §1.º, IV)<sup>14</sup>.

Certo enquanto expresso e sem dúvidas acerca do que se pretende; determinado enquanto delimitado na qualidade e quantidade

---

13 CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da Congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

14 DIDIER JR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 1. 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 575.

(não genérico), de modo a indicar com precisão a tutela jurisdicional que se pretende; claro enquanto compreensível; coerente enquanto o pedido deve guardar correlação com a causa de pedir.<sup>15</sup>

## 4. O pedido interpretado

### 4.1. Interpretação lógico-sistemática

Pode-se compreender a interpretação de determinado texto como a tarefa que busca a determinação de seu significado preciso; tomar algo em determinado sentido; ou, ainda, a atribuição de determinado sentido ao texto. É a interpretação, portanto, processo de atribuição de sentido ao texto. É por meio da interpretação de algo que se compreende esse algo. Interpretar é buscar o alcance, a razão, a conceituação, o significado, o sentido de algo. E esse algo pode ser uma norma jurídica (o texto de uma lei, por exemplo) ou um texto que contém um objetivo (um pedido na petição inicial, por exemplo).

No Direito, os diversos métodos de interpretação do texto em busca de seu conteúdo normativo (a norma jurídica que pode ser revelada por meio das palavras expostas no texto da lei) são de suma relevância, intrínseca ao Direito. Dois métodos de interpretação, o lógico e o sistemático, resultam no método lógico-sistemático de interpretação.

Tércio Sampaio Ferraz Jr define interpretação lógica como um instrumento técnico que busca identificar inconsistências, no pressuposto de que a conexão de uma expressão normativa com as demais expressões do contexto é importante para a obtenção do correto alcance de seu significado<sup>16</sup>.

---

15 BUENO, Cassio Scarpinella (coordenador). *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 2 (arts. 318 a 538). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46.

16 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 287.

A interpretação lógica não é necessariamente jurídica, mas sobretudo argumentativa: ela busca a validação de interpretações pelo uso de instrumentos de raciocínio lógico-dedutivo, com premissas e conclusões. Lança-se mão de máximas da lógica (regras de lógica), como os argumentos *a maiori ad minus*, *a contrario sensu*, *ad simili*, etc. A interpretação lógica visa extrair determinado sentido do texto (normativo ou não), de modo que ele seja possível, válido, lógico, fundamentado, legítimo, consistente.

Em relação à interpretação sistemática, o professor Tércio Sampaio Ferraz Jr a define como a análise estrutural das compatibilidades, a necessidade de interpretar-se o preceito normativo em harmonia com os demais preceitos e princípios gerais do sistema, preservando-se a coerência do sistema, e evitando-se a análise do preceito isolado<sup>17</sup>. A interpretação sistemática decorre do caráter sistêmico do Direito: um ordenamento de normas que não pode tolerar contradições, sendo mister a sua coesão e coerência, com preservação de sua unidade, conforme alerta André Ramos Tavares<sup>18</sup>.

Em síntese, chega-se à compreensão de que interpretação sistemática é a interpretação de algo (o texto normativo do Direito; ou o texto exposto na inicial, por exemplo) levando em consideração todos os seus aspectos; de modo que a interpretação se dê de forma coesa, coerente, unitária com o conjunto (do sistema jurídico; ou do conjunto da postulação da inicial, por exemplo). Pelo método sistemático, qualquer texto deve ser analisado em sua completude, de forma que sua interpretação final seja o resultado de todo o seu conjunto de modo a extrair-se um significado coerente, coeso.

Pelo método da interpretação sistemática, deve-se analisar todo o conjunto textual de que ela foi extraída. Não se pode interpre-

---

17 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 288-289.

18 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 183.

tar um artigo sem observar o sistema normativo em que ele está inserto; assim como não se pode interpretar determinado parágrafo ou frase sem considerar o conjunto da peça postulatória onde ele está colocado.

Destarte, conjugando a interpretação lógica com a sistemática, chega-se à interpretação lógico-sistemática: o texto em sua completude, de modo que os argumentos se validam de forma que haja coesão entre o que está ali exposto em todos os seus aspectos. Deve-se buscar a análise do texto como um todo e não como a união de diversas partes aleatórias que não se comunicam entre si. Não se pode interpretar um artigo sem analisar os artigos a sua volta, o capítulo, a lei em que está inserto; assim como não se pode interpretar o capítulo dos pedidos de uma petição sem analisar o capítulo atinente aos fatos e aos fundamentos jurídicos, a própria causa de pedir, os objetivos do requerente.

#### **4.2 O artigo 322, §2.º, do Código de Processo Civil de 2015**

Dispõe o §2.º do artigo 322 do Código de Processo Civil que “a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”. Há, portanto, duas exigências legais: a análise do pedido de forma sistemática (“o conjunto da postulação”) e os limites impostos pela boa-fé (“o princípio da boa-fé”).

A regra da interpretação deve ser de forma sistemática (levando-se em consideração toda a petição, os fundamentos jurídicos, os fatos narrados, todo o exposto pela parte – e não apenas determinado capítulo de título “dos pedidos” ou “conclusão”, por exemplo), de forma lógica (o que pode ser extraído de toda a petição como sua consequência, de forma a não se contradizer entre partes da exposição pela parte) e pautada pela boa-fé.

Extrai-se dessa regra que não se deve prender à literalidade do texto do pedido. A interpretação deve ser feita de forma sistêmi-

ca, ou seja, dentro do conjunto da postulação<sup>19</sup>. Também deve ser sem excesso de formalismo e de modo a considerar a vontade do autor expressa em sua manifestação<sup>20</sup>.

O artigo 322, §2.º, do Novo Código de Processo Civil consiste em encontrar nas palavras contidas na petição inicial a correta interpretação da vontade do postulante e os motivos que o levaram a demandar; bem como evitar-se a restrição ou a ampliação dessa interpretação, devendo ela ser simplesmente fiel, como ensina Candido Rangel Dinamarco.<sup>21</sup> Isso implica compreender que o pedido deve ser interpretado como uma declaração de vontade, sustenta Fredie Didier Junior.<sup>22</sup>

Nessa linha de raciocínio, o Código Civil traz em seu artigo 112: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. O artigo 113 também lembra: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. O Código Civil estabelece regras para interpretação de declarações de vontade sob a óptica da boa-fé, analisando-se os usos do negócio, atento mais à intenção do agente em declarar a vontade do que em se limitar à literalidade do exposto por palavras.

Não há dúvidas de que a lei de direito material já traz regra de interpretação lógico-sistemática quando o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o Enunciado 285: “A interpretação do pedido e dos atos postulatórios em geral deve levar em con-

---

19 THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 801.

20 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, volume 2: Tutela dos Direitos mediante procedimento comum. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 164-165.

21 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume II. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 162.

22 DIDIER JR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 1. 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 595.

sideração a vontade da parte, aplicando-se o art. 112 do Código Civil”. A boa-fé está ligada à tutela da legítima expectativa criada pelo autor no réu e no juízo por meio de seu pedido<sup>23</sup>.

A interpretação do pedido continua sendo restritiva<sup>24</sup> – porquanto não pode o juiz, em regra, apreciar o que não tenha sido formulado, ampliando os pedidos efetivamente requeridos. Obviamente que se deve interpretar de forma lógico-sistemática e com boa-fé, a fim de extrair os pedidos que estão sendo formulados pelo requerente não apenas do capítulo dos pedidos, mas também dos fatos e fundamentação jurídica. Mas isso não autoriza que o magistrado defira pedidos não formulados ou que são extraíveis do conjunto postulatório. Isso em regra. Como se verá mais à frente, há o pedido implícito, que permitiria ao magistrado apreciar e deferir pedidos não efetivamente formulados pelo requerente; mas isso é exceção no sistema processual. Acerca do tema, tal regra de interpretação do pedido ofende o princípio da congruência?

Entendemos que a aplicação do artigo 322, §2.º, do Código de Processo Civil, por si só, não viola o princípio da congruência. Isso porque, não obstante a regra de interpretação dos pedidos (método lógico-sistemático pautado pela boa-fé) permanecem conservadas as disposições constantes dos artigos 141 e 492 do mesmo código, que impõe o dever de observância do juiz ao pedido formulado pelo requerente – o princípio da congruência entre tutela jurisdicional e pedido.

Logo, deferir pedido que não tenha sido expressamente formulado pelo requerente, mas extraído com base na boa-fé e na interpretação lógico-sistemática do conjunto postulatório, não ofende o princípio da congruência, uma vez que tal método de interpretação é regrado pelo Código de Processo Civil, e o ma-

---

23 CÂMARA, Alexandre Freiras. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

24 NERY JR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

---

magistrado permanece adstrito ao pedido, como preveem os artigos 141 e 492, dele não se podendo distanciar<sup>25</sup>.

Frise-se que a regra permanece na da interpretação restritiva. Caso o magistrado defira pedido que não tenha sido expressamente formulado pelo requerente e tampouco seja extraível do conjunto postulatório da petição (análise dos fatos e fundamentos jurídicos), estar-se-á diante de caso que tenha violado, dentre tantos outros, o próprio princípio da congruência, do contraditório, da ampla defesa.

Pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, é possível que uma das espécies do pedido seja justamente a interpretação de toda a petição, em uma análise sistemática, lógica, pautada pela boa-fé. Daí por que afirmar ser o pedido interpretado uma das espécies que atendem ao ditame da congruência e do devido legal, respeitando, pelos motivos expostos, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Havendo expressa disposição legal que autorize a extração de um pedido do conjunto postulatório da petição, não há de se falar em violação, porquanto todos os sujeitos têm ciência de tal regra processual, o que afasta eventual decisão surpresa. A outra parte, ao deparar com uma petição de seu *ex adversis*, deve interpretá-la da forma que a lei exige (a interpretação lógico-sistemática). No mais, a cláusula geral da boa-fé, embora seja um conceito indeterminado, traça balizas de tal interpretação a fim de se evitar o abuso de direito, o exagero.

O pedido interpretado (como denominamos) é expressamente admitido no processo civil, haja vista a autorização do artigo 322, §2.º, do Novo Código de Processo Civil de 2015, de forma que é um dos tipos de pedido da parte a que o magistrado deve atentar-se (e pode ele deferir tal pedido interpretado).

---

25 DONIZETTI, Elpidio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

## 5. O pedido implícito

Não se pode, contudo, confundir a interpretação lógico-sistemática do pedido com o instituto do pedido implícito. São diferentes. Os pedidos implícitos são exceção no processo civil. Em regra, o pedido deve ser certo e determinado (artigos 322 e 324 do Código de Processo Civil). Os pedidos implícitos podem acabar por dificultar ou impedir o pleno exercício do contraditório, uma vez que o réu pode ser surpreendido com uma tutela jurisdicional acerca da qual ele não se tenha manifestado (sequer previsto). Tal tutela não estava entre os pedidos que nortearam a atuação processual do réu.

Reforça esse caráter excepcional dos pedidos implícitos a doutrina de Cassio Scarpinella Bueno, que os denomina como “efeitos anexos”, e sustenta serem consequências que decorrem diretamente da lei, independentemente de iniciativa específica das partes, caracterizando, destarte, verdadeiros efeitos anexos das decisões<sup>26</sup>.

O pedido implícito, embora não explicitado na petição, faz parte da composição do objeto litigioso do processo em razão de expressa determinação legal. Não obstante a ausência de pedido expresso, o magistrado tem o dever de examinar e decidir tal questão, que deriva não da parte, mas da própria lei<sup>27</sup>.

O pedido implícito deriva da lei; enquanto a regra interpretativa constante do artigo 322, §2.º, do Novo Código de Processo Civil é direcionada à interpretação da petição, de forma sistemática, em sua unidade.

O pedido implícito não decorre lógica ou sistemicamente de outro pedido; consiste em tutelas que a lei expressamente permite

---

26 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. São Paulo: Saraiva, 2015.

27 DIDIER JR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 1. 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 599.

que sejam concedidas, a despeito de sua formulação pela parte<sup>28</sup>. É o caso, por exemplo, de obrigação em prestações sucessivas (artigo 323 do CPC), em relação aos ônus das despesas processuais e honorários advocatícios (artigos 82, §2º, 85 e 322, §1º do CPC), e em relação aos juros legais e correção monetária (artigo 322, §1º, do CPC); na legislação extravagante, destaca-se o caso dos alimentos provisórios na lei de alimentos (artigo 4.º da Lei 5.478/1968)<sup>29</sup>.

Em relação aos juros moratórios, a Súmula 254 do Supremo Tribunal Federal já permitia tal hipótese desde dezembro de 1963, data de aprovação do enunciado (“incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissos o pedido inicial ou a condenação”).

O pedido implícito deriva da lei – e, para a maior parte da doutrina, somente da lei<sup>30</sup>; muito embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponte entendimento diverso. O pedido implícito é inserido por força de lei, apesar de não estar expresso na manifestação da parte que se beneficiará dele.

Com propriedade, Candido Rangel Dinamarco afirma que, em verdade, falar em pedido implícito é uma ficção: trata-se de caso em que a lei dispensa o pedido, não havendo por que fingir que ele tenha sido deduzido, porquanto ausente necessidade para tanto – a lei dispensa o pedido, e o juiz deve pronunciar-se sobre tais questões em razão do comando emergente da lei<sup>31</sup>.

Interessante saber: o pedido implícito (aquele que a lei dispensa expressa postulação) viola o princípio da congruência, pelo qual

---

28 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

29 THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 801; DIDIER JR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 1. 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 599-600.

30 THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

31 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume II, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p 164.

o juiz está adstrito aos pedidos formulados pelas partes (que devem ser certos, determinados etc.)?

Não, porquanto “quando há pedido implícito, ocorre uma cumulação objetiva de pedidos por força de lei (*ex vi legis*): é como se a lei acrescentasse à demanda um novo pedido”<sup>32</sup>, como expõe Fredie Didier Junior. Os pedidos implícitos não implicam a mitigação do princípio da congruência, porquanto a tutela jurisdicional exsurge devido a expressa autorização legal<sup>33</sup>. Por essa razão é que grande parte da doutrina vai limitar o instituto do pedido implícito: em homenagem ao princípio do contraditório, evitando-se decisões surpresas, deve o pedido implícito limitar-se à expressa previsão legal.<sup>34</sup>

Dessa forma, não há violação ao contraditório e à ampla defesa, porquanto se o pedido implícito deriva da lei, a outra parte tem o dever porque ninguém se escusa do cumprimento da lei alegando desconhecimento, conforme previsão da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, artigo 3.º, de se preparar para tal tutela jurisdicional possível de ser entregue, efetuando, assim, previamente o contraditório e a ampla defesa em relação a ela.

Em outras palavras, enquanto deriva da lei, não há violação ao princípio do contraditório, porquanto não se trata de decisão surpresa. Trata-se de disposição legal à qual a outra parte (sucumbente) deveria estar atenta e preparada. E quando ausente tal previsão legal?

O Superior Tribunal de Justiça em diversos casos deferiu pedido inexistente sem autorização da lei. Como fica o princípio do contraditório?

---

32 DIDIER JR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 1. 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 599.

33 CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da Congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

34 CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da Congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

---

A violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa sem previsão legal que autorize o pedido implícito (deferir algo sem que tenha sido pedido) viola também o princípio da congruência porque a parte contrária será efetivamente surpreendida com tal deferimento. Analisado o requerimento da parte, o contraditório e a ampla defesa são formulados e exercitados no capítulo próprio dos pedidos, que podem ser extraíveis do conjunto postulatório (regra da interpretação lógico-sistemática do pedido), e com base nos pedidos implícitos, cujo rol está previsto em lei. Agora, a parte não pode prever que será deferido algum outro pedido que não dessas espécies – porquanto ausente previsão legal que autorize tal entendimento. E aí há a violação de diversos princípios processuais.

Em síntese, se houver expressa autorização legal para o pedido implícito (o que gera situação semelhante ao do pedido interpretado), não há de se falar em decisão-surpresa. Os sujeitos que participam do processo têm o dever de conhecimento de tal regra processual, razão pela qual inexistente violação ao devido processo legal. Especificamente em relação ao princípio da congruência, também não há de se falar em violação, porquanto há congruência entre a tutela jurisdicional e a lei que autoriza tal tutela (no caso do pedido implícito, o pedido advém, em verdade, da lei – e aí não há empecilho à entrega da tutela).

Malgrado existirem precedentes do Superior Tribunal de Justiça, ousamos entender que a falta de expressa autorização legal (dispositivo que permite a entrega da tutela jurisdicional sem que haja pedido expresso ou interpretado dela) acarreta a impossibilidade de entregar-se tutela diversa da requerida pelas partes.

Respeitado o entendimento da Corte Superior, parece que tal posição viola o devido processo legal (mormente o contraditório e a ampla defesa, gerando decisão-surpresa, imprevisível pelos demais sujeitos processuais) e o próprio princípio da congruência (a tutela jurisdicional não encontra relação com o pedido da parte nem com

a lei). Destarte, a existência de expressa autorização legal é, para nós, requisito indispensável ao deferimento do pedido implícito.

## 6. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

A regra positivada no artigo 322, §2.º, do Novo Código de Processo Civil – a interpretação lógico-sistemática do pedido – veio ao encontro do que o Superior Tribunal de Justiça já entendia. À luz do Novo CPC, “o pedido deve ser extraído a partir de uma interpretação lógico-sistemática de toda a petição, de modo que sejam considerados todos os requerimentos feitos ao longo da peça, ainda que implícitos, não podendo ficar restrito somente ao capítulo referente aos pedidos.”<sup>35</sup> Mas meia década antes o entendimento já era de que “o pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição, a partir de todo o seu conteúdo”<sup>36</sup>.

Em 2006, para o STJ, “pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial”<sup>37</sup>. Há, inclusive, acórdão do STJ de 1995 que expõe tal regra. “O pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, sendo de levar-se em conta os requerimentos feitos em seu corpo e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica ‘dos pedidos’”<sup>38</sup>

---

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.562.641 – SP. Recorrente: Centro de Endocrinologia de Sorocaba Ltda. Recorrido: Clube da Laje Preta. Relator: ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Órgão julgador: Terceira Turma. Brasília, 2 ago. 2016.

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.071.158 – RJ. Recorrente: José Eduardo dos Santos. Recorrido: Junia Penna Magalhães de Almeida e outro. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Órgão julgador: Terceira Turma. Brasília, 25 out. 2011.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no Agravo de Instrumento 668.909 – SP. Agravante: Rápido D’Oeste Ltda. Agravado: Sul América Terrestres Marítimos e Acidentes Companhia de Seguros S/A e outro. Relator: ministro Jorge Scartezzini. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, 19 out. 2006.

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial número 76.153 – SP. Recorrente: Daniel Eduardo Derk Atscheff Vera e outro. Recorrido: Francisco Potenza e outro. Relator: ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, 5 dez. 1995.

Denota-se que o STJ há mais de duas décadas admitia – e recomendava – o emprego da técnica de interpretação lógico-sistemática, abrindo diversos precedentes para encontrar “pedidos implícitos” – pedidos que deveriam ter sido feitos, mas não o foram expressamente. Não se trata, embora por vezes assim chamados, de verdadeiros pedidos implícitos – assim compreendidos como aqueles cuja previsão legal dispensa a sua expressão. Trata-se de pedidos não formulados pela parte, inexistentes, mas que, segundo a Corte, podem ser extraídos de modo interpretativo do conjunto postulatório e da narrativa fática.

Já houve caso em que, embora não tenha sido postulada, a perda do sinal do negócio jurídico foi deferida em favor dos autores<sup>39</sup>. Em outro caso, o Superior Tribunal de Justiça manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao condenar o réu em danos morais, muito embora o pedido não tenha sido formulado pelo autor, que apenas requereu condenação por danos estéticos<sup>40</sup>.

Acerca desse tema, há outro interessante julgado da Corte em que, não obstante a ausência de menção expressa aos danos morais no pedido final, a simples leitura da petição inicial demonstra que as agravadas buscam, na ação, “o pagamento de indenização por todos os danos sofridos em decorrência da morte de sua mãe, motivo pelo qual não há falar em julgamento *extra petita*.”<sup>41</sup>

Tais casos denotam que o Superior Tribunal de Justiça já se utilizou do expediente da interpretação lógico-sistemática para

---

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 76.153 – SP. Recorrente: Daniel Eduardo Derk Atscheff Vera e outro. Recorrido: Francisco Potenza e outro. Relator: ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, 5 dez.1995.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Agravo Regimental no Agravo de Instrumento número 468.472 – RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Pablo Jácomo Simões. Relator: ministro Luiz Fux. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, 20 maio 2003.

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Agravo Regimental no Recurso Especial 1.469.086 – AC. Agravante: Estado do Acre. Agravado: N.C.Q. de M. e outros. Relatora: ministra Assusete Magalhães. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, 23 fev. 2016.

encontrar “pedidos implícitos” – não formulados, embora pudessem. São deferidos pedidos que, ainda que não tenham sido formulados, poderiam ter sido. É como se da narrativa fática fosse possível prever o que a parte gostaria de requerer – muito embora não houvesse feito requerimento.

## 7. Conclusão

Há três espécies de pedidos com previsão legal em que o magistrado pode deferir sem que haja violação ao princípio da congruência, contraditório, ampla defesa. Ninguém se escusa cumprir a lei alegando desconhecimento, porquanto a parte adversa teve ciência e oportunidade de se manifestar.

As espécies no sistema processual são: (i) os pedidos expressamente formulados na petição (que constam, via de regra, em capítulo próprio de título “dos pedidos” ou “dos requerimentos”); (ii) os pedidos que possam ser extraídos do conjunto postulatório, com análise da narrativa fática e fundamentação jurídica, utilizando-se, para tanto, da regra legal do artigo 322, §2.º, do Código de Processo Civil (interpretação lógico-sistemática dos pedidos); (iii) os pedidos implícitos expressamente autorizados por lei (autoriza-se o deferimento não obstante inexistir o pedido do requerente).

O artigo 322, §2.º, do Código de Processo Civil traz regra de interpretação da postulação e impõe que a peça processual considere não apenas o capítulo referente aos requerimentos formulados, mas também a fundamentação citada, a jurisprudência colacionada e a própria narrativa dos fatos como um todo. De modo sistemático, deve-se interpretar a vontade do requerente a partir dos elementos constantes de sua petição, ainda que haja omissão por consequência óbvia de fundamentação e narrativa, mas não fora ali expressamente formulado. Para tal interpretação, deve-se guiar pelo princípio da boa-fé objetiva, não surpreendendo a parte adversa e permitindo o amplo exercício de seu direito de defesa, mormente o seu contraditório.

Tais espécies respeitam os princípios da congruência, contraditório e ampla defesa porque a parte adversa prevê o seu deferimento pelo magistrado e tem a possibilidade de os exercitar. A previsão legal afasta a violação. O pedido implícito deriva da lei e, portanto, todos os sujeitos processuais têm o dever de prever a possibilidade de seu deferimento. A interpretação lógico-sistemática também deriva da lei em semelhante situação. Todavia, deve ser feita de modo restritivo, sem que prejudique o direito de defesa da outra parte. A interpretação deve pautar-se pela boa-fé, e a análise em conjunto da peça postulatória não pode importar na inserção indiscriminada de pedidos que não tenham sido formulados e não guardam correlação com os demais aspectos da peça processual. Não se presta a isso a regra contida no artigo 322, §2.º, do Código de Processo Civil – que impõe a interpretação da peça postulatória em seu conjunto, analisando-se toda a narrativa, fundamentação e consequência lógica.

O que jamais pode ocorrer é a indevida ampliação dos pedidos por qualquer das espécies. Não se pode considerar proposto pedido que, embora pudesse ter sido feito, não o foi. Isso afronta a própria concepção do dispositivo. A interpretação extensiva dos pedidos é vedada, e a surpresa com a consideração de um pedido que nem a lei (pedido implícito) nem a interpretação lógico-sistemática (pedido interpretado) admitam viola o devido processo legal, porquanto surpreende todos os sujeitos processuais que não tiveram a possibilidade de influir substancialmente na decisão (princípio do contraditório), podendo produzir provas para defesa de suas alegações (princípio da ampla defesa) e, por vezes, sequer almejavam tal tutela jurisdicional (princípio da congruência).

Destarte, o ponto vital para se apurar a entrega de determinada prestação jurisdicional é a existência de previsão legal autorizando aquele pedido, seja ele expresso, interpretado ou implícito.

## 8. Referências

ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. *O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz*. 2014. 152 folhas. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.562.641 – SP. Recorrente: Centro de Endocrinologia de Sorocaba Ltda. Recorrido: Clube da Laje Preta. Relator: ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Órgão julgador: Terceira Turma. Brasília, 2 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.469.086 – AC. Agravante: Estado do Acre. Agravado: N.C.Q. de M. e outros. Relatora: ministra Assusete Magalhães. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, 23 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial 1.071.158 – RJ. Recorrente: José Eduardo dos Santos. Recorrido: Junia Penna Magalhães de Almeida e outro. Relator: ministra Nancy Andrighi. Órgão julgador: Terceira Turma. Brasília, 25 out. 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 668.909 – SP. Agravante: Rápido D'Oeste Ltda. Agravado: Sul América Terrestres Marítimos e Acidentes Companhia de Seguros S/A e outro. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, 19 out. 2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento número 468.472 – RJ. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Pablo Jácomo Simões. Relator: ministro Luiz Fux. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, 20 maio 2003.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial número 76.153 – SP. Recorrente: Daniel Eduardo Derk Atscheff Vera e outro. Recorrido: Francisco Potenza e outro. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, 5 dez. 1995.

---

BUENO, Cassio Scarpinella (coordenador). *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2 (arts. 318 a 538). São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freiras. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da Congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Teoria Geral do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume I. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume II. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 1. 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, volume 2: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume II. Campinas: Millenium, 2000.

---

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Artigo recebido em: 14/11/2018

Artigo aprovado em: 11/12/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190004

**161 - 186**

Artigo

**O MODELO FEDERALISTA  
COOPERATIVO E O PRINCÍPIO DA  
SUBSIDIARIEDADE NO BRASIL:  
REFLEXÕES À LUZ DOS 30 ANOS DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

NATÁ FERRAZ CARPANEZ  
GUSTAVO ROCHA MARTINS

# O MODELO FEDERALISTA COOPERATIVO E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO BRASIL: REFLEXÕES À LUZ DOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

COOPERATIVE FEDERALISM AND THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN BRAZIL:  
REFLECTIONS IN LIGHT OF 30 YEARS OF THE FEDERAL CONSTITUTION

NATÁ FERRAZ CARPANEZ

Advogado  
Faculdades Integradas Vianna Júnior, Brasil  
natarpmg@hotmail.com

GUSTAVO ROCHA MARTINS

Mestre em Direito  
Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, Brasil  
gmartins07@hotmail.com

**RESUMO:** Análise conceitual e histórica acerca do federalismo no Brasil, sobretudo depois dos 30 anos de nossa Constituição Federal, e em países que fortemente influenciaram não só no conceito, mas também na evolução do próprio modelo. Como forma de demonstrar a imprescindibilidade do reconhecimento do federalismo no Brasil (especialmente em sua forma cooperativa), fez-se uma análise comparativa do modelo em relação ao denominado princípio da subsidiariedade, no ensejo de salientar a importância da valorização de atribuições aos entes federativos locais e regionais que melhor pudessem atender às necessidades e aos interesses locais, o que reflete no melhor exercício de uma democracia participativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Federal. Federalismo Cooperativo. Repartição de competências.

**ABSTRACT:** An analysis about federalism in the Brazilian State. In order to carry out this study, a conceptual and historical analysis was made of federalism not only in Brazil, especially after the 30 years of our Federal Constitution, but also in countries that strongly influenced not only the concept but also the evolution of the model itself. As a way of demonstrating the indispensability of the recognition of federalism in Brazil (especially in its cooperative form), a comparative analysis of the model was made in relation to the so-called principle of subsidiarity, in order to emphasize the importance of the valorization of attributions to the local Federative Entities and regional levels as a way to better meet local needs and interests, which reflects, as addressed, the best exercise of participatory democracy.

**KEYWORDS:** Federal State. Cooperative Federalism. Breakdown of competences.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Federação: considerações históricas e definição. 3. O federalismo dual e cooperativo. 4. O federalismo no Brasil: considerações históricas. 5. O princípio da subsidiariedade: origens e fundamentos. 6. O modelo cooperativo no Brasil: perspectivas e reconhecimento em uma análise crítica. 7. Da necessidade de reforço ao pacto federativo no sistema brasileiro em observância ao princípio da subsidiariedade. 7.1 Uma mudança de paradigma: a força normativa da Constituição. 8. O tema federalismo perante o Supremo Tribunal Federal: estudo de casos relacionados à Constituição de 1988. 8.1 Direito ambiental. 8.2 Direito penal. 8.3 Direito à educação. 8.4 Algumas considerações. 9. Conclusão. 10 Referências.

## 1. Introdução

Abordar o federalismo cooperativo exige análise a partir da própria noção das formas de Estado, o que permite entender quais os reflexos do tema no atual contexto, sobretudo depois da Constituição de 1988.

Assim, devem ser apontadas duas formas de Estado: a unitária e a composta. Os Estados Unitários se caracterizam por um único centro de impulsão política e governamental (sem que se tenham divisões internas), ao passo que os Estados Compostos – especificamente os federais – são qualificados pela presença de subdivisões em unidades políticas e administrativamente autônomas. (LEWANDOWSKI, 2013).

Numa leitura histórica, o modelo federativo objetiva tão somente a desconcentração do poder político e a repartição de competências aos Estados-membros. Todavia, ao longo dos anos, o simples fato de o modelo ser um simples regulamentador de competências e de atribuições as mais diversas não mais atendeu às expectativas democráticas e sociais, e se passou a buscar no modelo federativo – sobretudo o cooperativo – a esperança de melhor distribuição de competências materiais, de modo a conceder aos Estados-membros a autonomia para deliberação quanto aos assuntos de interesse local.

Pode-se dizer que a história do Estado Federal se encontra intimamente relacionada à própria consolidação e construção de uma democracia de caráter mais participativo, bem como à efetividade e tutela dos direitos e garantias fundamentais, aspectos que serão abordados ao longo deste estudo.

## 2. Federação: considerações históricas e definição

A palavra federação, do latim *foedus*, significa pacto/aliança, o que nos pode levar à noção de que o Estado Federal nada mais é

do que uma aliança ou união de Estados. Entretanto, a existência de aliança entre Estados, por si só, não é capaz de caracterizar um Estado Federal porque, ao longo da história, sobretudo antes do século XVIII (marco de surgimento do federalismo), várias foram as alianças realizadas em sua maioria como temporárias e com objetivos específicos, de modo que não havia comunhão total de interesse entre os integrantes, a exemplo da Confederação Helvética em 1291 que levou, posteriormente, à organização da Suíça como Estado Federal. (DALLARI, 2013).

O principal marco de institucionalização do Estado Federal é atribuído aos Estados Unidos da América. Em 1776, as treze colônias britânicas da América se declararam independentes, fato que as levou à elaboração de um tratado conhecido como Artigos de Confederação. Pouco depois, em 1781, o Congresso norte-americano reuniu os Estados em uma confederação, que recebeu o nome de Estados Unidos da América. Passados alguns anos, os Estados ajustam criar uma Constituição única para todos eles, inspirados, primordialmente, no modelo de separação de poderes elaborado por Montesquieu.

A origem do federalismo no sistema norte-americano remonta a um modelo inicialmente concebido sob as bases de um Estado Liberal, razão pela qual operou, primeiramente, como um federalismo dual, existindo entes soberanos em decorrência da Confederação que vigorou entre 1781 e 1787. (FERNANDES, 2014).

Quanto ao modelo em si, faz-se necessária a apresentação das principais características do Estado Federal elaboradas por Dalmo de Abreu Dallari (2013): *(a)* o surgimento de um novo Estado, *(b)* inexistência de direito de secessão (representado pela impossibilidade de um Estado se retirar pós-adesão), *(c)* a base jurídica é uma Constituição e não um Tratado, *(d)* somente o Estado Federal possui soberania (os demais Estados a perdem no momento de ingresso na federação, remanescendo autonomias

políticas limitadas), (e) as competências da União e das unidades federadas são fixadas em uma Constituição (não existe propriamente uma hierarquia, conforme será discutido), (f) existência de renda própria para cada esfera de competência, (g) compartilhamento de poder político entre a União e as unidades federadas, e (b) os cidadãos passam a aderir à cidadania do Estado Federal formado, perdendo a anterior.

Sobre o tema, Leonardo Martins (2009) destaca a importância do federalismo ao dissertar que tal modelo deve garantir o direito à diferença bem como à participação de todos na vontade central. O autor também defende que, ao se adotar tal forma de Estado, não há que se impor a estrutura administrativo-organizacional do ente central às entidades parciais, mas sim garantir que os Estados-membros possam agir com margem de liberdade de conformação, sobretudo em um país de dimensões continentais, com as mais variadas realidades.

### **3. O federalismo dual e cooperativo**

O modelo federalista tem por pressuposto básico em suas origens a coordenação de interesses. Em um cenário de funcionamento de órgãos complexos, a coordenação deve ser preferencial à mera subordinação. Aquela é uma garantia de liberdade, ao passo que quando se fala em subordinação se pode chegar à hierarquia e à disciplina. (FRANCO, 1968).

José Roberto Anselmo (2006) diz que a distribuição de competências entre uma pluralidade de centro de poderes independentes e coordenados (característica do federalismo) implica que as partes territoriais e os indivíduos ficam subordinados a dois centros de poderes distintos: central e estadual/provincial. O mesmo autor, ao citar Bobbio, afirma que a diferença entre o Estado Federal e o Unitário reside na tendência a uma “homoge-

neidade das comunidades existentes em seu território” e, além disso, impõe a todos os cidadãos “a mesma língua e os mesmos costumes, sendo fortemente limitado”.

O modelo federalista dual surgiu no final do século XVIII e se identifica com os ideais de um Estado liberal (presente na Constituição americana de 1787, uma vez que se objetivava a preservação de autonomia dos Estados-membros), ao passo que o federalismo cooperativo surge com o Estado intervencionista.

Afirma-se que o federalismo cooperativo, que surge principalmente com a política do New Deal, foi idealizado a fim de atender as exigências do Estado Social, razão pela qual promoveria a redução de desigualdades regionais. (ANSELMO, 2006).

Bernardo Gonçalves Fernandes (2014) aponta que o federalismo dual é um modelo que trabalha a repartição de competências privativas aos entes federativos, os quais atuarão em esferas distintas e sem cooperação. Em contrapartida, o federalismo cooperativo define-se pela busca de colaboração recíproca entre os entes, dada a estipulação da possibilidade de atuação comum ou de forma concorrente entre estes.

#### **4. O federalismo no Brasil: considerações históricas**

Ao contrário do modelo norte-americano, o federalismo brasileiro originou-se de um movimento de descentralização de caráter centrífugo, também conhecido por alguns como federalismo por segregação. Pelo fato de sua origem no Brasil se dar dessa forma, alguns chegam a sustentar que esse modelo refletiu um federalismo inicial sem equilíbrio por considerável tempo, sendo os poderes concentrados, em sua maioria, para a União. (CUNHA JÚNIOR, 2007).

Feitas essas observações, o marco inicial da história do federalismo no Brasil pode ser atribuído à primeira Constituição brasilei-

ra, outorgada em 1824 pelo imperador. Influenciada pela Constituição francesa de 1814, a brasileira aproximou-se de um modelo de Estado Unitário, apresentando-se, tão somente, a existência de províncias divididas pelo território nacional, as quais eram evidentemente subordinadas ao poder central e tinham seus presidentes nomeados diretamente pelo imperador.

Com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, tem-se um novo marco. Alguns defendem que o fim do Império ocorreu mais em razão do sentimento federalista do que aos ideais republicanos. (TAVARES, 2017). O Decreto n.º 1 daquela data, editado pelo Governo Provisório da República, assim dispôs: “Fica proclamada provisoriamente e decretada como a fórmula de governo da nação brasileira – a República Federativa” e que “As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil” (artigos 1º e 2º, respectivamente).

A escolha do modelo federalista pode ser atribuída à observância de instituições políticas norte-americanas, por se tratar da origem da federação moderna e por ter sido um exemplo de êxito. (ALMEIDA, 2013).

Não obstante a previsão do modelo federalista quando da proclamação da República, alguns pontos devem ser destacados. A disposição do governo provisório não seria suficiente para instalar um modelo de Estado tão somente com a implementação do decreto mencionado, uma vez que sequer houve aderência ou manifestação de vontade pelas antigas províncias. Pelo que se observa, a adoção da forma federativa originou-se de um ato unilateral do governo central, ficando clara, novamente, a distinção entre a construção do federalismo no Brasil e nos Estados Unidos da América, já que nestes a forma foi adotada mediante consenso dos Estados-membros.

Logo em seguida, precisamente em 20 de novembro de 1889, o governo edita o Decreto n.º 7 também reafirmando a forma

---

federativa, muito provavelmente em razão da inexistência de insurgências dos novos Estados. Por esse novo decreto, foram dissolvidas as assembleias provinciais e ficou determinado que o governo dos estados seria exercido por representantes (governadores) nomeados pelo governo provisório, havendo a possibilidade de substituição, a seu critério, conforme os interesses do bem público e à paz e direito dos povos. Nesse mesmo sentido foi o Decreto n.º 12, de 23 de novembro do mesmo ano, que dispôs que a nomeação de diversos cargos da administração estadual seria efetuada pelo governo central.

Por fim, com o advento da Constituição Federal de 1891, promulgada por meio do Decreto n.º 510 de 22 de junho de 1890, confirmou-se definitivamente a forma federativa no Brasil.

Aproximando-se do sistema norte-americano, a nova Constituição previu competências que, por interessarem a toda a federação, caberiam ao governo central. De outro lado, as denominadas competências residuais seriam atribuíveis aos Estados-membros, autonomia jamais verificada no Brasil depois da independência.

Com a Constituição de 1934 é que se inaugura no Brasil o modelo de federalismo cooperativo, uma vez que, sob a influência de outras constituições de épocas próximas (a de Weimar em 1919 e a da Áustria em 1920), dispõe sobre competências privativas da União e remanescentes para os Estados, além de competências legislativas materialmente concorrentes. (ALMEIDA, 2013).

Todavia, com a instituição do governo provisório de Getúlio Vargas por meio do Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930, rompeu-se com a então Constituição vigente, centralizando-se todo o poder político nas mãos do novo presidente, que passou a exercer funções dos poderes Executivo e Legislativo, razão pela qual se fala que tal governo provisório, ainda que momentaneamente, retornou à forma unitária de Estado. (PEREIRA, 2010). Há que se registrar que o decreto autorizou a nomeação

por Getúlio de interventores nos Estados, os quais exerceriam funções do Executivo e do Legislativo no âmbito estadual, além da possibilidade de nomearem os prefeitos municipais, o que resulta, sem dúvida, na total perda da autonomia adquirida com a primeira Constituição pós-República. É depois do fim desse governo provisório que se instaura novamente a forma federalista com concessões de maiores autonomias aos Estados-membros.

Conforme será destacado, a adoção do sistema cooperativo em 1934 decorreu, sobretudo, da missão de realizar interesses sociais locais, o que demandaria a participação concorrente dos Estados-membros e da União para o custeio de diversos planos a serem executados. Por isso, chegou-se a descrever essa Constituição como a “mais humana, menos rígida, inspirada na preocupação de um auxílio mútuo”. (CAVALCANTI, 1951).

Quanto à Constituição de 1937, houve inovação: lei federal delegava aos Estados a faculdade de legislar sobre matérias que seriam, originariamente, de competência da União (art. 17). Havia, ainda, a previsão de competências concorrentes entre União e Estados (art. 18). Todavia, merece ser registrado que foi adotado um regime de intervenção permanente nos Estados até o advento da próxima Constituição, além da substituição das eleições por interventores indicados pelo presidente. (TAVARES, 2017).

Em 1946, a Constituição mantém o modelo federalista cooperativo sem prever, entretanto, competências materiais concorrentes.

Logo depois da deposição de João Goulart em 1964, a Constituição de 1967, ao contrário dos modelos e da tendência cooperativa de um Estado Federal que vinha sendo adotado, rompe paradigmas a fim de centralizar os poderes na União.

Por fim, é na Constituição de 1988 – que atualmente celebra seus 30 anos – que se tem um grande marco para o modelo federalista cooperativo.

Originada de intensas manifestações populares em busca de um sistema democrático no país, a atual Constituição acolheu o modelo de federação com caráter menos centralizado devido ao fato de que tal modelo tende a favorecer a sedimentação da democracia, uma vez que, por permitir a tomada de decisões oriundas dos interesses locais e específicos, aproxima governantes e governados. (PEREIRA, 2010).

Verifica-se na atual Constituição a existência de competências próprias e exclusivas para cada ente federativo, além de competências concorrentes e de participação de interesses centrais mediante delegação.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou acerca do modelo federativo pós-Constituição de 1988 e, entre os vários casos, a ADI 2.663/RS, de relatoria do ministro Luiz Fux, afirma que a atual forma de Estado se consubstancia por “um arranjo institucional que envolve a partilha vertical do poder entre diversas unidades políticas autônomas, que coexistem no interior de um único Estado soberano”. Fux concluiu que se trata de um modelo de organização política que busca conciliar a unidade com a diversidade.

Há que se mencionar, ainda, uma das mais fundamentais inovações do Estado Federal. A atual Constituição reconheceu os municípios como entes federativos, aos quais, em decorrência, se atribuíram diversas competências próprias, de caráter eminentemente local. Logo, aos Estados restariam as competências residuais.

Destaque-se que a atual ordem constitucional inaugura um modelo intitulado “federalismo de duplo grau”, explicitado em uma estrutura tríplice. União e Estados-membros são entes autônomos, mas também os municípios e o Distrito Federal. (FERNANDES, 2014).

## 5. O princípio da subsidiariedade: origens e fundamentos

Aplicável às federações e à sociedade internacional, o princípio da subsidiariedade objetiva a integração sem que se reduzam as potencialidades dos entes circunjacentes, já que, para sua aplicabilidade, há de se ter presente a coexistência de fins inferiores e superiores. (BARACHO, 1995). Sua origem é proveniente do direito europeu, sobretudo depois do Ato Único, de 14 de fevereiro de 1986, até o Tratado de Lisboa.

Não obstante se tratar de um tema dotado de divergências, German J. Bidart Campos (1991) entende que tal princípio seria oriundo da doutrina social da Igreja no século XX. À época, afirmava-se ser injusto/ilícito atribuir a uma sociedade maior o que uma de menor porte poderia fazer com eficácia. Em decorrência, sustenta-se a atribuição de preferência a unidade social menor, privilegiando-se o nível social inferior ao superior ou mais amplo. (BARACHO, 1995).

De plano, ao observar o histórico do princípio, note-se a nítida semelhança com o Estado Federal brasileiro pós-Constituição de 1988, notadamente em virtude dos diversos tipos de competências atribuídos aos entes federativos em específico. Aliás, um dos principais objetivos deste estudo é exatamente destacar a atribuição de competências aos entes menores (Estados e Municípios) no que se refere à garantia dos interesses locais específicos, para um melhor exercício da democracia.

Pode-se extrair o conceito substancial do princípio da subsidiariedade por meio da leitura do Tratado Constitucional da União Europeia (Título III, Artigo I-11, item 3 - Princípios fundamentais das competências da União), o qual dispõe que, salvo os casos de sua competência exclusiva, a União somente poderá intervir quando os objetivos da ação em concreto não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-membros, verificando-se ser o caso de melhor atendimento e resultados pela União.

---

O mesmo Tratado dispõe acerca do princípio da proporcionalidade (Título III, Artigo I-11, item 4). Nesse tema em específico, importa dizer, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos da Constituição.

Em síntese, tanto o princípio da subsidiariedade como o da proporcionalidade possuem íntima relação com os ideais de um federalismo cooperativo, o que, caso observados pelo ente central, certamente resultarão em um melhor desenvolvimento do próprio Estado nacional em si e das suas mais variadas políticas públicas.

No âmbito da União Europeia, George Bermann (1994) aponta quatro formas/parâmetros de manifestação do princípio da subsidiariedade: (a) legislativa (cada ente da unidade política possui a faculdade de determinar se a lei/ato elaborado se adapta ao princípio); (b) em caso dúvida sobre o alcance/aplicabilidade do princípio, deve-se adotar uma interpretação que a ela seja mais favorável; (c) tal princípio é parâmetro de controle de legalidade das normas provenientes da União; e (d) segurança aos entes integrantes de que sua autonomia será preservada.

A possibilidade de as entidades federativas contribuírem essencialmente na mitigação das desigualdades sociais reflete, sem quaisquer dúvidas, em melhores condições de desenvolvimento e qualidade de vida, cumprindo-se os objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º de nossa Constituição.

Nesse sentido, a subsidiariedade resultaria na efetivação de direitos fundamentais pelo fato de que a descentralização seria uma forma de “estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais.” (BARACHO, 1995). Isso porque a melhor relação governantes-governados se dará em âmbitos mais regionais, sobretudo na esfera municipal em razão de que, em tais locais, haverá maior conhecimento recíproco entre

cidadãos e Administração Pública acerca das demandas realizadas, bem como se facilitará o diagnóstico de problemas sociais.

Na mesma linha, Dallari (2013) entende que o modelo federativo implica preservação das características locais, em decorrência da reserva de competências.

## **6. O modelo cooperativo no Brasil: perspectivas e reconhecimento em uma análise crítica**

A adoção do modelo federalista cooperativo no Brasil ocorreu com o advento da Constituição de 1934, e as razões que levaram a seu acolhimento podem ser atribuídas, entre outros aspectos, ao fato de que, à época, era necessária intervenção uniforme do Estado federal como forma de solucionar os problemas sociais e econômicos de modo a reduzir a desigualdade material e a promover a justiça social por meio da coordenação de esforços para atenção aos objetivos gerais (PEREIRA, 2010). Esse surgimento também se deve à iniciativa dos próprios Estados-membros, principalmente daqueles que dispunham de menos recursos, o que teria demandado o concurso da União a prover as suas necessidades (ALMEIDA, 2013).

O modelo cooperativo de Estado federal foi conquistado sobretudo depois da Constituição de 1988, com a atribuição de competências aos Estados-membros de forma concorrente (art. 24, caput), suplementares (art. 24, § 2º) e exclusivas (art. 25, §§ 1º e 2º). Além disso, o art. 22, § único, dispõe acerca da possibilidade de delegação, mediante lei complementar da União, para que os Estados-membros possam legislar sobre questões específicas.

A distribuição de competências ao modelo federativo atual, não obstante o avanço conquistado ao longo da história brasileira, não fica isenta de algumas críticas, as quais, observadas as propostas dos defensores do federalismo cooperativo e do reforço

de sua construção no Brasil, podem ser superadas. Aqui cabe remissão ao Recurso Extraordinário n.º 194.704, proveniente do Estado de Minas Gerais, objeto de julgamento final pelo STF, mas tratado detalhadamente no estudo de casos quanto ao direito ambiental. De plano, registre-se que, na ocasião, a Suprema Corte, graças ao voto do ministro Edson Fachin, apresentou diversos critérios/parâmetros que levam a crer na viabilidade de se reforçar o sistema cooperativo no país.

Em remissão à tese de doutorado de Aloysio Vilarino dos Santos (2009), em face dos argumentos que levam à necessidade de se reforçar o pacto federativo no Brasil, registre-se, de plano, que o próprio autor admite que as competências da União devem ser limitadas, uma vez que tal postura somada a outros instrumentos relativos ao federalismo trará efetivamente o Estado federal brasileiro.

A crítica reside na dificuldade do tratamento e limite exato do conteúdo das normas gerais de competências da União previstas no art. 24 e parágrafos da Constituição. Segundo o autor, não raramente a União edita normas de conteúdo específico. A necessidade de se definir o que seriam as normas de caráter geral é em razão de a disciplina constitucional de competências ser atribuída a ente federativo.

Diante de tal imprecisão, Cláudio Pacheco (1958) define as normas gerais como aquelas cujos “lineamentos fundamentais da matéria serão as estipulações que apenas darão estrutura, plano e orientação”, o que remonta ao julgamento do recurso extraordinário originado de Belo Horizonte, ocasião em que se chegou a afirmar que à União caberia a estipulação de normas gerais e específicas em matéria ambiental, mas que aos demais entes federativos não haveria que se suprimir a possibilidade de, em seu interesse meramente local, também estipulassem regras que nada mais seriam do que desdobramentos dos regulamentos gerais.

Ainda quanto às normas de caráter geral, o RE 423.560, julgado em 2012, quando discute a constitucionalidade de uma lei muni-

cipal oriunda da cidade de Brumadinho-MG, estipula a proibição de contratação com o município por parentes, afins ou consanguíneos do prefeito, vice-prefeito, vereadores e ocupantes de cargo em comissão ou de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais até seis meses depois do fim do exercício das respectivas funções. Na ocasião, o Supremo destacou que a norma assegurava a igualdade de condições entre os concorrentes à licitação, bem como homenageava os princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade administrativa.

A segunda observação refere-se à ausência da devida autonomia/importância concedida pelo sistema federalista no Brasil aos municípios, não obstante a elevação destes à condição de ente federativo pela Constituição de 1988 (art. 1º), uma vez que não haveria o devido respeito pela União à observância dos interesses locais. Além disso, em diversos municípios não há a devida estrutura, sendo a base política ditada por uma ou por algumas famílias que dispõem de poder político local, e também não há a correta administração/uso dos recursos públicos provenientes da União.

O terceiro ponto alvo de crítica é o de receitas provenientes da arrecadação de tributos pelos entes federativos. Em decorrência da dimensão continental do país, a distribuição de forma equânime pela União fica prejudicada, razão pela qual sugere que aos Estados-membros deveria ficar o encargo de repasse para os municípios de parte considerável dos recursos. Tal ponto levaria a uma melhor observância do federalismo cooperativo, implicando harmonização e autonomia financeira entre os integrantes da federação.

## **7. Da necessidade de reforço ao pacto federativo no sistema brasileiro em observância ao princípio da subsidiariedade**

Como manifestação de atribuição de autonomias aos Estados-membros e aos municípios, o princípio da subsidiariedade para

o pleno exercício dos entes federativos, observados os limites constitucionais da capacidade de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração, implica que a inobservância desse parâmetro – criando-se uma leitura centralizada do Estado Federal – importará, sem sombras de dúvidas, no afastamento da possibilidade do direito de reduzir as desigualdades sociais e regionais, principalmente pelo fato da relação mais próxima entre governantes e governados.

Ora, ao elevar a redução das desigualdades sociais e regionais ao status de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal certamente buscou conduzir as atividades dos entes federativos em prol da realização dos ideais de justiça social e de atendimento à dignidade da pessoa humana. Conforme José Afonso da Silva (2017), é a primeira vez que uma Constituição assinala os objetivos do Estado brasileiro, mas só aqueles de caráter fundamental. Dentro do respectivo rol, alguns constituem “base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”.

Dalmo de Abreu Dallari (2013), professor emérito da Faculdade de Direito da USP, considera o modelo de Estado federal: *(a)* mais democrático, em razão da aproximação entre governantes e governados (característica que tem sido apontada neste trabalho), implicando acesso mais fácil aos órgãos do poder local, o qual influi sobre o poder central; *(b)* menos concentrador de poder, favorecendo-se, também, a democracia; e *(c)* promotor da integração em decorrência da preservação das características locais e regionais.

Do lado dos argumentos contrários à organização federativa Dallari aponta: *(a)* necessidade de um governo mais forte (centralizado) para atender às solicitações muito intensas na atualidade; *(b)* o Estado deve atuar observando certa planificação a fim de que

haja o eficiente aproveitamento dos recursos sociais, econômicos e financeiros disponíveis; (c) o modelo atual prova dispersão de recursos em razão da manutenção de um extenso aparelho burocrático; e (d) o modelo sugere conflitos políticos e jurídicos, tendo em vista a coexistência de inúmeras esferas autônomas.

Ao que parece, dada a vênia àqueles que defendem os argumentos contrários, o modelo federativo atual, conforme amplamente defendido ao longo deste trabalho, implica maior aproximação com os objetivos da Constituição Federal de 1988, que em seus 30 anos pôde mostrar os reflexos positivos do federalismo, sobretudo em razão das peculiaridades do Brasil: existência de diversas culturas, extenso território nacional, especificidades locais para o combate às desigualdades e às diversidades.

O art. 3º da Constituição Federal, seguindo a melhor doutrina, concebeu opções ideológicas básicas sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado que pautam uma realização obrigatória de órgãos e de agentes estatais (STRECK, 2013). Por isso, a observância do modelo federativo cooperativo implica atendimento aos comandos insculpidos em objetivos elevados à condição de fundamentais em um Estado federal que há de ter o programa de ações e de legislação do país pautado em tais finalidades.

A melhor realização será em observância aos interesses locais e regionais, sobretudo quando se tratar de ações que envolvem a elaboração de políticas públicas para a concretização dos objetivos fundamentais.

Destaque-se o parecer exarado pelo Ministério Público Federal quando do julgamento da ADI n.º 3.937/SP, defendida pelo procurador-geral da República. A Constituição atual, ao buscar resgatar as competências locais afastadas durante a constância da ditadura militar, sustenta ser necessário assegurar aos Estados “certa dose de criação e experimentação legislativa de modo que não figurem como meros espectadores do processo decisório, em detrimento do componente democrático da federação.”

## **7.1 – Uma mudança de paradigma: a força normativa da Constituição**

A democracia ou o restabelecimento dela constituiu uma das principais conquistas da Constituição de 1988, sobretudo quando trata da existência de mecanismos que permitam a participação popular. Isso se faz tão destacável, que Paulo Bonavides (2008) afirma que uma democracia sem participação popular “é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis”.

Restou consagrado que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito (art. 1º), o que demonstra a preocupação do constituinte com a participação popular na elaboração das escolhas de caráter político, principalmente em razão da supressão dessa garantia em tempos anteriores.

O pleno exercício da participação popular pode constituir um dos grandes desdobramentos e fundamentos do federalismo, sobretudo do modelo cooperativo. Para tanto, necessita-se de “vontade de Constituição” (expressão consagrada a Konrad Hesse) e de se reconhecer a força normativa da Constituição, a qual é tida como uma das grandes conquistas provenientes do século XX.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso (2015) afirma que se superou o modelo de Constituição visto como um documento essencialmente político e que, sobretudo pós-segunda guerra mundial, passou a ter como premissa o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Segundo ele, “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas”, existindo, em caso de descumprimento, mecanismos próprios de coação para um cumprimento forçado.

Ora, diante do reconhecimento desta normatividade das disposições constitucionais somado ao processo de (re)democratização

no país a partir de 1988, a plena observância do federalismo cooperativo importará em um grande passo para a concretização dessa conquista, na medida em que permitirá uma melhor elaboração de políticas públicas e normas legais atinentes aos interesses locais e regionais, além de maior participação popular, uma vez que serão realizadas dentro de uma relação muito próxima entre governantes e governados (o que tem sido referido em diversos pontos deste estudo).

## **8. O tema federalismo perante o Supremo Tribunal Federal: estudo de casos relacionados à Constituição de 1988**

Por ser um dos principais intérpretes da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal velar pela observância do modelo federativo cooperativo no Brasil, especificamente quanto à coexistência entre as normas de caráter nacional e regional, já que a Suprema Corte desenvolve papel fundamental para o reconhecimento do equilíbrio federativo. Aliás, alguns casos objeto de julgamento do STF em tempos mais recentes apresentam peculiaridades que demonstram os reflexos das conclusões alcançadas em matéria de federalismo.

### **8.1 – Direito ambiental**

No direito ambiental podem ser citados dois casos em que a discussão acerca do modelo federalista cooperativo veio como plano de destaque: o da ADI n.º 3.937, que proibiu no Estado de São Paulo o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto em sua composição, bem como o caso do RE 194.704/MG relativo à Lei Municipal de Belo Horizonte que estipulou multa por emissão de fumaça acima dos padrões aceitos por veículos automotores no perímetro urbano.

No primeiro caso, a proibição de uso do produto por meio da legislação paulista decorreu, segundo entendimento do ministro Carlos Britto, da observância da Convenção da OIT 162 – ratificada pelo Brasil em 18.5.1990 – a qual teria status de norma supralegal, estando acima da lei federal brasileira acerca da comercialização do amianto. O ministro sustentou que a norma estadual “cumpre muito mais a Constituição Federal quanto à proteção à saúde ou de evitar riscos à saúde humana, à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular, e do meio ambiente”. Diante disso, a norma estadual melhor realizaria o princípio da efetividade máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais, sendo muito mais próxima da OIT. Visualizando-se assim, pode-se notar a preocupação do ministro Carlos Britto no que tange aos efeitos materiais da norma estadual do que exclusivamente na existência de lei federal que dispõe sobre o tema, especificamente em virtude da existência de uma Convenção Internacional ratificada no Brasil e da melhor disciplina da matéria pela legislação paulista.

Quanto ao segundo caso, proveniente da legislação municipal da cidade de Belo Horizonte, destaque-se o voto do ministro Edson Fachin que tão bem registrou a importância do modelo cooperativo no Estado federal brasileiro. Na ocasião, o eminente ministro defendeu que, em razão dos mais variados interesses existentes no Brasil, os quais devem ser conjugados à óptica oferecida pela atual Constituição, “é preciso alargar a leitura ou realizar uma nova leitura do federalismo brasileiro”, não sendo possível a centralização em desfavor de interesses locais e regionais que se destacam em face da abrangência das normas gerais.

Fachin afirmou ainda que os Estados-membros deveriam servir como “verdadeiros laboratórios legislativos” nos quais, por meio de especialidades, buscariam soluções para as peculiaridades locais, chegar a novas ideias sociais, políticas e econômicas, experiência que poderá levar à aderência das resoluções alcançadas em caso de êxito em outros Estados ou até mesmo na União.

---

Por fim, a Suprema Corte concluiu que, na ausência de norma federal que de forma nítida retire a presunção de que gozam os entes menores para exercerem autonomia, os estados e os municípios a possuem nos seus respectivos âmbitos de atuação.

## **8.2 – Direito penal**

O tema federalismo cooperativo teve aplicabilidade reconhecida também no âmbito da persecução penal, como aponta o RHC 116.000 AgR/GO, de relatoria do ministro Celso de Mello, julgado em 29 de outubro de 2014. No caso, discutiu-se a validade de uma investigação penal em razão da participação da Polícia Federal em cooperação com as polícias estaduais a um grupo de extermínio com suposto envolvimento de policiais militares.

Em voto, o ministro Celso de Mello registrou que a mútua cooperação entre os organismos policiais, mediante fornecimento de dados e assistência entre a Polícia Federal e as polícias estaduais com objetivo de melhor apurar fatos delituosos gravíssimos, encontra fundamento no modelo constitucional de federalismo cooperativo, que na atualidade se afastou do federalismo dualista inaugurado pela Constituição de 1891, o qual dispunha tão somente de competências estanques e de rígida separação de atribuições de ordem federal e estadual.

## **8.3 – Direito à educação**

No que se refere ao direito à educação, a ADI 4.060, proveniente de uma lei estadual de Santa Catarina que dispunha acerca do número máximo de alunos em sala de aula, destaque-se o voto do relator, ministro Luiz Fux, de que o quadro do federalismo no atual sistema brasileiro se aproxima tão somente do federalismo nominal por duas principais razões: (a) uma de índole jurídico-positiva (no sentido da extensa atribuição pela Constituição Fe-

deral de competências legislativas em caráter privativo da União) e (b) outra de cunho jurisprudencial (leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União em sede de controle de constitucionalidade).

O relator defende ser o momento de adoção de uma nova postura da Suprema Corte do Brasil de prestigiar as competências locais e regionais, “a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição”, entendimento também exarado pelo ministro Fachin no RE 194.704/MG mencionado. Tudo isso se daria em razão de o federalismo ser um modelo que objetiva promover o pluralismo nas formas de organização política.

Especificamente quanto ao mérito da ação, o ministro Fux registrou que não se deve inflacionar a compreensão das “normas gerais” previstas na Constituição Federal, bem como que a norma estadual se encontre compatível com a Lei Federal 9.394/1996 que disponha sobre o tema e permita a disciplina quanto ao número de alunos por salas de aula como forma de aprimorar o aprendizado.

#### **8.4 – Algumas considerações**

Diante do teor dos casos expostos, nota-se a imprescindibilidade da atuação do Poder Judiciário – sobretudo do Supremo Tribunal Federal – de adotar uma leitura menos centralizadora acerca das competências legislativas entre a União e os demais entes federativos.

Em contrapartida, a tendência do STF em efetuar uma leitura menos centralizadora de competências é um fenômeno considerado recente. Historicamente, citem-se diversos casos em que a Suprema Corte interpretou pela atribuição de competência à União: ADI 280-5 (Rel. min. Francisco Rezek, julgado em 13.4.1994), ADI 750 (Rel. min. Octavio Gallotti, julgado em 29.6.1992), ADI 2.623 (Rel. Maurício Corrêa, julgado em 6.6.2002) e ADI 2.752 (Rel. min. Joaquim Barbosa, julgado em 12.2.2004).

## 9. Conclusão

O Federalismo exposto neste estudo, que denota o surgimento em um caráter de maior cooperação, decorreu da necessidade e desejo de superação de desigualdades sociais bem como em resposta a melhor execução das políticas públicas, dada a preservação dos interesses locais.

Esse ponto, aliás, fica mais claro quando em sintonia com o princípio da subsidiariedade, o qual propõe que os entes federativos regionais (estados) e locais (municípios) possam cuidar de si próprios, de suas particularidades, observando-se a repartição constitucional de competências e o atendimento às diversidades políticas, sociais, econômicas e culturais.

Observando-se tais aspectos, a realização das políticas públicas será dotada de caráter mais eficiente, conjugação de esforços e objetivos comuns pelo Estado, além de maior aproximação entre governantes e governados na participação popular do exercício das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo, o que foi objeto de demonstração em diversas oportunidades neste estudo.

Sobretudo nesse cenário de 30 anos da Constituição Federal, verifica-se a necessidade de entendimento dos Tribunais, principalmente do STF, de não se conceder privilégio a um ente federativo em face de outro, mas que haja a descentralização das esferas de poder, tudo isso em atendimento aos objetivos aqui expostos.

A Constituição Federal atribuiu extenso rol de competência em favor da União, mas o objetivo é o de se construir um modelo cooperativo de federalismo no qual bastaria, como ponto de partida, observar as competências dos demais entes federativos decorrentes dos interesses locais e regionais. O voto do ministro Luiz Fux, aliás, bem ressaltou este entendimento, ficando clara a necessidade de mudança de uma leitura do modelo federalista no âmbito do Poder Judiciário quando tal matéria foi ali apre-

ciada. Deve ser feita remessa, ainda, ao voto do ministro Fachin no RE 194704/MG, que trouxe parâmetros à conclusão de ser possível uma mudança de postura como forma de atendimento ao modelo cooperativo no Brasil.

É no sentido desta atribuição de competências que a doutrina americana afirma que os Estados-membros devem atuar como espécies de “laboratórios legislativos”, decorrente do fato de que tais entes operarão experimentos institucionais baseados substancialmente na vivência local e na adoção de soluções mais adequadas a seus próprios problemas. Esses experimentos, em caso de êxito, poderão servir, inclusive, como parâmetro para outros locais ou até mesmo para a União.

Assim, em sintonia com as teses lançadas pelo ministro Lewandoski (2013), pode-se concluir que a tarefa de fortalecer o federalismo em nosso país constitui atribuição não só do STF, mas do Poder Judiciário como um todo, das Assembleias Legislativas, das Câmaras Municipais e da sociedade, sendo necessária “uma grande dose de vontade política e, sobretudo, de audácia para resgatar o prestígio e o poder dos estados e municípios”.

## 10. Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ANSELMO, José Roberto. *O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro*. 2006. 248 f. Tese (doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/7343/>>, acesso em 30 dez. 2017.

---

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Nº 35. Belo Horizonte, 1995. Disponível em <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1470/>>, acesso em 14 dez. 2017.

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

BERMANN, George. *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*. Columbia Law Review, n. 332, Nova York, 1994.

BIDART CAMPOS. German J. *Teoría del Estado, los temas de la Ciencia Política*. Ediar Sociedad Anônima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. I. São Paulo: Revista Forense, 1968.

---

LEWANDOWSKI, Ricardo. *Considerações sobre o federalismo brasileiro*. Editora JC, 2013. Disponível em <<http://www.editorajc.com.br/consideracoes-federalismo-brasileiro/>>, acesso em: 26 dez. 2017.

MARTINS, Leonardo. *Limites ao princípio da simetria constitucional*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (Coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer ADI 3.937/SP*. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/lei-paulista-que-proibe-uso-do-amianto-e-constitucional-decide-stf/>>, acesso em: 26 dez. 2017.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições Brasileiras*. São Paulo: Freitas Bastos, 1958, v. II.

PEREIRA, Fábio Franco. *A federação no constitucionalismo brasileiro*. 2010. Dissertação (mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-07072011-090937/pt-br.php/>>, acesso em: 15 dez. 2017.

SANTOS, Aloysio Vilarino dos. *Federalismo do século XXI: paradigmas e desafios: o redesenho do Estado Federal Brasileiro*. 2009. 187 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8848/>>, acesso em: 22 dez. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 2.663/RS. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 8.3.2017. Publicação: 29.5.2017.

Artigo

**O modelo federalista cooperativo e o princípio de subsidiariedade no Brasil:  
reflexões à luz dos 30 anos da Constituição Federal**

Natã Ferraz Carpanez | Gustavo Rocha Martins

---

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Artigo recebido em: 24/8/2018

Artigo aprovado em: 22/1/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20190005

**188 - 215**

Artigo

**O SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL  
COMO PARADIGMA EM EXCELÊNCIA DE  
QUALIDADE INSTITUCIONAL**

RITA DE CASSIA BATISTA SILVA

# O SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL COMO PARADIGMA EM EXCELÊNCIA DE QUALIDADE INSTITUCIONAL

THE FEDERAL PENITENTIARY SYSTEM AS A PARADIGM  
IN EXCELLENCE OF INSTITUTIONAL QUALITY

RITA DE CASSIA BATISTA SILVA

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais  
Universidade do Museu Social Argentino, Argentina  
ritokasilva@gmail.com

**RESUMO:** Este artigo analisa a qualidade institucional nas instituições do sistema penitenciário brasileiro federal. Conforme o princípio da eficiência, a prestação dos serviços públicos deve atender satisfatoriamente o bem-comum e a coletividade, como também os padrões desejados e a busca por melhores resultados. A Lei de Execução Penal brasileira trouxe a perspectiva de cumprimento de pena em localidade diversa do domicílio do sentenciado, em nome da segurança à sua integridade física ou mesmo por questões de segurança pública nacional, possibilidade legal implementada pelos presídios federais, instituições cujo aparato material e humano permite uma execução penal diferenciada, tornando-se exemplo positivo na prestação dos serviços de execução penal. Trata-se de revisão bibliográfica, com predominância do método dedutivo. Concluiu-se que a execução penal diferenciada realizada pelos estabelecimentos penitenciários federais é exemplo de excelência da qualidade institucional, ou seja, de concretização do princípio da eficiência da administração pública na gestão do sistema prisional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Qualidade Institucional. Sistemas Prisionais. Sistema Penitenciário Federal. Execução Penal Diferenciada. Excelência.

**ABSTRACT:** This article analyzes the institutional quality in the organizations of the federal penitentiary system. According the constitutional principle of efficiency, the provision of public services must meet satisfactorily the common good and the collective, as well desired standards and the search for better results. The Law of Brazilian Penal Execution brought the possibility of feather execution in indifferent location from the place where the convicted lives, on behalf of the safety to his/her physical integrity or even for national public security issues, legal possibility implemented by deployment of the federal prisons, institutions that possess material and human apparatus that you/they allow a differentiated penal execution, becoming positive example in the installment of the services of penal execution. It is bibliographical revision, with predominance of the deductive method. It was ended that the differentiated penal execution accomplished by the federal penitentiary establishments is example of excellence of the institutional quality, in other words, of materialization of the beginning of the efficiency of the Public Administration in the management of the correctional system.

**KEYWORDS:** Institutional Quality. Correctional System. Federal Penitentiary System. Differentiated Penal Execution. Excellence.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Qualidade institucional. 2.1. Princípio da eficiência. 3. Breve histórico dos sistemas prisionais. 4. Função do sistema penitenciário. 5. Sistema penitenciário federal. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1. Introdução

Este artigo analisa a qualidade na prestação dos serviços de execução penal nas instituições do sistema prisional brasileiro federal e traz algumas considerações sobre a Lei de Execução Penal brasileira, que surgiu depois de várias tentativas de consolidação de um código penitenciário de visão mais humanizada e cujo principal objetivo é a reinserção social do apenado. Referido diploma legal trouxe, além de várias garantias, a possibilidade de cumprimento de pena em localidade diversa à do domicílio do sentenciado, em nome da segurança à sua integridade física ou mesmo por questões de segurança pública nacional.

Os sistemas penitenciários surgem como instituições para dar cumprimento às sentenças de penas privativas de liberdade, para prestar a atividade administrativa da execução penal. Conforme o Princípio da Eficiência, a consecução dos serviços públicos deve atender de maneira satisfatória o bem-comum e a coletividade, como também os padrões desejados de busca por melhores resultados. A gestão pública deve ser eficiente na qualidade de suas respostas às demandas sociais, efetivando-se quando estiverem de acordo com os mandamentos legais e constitucionais. Surgem, então, os presídios federais para implementar essa possibilidade legal.

As instituições do Sistema Penal Federal possuem um aparato material e humano que dão margem a uma execução penal diferenciada. Com suas características diversificadas, torna-se um exemplo positivo na prestação dos serviços de execução penal.

Trata-se, pois, o presente estudo de revisão bibliográfica com predominância do método dedutivo, partindo-se da análise das dificuldades do sistema penitenciário estadual para caracterizar a execução penal nos estabelecimentos federais.

## 2. Qualidade institucional

Etimologicamente, a palavra qualidade vem do latim *qualitas ou qualitates*. No verbete são encontradas: “[...] propriedade ou condição natural das pessoas ou coisas pela qual se distinguem de outras [...]” (FERREIRA, 2009, p. 1667); “[...] propriedade ou conjunto de propriedades inerentes a uma coisa, que permitem apreciá-la como igual, melhor ou pior que as restantes de sua espécie [...]” (Ibid., p. 1667). E, em sentido absoluto, classifica-se em boa, superior, inferior ou excelente.

Ao se falar em qualidade, o objetivo principal é destacar, analisar e classificar um determinado objeto ou coisa a partir de uma comparação, levando em conta tempo, espaço e resultados.

Para o vocábulo instituição, Yepes Stork (1996) traz a seguinte conceituação “[...] *un conjunto de roles unificados jurídicamente regulados, y puesto al servicio de uma tarefa común, con la que se alcanza alguno de los fines de la actividad humana.*”<sup>1</sup>. Pode-se afirmar, então, que as instituições públicas são estruturas de organização de um país, instituições políticas de governabilidade para alcançar o bem-comum.

De par com a noção de qualidade institucional está o conceito de excelência. Conforme o dicionário, “[...] excelência é a qualidade do que é excelente, aquilo que tem um grau elevado de perfeição, superior.” (FERREIRA, 2009, p. 850).

Voltando-se para a gestão pública, a Fundação Nacional da Qualidade – FNQ (2017), instituição brasileira de nível internacional responsável por desenvolver os fundamentos organizacionais da gestão de classe mundial, aprimorou o chamado Modelo de Excelência de Gestão (MEG), embasado nos oito fundamentos da excelência:

---

1 Um conjunto de documentos unificados e juridicamente regulados e colocados a serviço de uma tarefa comum, com os quais se alcança alguma das finalidades da atividade humana.

1. Pensamento sistêmico: compreensão e tratamento das relações de interdependência e seus efeitos entre os diversos componentes que formam a organização, bem como entre estes e o ambiente com o qual interagem.

2. Aprendizado organizacional e inovação: busca e alcance de novos patamares de competência para a organização e sua força de trabalho, por meio da percepção, reflexão, avaliação e compartilhamento de conhecimentos, promovendo um ambiente favorável à criatividade, experimentação e implementação de novas ideias capazes de gerar ganhos sustentáveis para as partes interessadas.

3. Liderança transformadora: atuação dos líderes de forma ética, inspiradora, exemplar e comprometida com a excelência, compreendendo os cenários e tendências prováveis do ambiente e dos possíveis efeitos sobre a organização e suas partes interessadas, no curto e longo prazos - mobilizando as pessoas em torno de valores, princípios e objetivos da organização; explorando as potencialidades das culturas presentes; preparando líderes e pessoas; e interagindo com as partes interessadas.

4. Compromisso com as partes interessadas: estabelecimento de pactos com as partes interessadas e suas inter-relações com as estratégias e processos, em uma perspectiva de curto e longo prazos.

5. Adaptabilidade: flexibilidade e capacidade de mudança em tempo hábil, frente a novas demandas das partes interessadas e alterações no contexto.

6. Desenvolvimento sustentável: compromisso da organização em responder pelos impactos de suas decisões e atividades, na sociedade e no meio ambiente, e de contribuir para a melhoria das condições de vida, tanto atuais quanto para as gerações futuras, por meio de um comportamento ético e transparente.

7. Orientação por processos: reconhecimento de que a organização é um conjunto de processos, que precisam ser entendidos de ponta a ponta e considerados na definição das estruturas: organizacional, de trabalho e de gestão. Os processos devem ser gerenciados visando à busca da eficiência e da eficácia nas atividades, de forma a agregar valor para a organização e as partes interessadas.

8. Geração de valor: alcance de resultados econômicos, sociais e ambientais, bem como de resultados dos processos que os potencializam, em níveis de excelência e que atendam às necessidades e expectativas as partes interessadas.

Além disso, o MEG utiliza o conceito de aprendizado e melhoria contínua, de acordo com o ciclo de PDCL<sup>2</sup>: *Plan* (planejar), *Do* (fazer), *Check* (verificar), *Learn* (aprender) (FNQ, 2017).

No Brasil, em especial na área pública, o referencial técnico é o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GES-PÚBLICA), criado em 2005 e descontinuado em julho de 2017, que, ainda assim, embasa toda orientação do Executivo Federal para a gestão de excelência. Assim, o Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão (MPOG), órgão gestor do programa, definiu que o Estado brasileiro necessitaria buscar implementar um Modelo de excelência em gestão que estivesse:

[...] focado em resultados e orientado para o cidadão. Esse modelo auxilia as organizações públicas que estão em busca de transformação gerencial rumo à excelência da gestão. Ao mesmo tempo, permite avaliações comparativas de desempenho entre organizações públicas brasileiras e estrangeiras e com empresas e demais organizações do setor privado. (PROGRAMA GESPÚBLICA, 2014).

O Gespública descreve que a gestão das organizações públicas atuais deve buscar:

[...] um modelo de excelência em gestão, de padrão internacional, que expressa o entendimento vigente sobre o “estado da arte” da gestão contemporânea, é a representação de um sistema de gestão que visa aumentar a eficiência, a eficácia e a efetividade das ações executadas. É constituído por elementos integrados,

---

2 PDCLé uma sigla que dá nome a uma ferramenta usada na gestão da qualidade dos processos. Seu foco é a solução de problemas seguindo as quatro fases indicadas pelas letras. Por ser uma ferramenta de uso cíclico, ela também promove a melhoria contínua dos processos.

que orientam a adoção de práticas de excelência em gestão com a finalidade de levar as organizações públicas brasileiras a padrões elevados de desempenho e de qualidade em gestão. (PROGRAMA GESPÚBLICA, 2014).

Pode-se inferir que o atendimento aos padrões desejados de melhores resultados associa-se ao conceito de qualidade institucional alicerçada em um ideal que é contraponto à realidade existente, já que o ideal é algo mutável, multifacetado e dependente de um contexto social.

Devem também ser considerados os instrumentos de avaliação, de *feedback*<sup>3</sup>, estreitamente relacionados à qualidade, visto que vão embasar o alcance dos resultados, da eficiência e da eficácia, ou seja, se realmente ocorre o atendimento a determinados padrões preestabelecidos para uma excelente prestação de serviços.

## 2.1. Princípio da eficiência

Preocupado com a excelência na prestação de serviços, o Estado trouxe como um de seus fundamentos o Princípio da Eficiência (art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988): “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

O termo eficiência significa poder, capacidade de ser efetivo; efetividade, eficácia, agir com produtividade e competência. (FERREIRA, 2009, p.716).

No âmbito da gestão pública, é fundamental ser eficiente, pois os serviços públicos devem atender de maneira satisfatória a coletividade.

---

3 *Feedback*, também chamado de retroalimentação, pedagogicamente, avalia a qualidade de uma resposta a determinado desempenho/estímulo (SANTOS, 2018).

de (OLIVEIRA, 2017). Essa preocupação do Estado está intimamente relacionada à sua capacidade ou à sua qualidade de respostas às demandas sociais, porque, quando não atendidas, causam crises na gestão e no desenvolvimento institucional como um todo.

A administração pública é o conjunto de instituições (órgãos e agentes) que exercem a clara função pública em prol do interesse da coletividade. O principal objeto da administração pública é sempre o interesse público, ou seja, todo e qualquer ato expedido no exercício da função administrativa deve sempre atender as necessidades dos cidadãos, uma vez que o interesse público tem primazia sobre o interesse privado. (OLIVEIRA, 2017).

De acordo com Alexandre Mazza (2018), o princípio da eficiência implementou o modelo de administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal. Os atos da administração devem ser realizados com a maior qualidade, competência e eficácia possível em prol da sociedade.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[...] o princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2002, p. 102).

A autora acrescenta que a eficiência se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao princípio da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de direito. (DI PIETRO, 2002).

Já Hely Lopes Meirelles fundamenta que o princípio da eficiência corresponde ao dever da boa administração e se caracteriza como:

O que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (MEIRELLES, 2002, p.94).

Para alguns autores, o princípio em questão se mostra abstrato e se concretiza por meio das instituições e da população. Esse pensamento se fundamenta no estado republicano (*res publica*), ou seja, coisa pública pertence ao povo. E, a partir dessa forma de governo, a garantia da eficiência pode ser mensurada, fiscalizada e avaliada pelos chamados controles externos e internos (Cf. BRAGA, 2010).

De acordo com Guilherme de Abreu Silva (2018):

O controle externo da administração pública compreende primeiramente o controle parlamentar direto, o controle pelo Tribunal de Contas e por fim o controle jurisdicional. São órgãos externos que fiscalizam as ações da administração pública e o seu funcionamento. Já o controle interno, é o realizado pelo próprio órgão que realizou o ato, todavia será revisto por autoridade superior conforme o princípio da hierarquia.

Referidos controles são fundamentais para garantir uma maior eficiência das atividades estatais com moralidade, transparência e principalmente publicidade, respeitando sempre a primazia da legalidade, à qual todo ato administrativo está submetido.

### 3. Breve histórico dos sistemas prisionais

Os sistemas prisionais surgem como uma solução para cumprimento das penas privativas de liberdade. Uma alternativa para o período em que o corpo do delinquente pagava pelo mal que ele praticara, conhecida como a Era dos Suplícios.

Entende-se por suplício a pena corporal dolorosa baseada na proporcionalidade entre a quantidade de sofrimento e a gravidade do crime cometido. Acreditava-se ser aquele um meio eficaz de expiar o crime do condenado, um espetáculo punitivo. A característica predominante do suplício era o poder sobre o corpo, alvo principal do direito repressivo, no qual o sofrimento e a dor eram elementos constitutivos da pena. Segundo Foucault:

Uma pena, para ser considerada um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos, apreciar, comparar e hierarquizar; [...] o suplício faz parte de um ritual. É um elemento na liturgia punitiva, e que obedece a duas exigências, em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina-se a [...] tornar infame aquele que é a vítima. [...] e pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo. (FOUCAULT, 2014, p. 32-33).

Ao final do século XVIII, o suplício dá lugar a outras formas de correção, a novos projetos de reformas, a novas leis, a nova justificação oral ou política do direito de punir que enfatiza o caráter corretivo da pena. Para Foucault, o fim da “festa de punição” se dá devido ao mal-estar causado na sociedade, pois os suplícios transformavam carrascos em criminosos, juizes em assassinos e o supliciado em objeto de piedade. (FOUCAULT, 2014).

Saindo, então, da natureza aflitiva das penas, surgem os sistemas penitenciários. Dentre os que mais se destacaram, citam-se os sistemas pensilvânico, auburniano e progressivo.

No pensilvânico ou de Filadélfia, também conhecido como ce-

---

lular, o preso era recolhido à cela, isolado dos demais, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas, sendo estimulado ao arrependimento pela leitura da bíblia. Iniciou-se em 1790, na *Walnut Street Jail*, e posteriormente na *Eastern Penitentiary*. Foi alvo de inúmeras críticas pelo seu caráter austero e rígido, e, ainda, impossibilitava a readaptação social em face do seu completo isolamento. (GRECO, 2008).

Devido às críticas ao sistema celular, surge o segundo sistema: o auburniano. Recebe este nome por ter iniciado em 1818, na cidade de Auburn, no Estado de Nova Iorque. Menos rigoroso que o anterior, permitia o trabalho dos presos inicialmente dentro de suas próprias celas e, posteriormente, em grupos. O isolamento noturno foi mantido, havendo uma regra pautada no silêncio absoluto, também conhecido como *silente system*. Quanto às falhas desse sistema, Manoel Pedro Pimentel aduz:

O ponto vulnerável deste sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida (...). Falhava também pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos. (PIMENTEL, 1983<sup>4</sup>, p. 138, apud GRECO, 2008, p. 495).

O terceiro sistema, o progressivo, surgiu no início do século XIX na Inglaterra e, posteriormente, na Irlanda. Na Inglaterra, um capitão da Marinha Real, Alexander Maconochie, diretor do presídio no Condado de Norwich, na Ilha de Norfolk, na Austrália, impressionado com o tratamento desumano dispensado aos presos que sofreram a pena de degredo/exílio para a Austrália, resolveu criar

---

4 PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 138.

o sistema progressivo de cumprimento de penas, sendo realizado em três estágios. No primeiro, conhecido como período de provas, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico. Como progressão a esse primeiro estágio, no segundo era permitido o trabalho comum, preservando o silêncio absoluto e o silêncio noturno preconizados pelo sistema auburniano. Com o tempo, passava às chamadas *public work-houses*, com vantagens maiores. E o terceiro período permitia o livramento condicional. (GRECO, 2008).

O sistema progressivo irlandês acrescentou mais um estágio. Antes do livramento condicional, aparecia a prisão intermediária em penitenciária agrícola ou industrial, de noite e de dia em vida comum para demonstrar, assim, os resultados das provações anteriores. (GRECO, 2008).

O sistema progressivo é o que se assemelha ao atual sistema prisional adotado no Brasil, considerando-se o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, bem como os sistemas de progressão de regimes e remição de dias trabalhados, institutos regulamentados pela Lei de Execução Penal.

#### **4. Função do sistema penitenciário**

O sistema penitenciário tem por objetivo dar cumprimento à pena concreta imposta ao condenado à pena de reclusão ou detenção ou, ainda, a uma medida de segurança por meio da prestação do serviço de execução penal. Esse serviço tem como pressuposto um título executivo de sentença condenatória e se constitui num contexto mais abrangente que o sistema prisional, na medida em que não se ocupa somente das penas privativas de liberdade.

A organização dos serviços destinados à execução penal tem como objetivo a regeneração dos condenados, readaptando-os à vida social. Daí a preocupação, na execução da pena de prisão, com os estabelecimentos próprios para cumpri-la com a devida organização administrativa e demais institutos necessários a um fiel cumprimento e obediência às normas e ao conjunto principiológico.

Quanto aos princípios associados à execução penal, diz Paulo Lúcio Nogueira:

Estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal, é indispensável à existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais, a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros. Em particular, deve-se observar o princípio da humanização da pena, pelo qual se deve entender que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida da sua finalidade. (NOGUEIRA, 1996, p.7).

De fundamental relevância, além dos elencados por Nogueira (1996), cita-se o princípio da personalidade, também denominado de princípio da personificação ou da intranscendência, segundo o qual a pena não passa da pessoa do condenado. Trata-se de garantia constitucionalmente prevista no art. 5º, inciso XLV.

Além de ser matéria prevista na Constituição Federal, no Código de Processo Penal, em outros diplomas legais esparsos, bem como em tratados internacionais de direitos humanos, a questão é precipuamente tratada na Lei 7.210/1984, a Lei de Execução Penal (LEP), que surgiu depois de várias tentativas frustradas de consolidação de um código penitenciário. Ela traz uma execução penal jurisdicionalizada mais humanizada, responsável e alinhada

da com o Estado de Direito, voltada para a prevenção especial positiva<sup>5</sup> como também embasada na harmônica integração social do condenado e do internado.

Constituem direitos do preso, conforme a LEP (artigo 41):

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
- XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

---

5 A Teoria da Prevenção Especial pode ser positiva ou negativa. Dirige a sua atenção ao delinquente concreto, esperando que a pena tenha um efeito ressocializador, intimidatório ou inocuizante. Os dois primeiros (ressocialização e intimidação) referem-se a sua versão positiva, e o último (inocuidade) a sua versão negativa. (BALDISSARELLA, 2011).

Quando esses direitos são plenamente observados nas instituições penitenciárias, consolida-se uma execução penal positiva e consciente de sua atividade-fim.

Ressalte-se que o Brasil ocupa a quarta posição na lista de maiores populações carcerárias do mundo, depois dos EUA, China e Rússia. Segundo o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões - BNMP (2018) do CNJ, atualmente o sistema brasileiro encontra-se com 602.217 presos (incluídas as prisões civis e internações como medidas de segurança), cuja capacidade projetada para mantê-los é de 355.462 vagas. Por isso que, entre os países supramencionados, o Brasil é o único que mantém o sistema acima de sua capacidade com um deficit considerável de vagas. De acordo com o IBGE, considerados os 209.133.649 habitantes, o número de pessoas presas corresponde a 3,47% da população.

A partir dessa realidade, infere-se que a superpopulação carcerária brasileira é um dos principais problemas que afetam e prejudicam a qualidade da prestação da execução penal. E Del Río já os assinalava em 1916:

Las instituciones penales de los pueblos modernos adolecen de dos graves defectos: no conseguir la finalidad de su fundación, i estar basadas en principios científicos y filosóficos antiguos, que hicieron su época, que produjeron su efecto, i acaso pudieron deslumbrar al mundo en el momento de su concepcion, pero que están mui léjos de guardar armonía con las últimas conquistas de la ciencia [...] La criminalidad se desarrolla; la reincidencia i la precocidad en los agentes del delito son cada día mayores; la lei es impotente para reprimirlas, aun para aminorarlas: manifestaciones son éstas que muestran claramente cuan infructuosos han sido los esfuerzos de las viejas escuelas de derecho penal para solucionar el problema.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> As instituições penais dos povos modernos padecem de graves defeitos: não atingem a finalidade para que foram criadas, estão baseadas em princípios científicos e filosóficos obsoletos, que se encerraram no seu tempo, produziram seus efeitos e, se acaso puderam deslumbrar o mundo no momento de sua concepção, estão distantes de guardar harmonia

Diversamente a essa problemática, criam-se no Brasil, a partir de 2006, estabelecimentos penais de segurança máxima que operam dentro dos limites de lotação e, portanto, em mais condições de cumprir os ditames constitucionais, internacionais e legais para o tratamento das pessoas reclusas.

## **5. Sistema Penitenciário Federal**

Como resposta ao crime organizado e ao crescimento das facções criminosas, com o objetivo de desarticular os comandos de seus líderes no interior dos estabelecimentos penais estaduais, como também garantir o direito coletivo de segurança pública, surge o Sistema Penitenciário Federal (SPF), órgão executor do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). A previsão legal respectiva está consubstanciada no parágrafo primeiro do artigo 86 da LEP: “§ 1º - A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado”.

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) é responsável pelo Sistema Penitenciário Federal, cujos principais objetivos são isolamento das lideranças do crime organizado, cumprimento rigoroso da Lei de Execução Penal e custódia de presos condenados e provisórios sujeitos ao regime disciplinar diferenciado; líderes de organizações criminosas; presos responsáveis pela prática reiterada de crimes violentos; presos responsáveis por ato de fuga ou grave indisciplina no sistema prisional de origem; presos de alta periculosidade e que possam comprometer a ordem e segurança pública; réus colaboradores presos ou delatores premiados. (DEPEN, 2018a).

---

com as últimas conquistas da ciência [...] A criminalidade de desenvolve: a reincidência e a precocidade nos infratores penais são cada vez maiores: a lei é impotente para reprimi-las, ainda mais para reduzi-las; manifestações essas que mostram claramente quão infrutíferos tem sido os esforços das velhas escolas de direito penal para solucionar o problema.

---

Além disso, o Departamento é o gestor do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN<sup>7</sup>, criado pela Lei Complementar n.º 79, de 7 de janeiro de 1994, e regulamentado pelo Decreto n.º 1.093, de 23 de março de 1994.

De acordo com o Decreto n.º 6.049, de 27 de fevereiro de 2007, que aprovou o Regulamento Penitenciário Federal, os estabelecimentos penais federais têm por finalidade promover a execução administrativa das medidas restritivas de liberdade dos internos, provisórios ou condenados, cuja inclusão se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, e também abrigar presos, provisórios ou condenados, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado (RDD), previsto no art. 1º da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

Conforme o Anuário do Sistema Penitenciário Federal (2017), esse sistema foi concebido para ser um instrumento contributivo no contexto nacional da segurança pública, a partir do momento em que isolam os presos considerados mais perigosos do país. Tal institucionalização veio ao encontro sociopolítico da intenção de combater a violência e o crime organizado por meio de uma execução penal diferenciada, sem uso de violência ou de outros mecanismos ilegais.

Em atendimento ao parágrafo primeiro do artigo 86 da LEP, a União instituiu cinco penitenciárias federais distribuídas nas regiões Norte, Nordeste, Sul e Centro-oeste: Porto Velho/RO, Mosoró/RN, Catanduvas/PR, Campo Grande/MS e a recém-inaugurada em Brasília/DF. Cada unidade possui capacidade para abrigar 208 internos em celas individuais. (CNJ, 2018).

---

7 LC n.º 79/1994 - Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), a ser gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional.

O Sistema Penitenciário Federal surge como saída e solução para a segurança pública e a defesa social, trazendo uma execução penal diferenciada, em cujos estabelecimentos não existem problemas de superlotação, falta de recursos financeiros, materiais ou humanos.

Essas unidades federais, de aparato tecnológico composto por equipamentos de última geração que garantem plena segurança, vigilância e monitoramento local ininterrupto, são controladas por corpo funcional próprio e altamente capacitado formado por agentes federais de Execução Penal, especialistas federais em Assistência à Execução Penal e técnicos federais de Apoio à Execução Penal. (DEPEN, 2018b).

Conforme o Anuário do Sistema Penitenciário Federal (SPF) publicado em 2017, a população carcerária média, em 2016, era de 438 internos. No final de dezembro do mesmo ano, o número de internos era igual a 472. Em 30 de junho de 2017, o SPF possuía 570 internos. Comparando com dados de estabelecimentos estaduais:

O quadro de superlotação nos presídios brasileiros viola resolução do CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária), órgão ligado ao Ministério da Justiça, que fixou o parâmetro de 137,5% como percentual máximo de excedente de detentos nas prisões. Hoje, o país tem uma taxa de superlotação nas cadeias de 197,4%, o que significa que existe quase o dobro de detentos em relação ao número de vagas. Os dados foram divulgados nesta sexta-feira (8) pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e se referem a junho de 2016. São 726.712 presos para 368.049 vagas. (ANUÁRIO SPF, 2017).

Para a inclusão no Sistema Penitenciário Federal, o custodiado deverá possuir perfil específico compatível com pelo menos uma das características relacionadas no art. 3º do Decreto 6.877, de 2009:

I - Ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD;

IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou

VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

Quanto à situação criminal, quase 70% dos custodiados são reinidentes em tipos penais relacionados ao tráfico de drogas e ao roubo. (ANUÁRIO SPF, 2017).

A execução penal diferenciada nessas unidades federais, por meio de procedimentos diversificados e individualizadores realizados em observância aos ditames do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Humanos, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, nos termos constitucionais, na regulação da LEP e do Regulamento Penitenciário Federal, concretiza, assim, a excelência na qualidade institucional, visto que todos os regramentos e princípios são acolhidos.

Por ter o custodiado como objetivo principal a proteção, a concepção de política penitenciária que se tenta avançar se insere na inclusão do tratamento penitenciário como política de garantia dos direitos humanos, fator de redução de danos e minimização de vulnerabilidades decorrentes do sistema punitivo. (ANUÁRIO SPF, 2017).

Para isso, o sistema oferece a assistência individualizada com profissionais especializados: médicos, dentistas, pedagogos, assistentes sociais, terapeutas ocupacionais, psicólogos, enfermeiros e técnicos de enfermagem, e, ainda, assistência jurídica através da Defensoria Pública da União; assistência material (ali-

mentação, vestuário, higiene pessoal e material de limpeza) e assistência religiosa.

Conforme o Anuário do SPF, a prática de futebol, jogos de xadrez, dama e dominó é uma realidade no interior das penitenciárias federais desde a implantação do Sistema Penitenciário Federal em 2006. Especificamente na Penitenciária Federal em Mossoró/RN, com vistas a atender a uma necessidade diagnosticada pela Unidade da falta de práticas desportivas orientadas por profissionais da área de Educação Física, estabeleceu-se uma parceria com a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) a fim de viabilizar, de forma supervisionada, as atividades físicas, propiciando a melhoria da saúde e da qualidade de vida dos internos participantes. Ademais, visando garantir a efetividade do tratamento penitenciário em consonância com a defesa dos Direitos Humanos e à Lei de Execução Penal, também são desenvolvidos nas penitenciárias federais projetos culturais como o Cinemateca e o Remição pela leitura. Esse projeto, em execução desde 2009, abre a possibilidade de remição da pena do custodiado em regime fechado, associando a oferta da educação às ações complementares de fomento à leitura, atendendo a pressupostos de ordem objetiva e de ordem subjetiva.

A assistência educacional no Sistema Penitenciário Federal, por meio da educação formal, profissionalizante ou não-formal, visa à validação da escolarização do interno bem como garantir ao apenado o direito ao conhecimento e ao crescimento pessoal para um bom retorno ao convívio social. Mesmo com a transferência do interno para outras unidades penais ou, eventual alvará de soltura, o aproveitamento das aulas é reconhecido pelo Ministério da Educação.

O Depen, por meio da Diretoria do Sistema Penitenciário Federal, em ação com a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (Secadi) do Ministério da Edu-

cação (MEC), inseriu a pauta do Sistema Penitenciário Federal no rol da Política Nacional de Educação de Jovens e Adultos, tornando-o a 28.<sup>a</sup> Unidade da Federação no que tange a todas as ações educacionais do MEC, sendo incorporado a programas como Pronatec, Enem, ENCCEJA, Sisu, entre outros.

Entre as atividades artísticas mais utilizadas na atualidade, os livros de colorir para adultos podem provocar sensações de prazer e bem-estar e estimular a criatividade. Além de produzirem efeito calmante, sendo uma opção para aliviar o estresse e fomentar a expressão não-verbal, trazem pontos positivos no ambiente prisional: podem ser realizadas de forma individual na própria cela do interno, minimizam os efeitos adversos da institucionalização, não interferem na segurança do sistema e nem sobrecarregam a rotina dos servidores. Quando se fala em resgate da cidadania de pessoas privadas de liberdade, a prática da pintura passa a ser aliada forte para diminuir a ociosidade e seus efeitos negativos. O interno que participa, de forma voluntária, recebe um exemplar do livro a ser pintado e uma caixa de giz de cera adquirido pelo Departamento Penitenciário Nacional.

A assistência material ao interno e ao internado, nos termos do artigo 41, VII, da Lei de Execução Penal, compreende alimentação, vestuário e instalações higiênicas. A alimentação aos custodiados nas penitenciárias federais consiste no fornecimento de desjejum, almoço, jantar ou ceia, atendendo aos critérios nutricionais para a manutenção da saúde e do vigor físico do interno, controlada por nutricionista. As refeições são preparadas de acordo com as normas básicas de higiene e preceitos médicos e nutricionais para dietas diferenciadas de internos com problemas de saúde, como diabetes e hipertensão.

Ao ingressar na Penitenciária Federal o interno recebe enxoval contendo: duas calças de brim; duas bermudas; duas camisetas manga longa; duas camisetas manga curta; dois agasalhos de moletom; duas calças de moletom; duas cuecas; duas toalhas de banho;

dois lençóis; um par de tênis; um par de sandálias; dois pares de meias; dois cobertores; duas fronhas; um travesseiro; um colchão; uma touca; um par de luvas; um casaco de lã. Este quantitativo dos itens do enxoval poderá ser alterado de acordo com as condições climáticas da região da Penitenciária Federal. É garantido também, como material de higiene pessoal, um sabonete, um rolo de papel higiênico, um frasco de desodorante, uma escova de dente, um tubo de creme dental, uma porção de detergente, um pano de chão, que são renovados periodicamente.

Quanto à assistência jurídica integral, é prestada por advogados constituídos e, aos internos sem recursos financeiros para constituir advogado, pela Defensoria Pública da União (DPU), conforme estabelece artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, e artigo 41, VII da Lei de Execução Penal. A assistência consiste em orientação jurídica, acompanhamento da execução da pena do interno, prestação de informações, esclarecimentos, defesas judiciais e administrativas em todas as instâncias, entre outros procedimentos jurídicos. As penitenciárias federais proporcionam toda a infraestrutura necessária aos trabalhos dos advogados constituídos e dos defensores públicos da União.

Um grande diferencial é o projeto Visita Virtual, que tem como objetivo possibilitar o contato entre os internos custodiados no SPF e seus familiares e amigos por meio de visitas virtuais. O projeto, uma parceria entre o Depen e a Defensoria Pública da União, resulta da constatação de que cerca de 50% dos internos das penitenciárias federais não recebiam visitas sociais. Além de ser um direito, a visita contribui, no processo de reintegração social do interno, para a manutenção dos vínculos afetivos da pessoa privada de liberdade. (ANUÁRIO SPF, 2017).

A assistência religiosa, com liberdade de culto, é prestada regularmente aos internos das penitenciárias federais por meio de parceria com instituições religiosas, conforme determina o artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, e artigo 41, inciso VII,

da Lei de Execução Penal, com vistas à valorização da pessoa humana. Nas penitenciárias federais é assegurada a atuação de representantes religiosos, com autorização para organizar serviços litúrgicos e fazer visita pastoral aos adeptos de sua religião. É assegurado aos internos custodiados no SPF a posse de livros de ritos e práticas religiosas de suas crenças.

E, ainda, em atendimento ao artigo sexto<sup>8</sup> da Lei 10.792/2003, o SPF realiza as reuniões de Comissões Técnicas de Classificação, constituídas por profissionais de vários setores responsáveis pela classificação e elaboração do programa individualizado da pena privativa de liberdade do preso. O profissional utiliza instrumentos específicos, como entrevistas, exames, diagnósticos, visitas institucionais.

Os consultórios médicos, odontológicos, psicológicos e de assistência social, bem como os espaços para enfermaria e farmácia, dispõem de material, instrumental e medicamentos necessários para proporcionar a devida assistência aos internos do SPF.

Ao ingressar na Penitenciária Federal o interno é submetido a anamneses do seu estado físico e mental, diagnosticando também doenças, especialmente as infectocontagiosas. Orientado à educação em saúde, utiliza-se do conceito em autocuidado, realiza consultas periódicas para diagnosticar doenças crônicas e abordar questões relacionadas a sinais e sintomas, possíveis complicações e como preveni-las, bem como orientações relativas a dieta e a tratamento medicamentoso. Quando os casos são de média e de alta complexidade, os internos são escoltados para serem atendidos nas unidades de saúde mais próximas, visando à prestação de serviço adequado ao caso (art. 14, § 2º, da Lei 7.210/1984)<sup>9</sup>. (ANUÁRIO SPF, 2017).

---

8 Art. 6. A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

9 Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

Grande parte das características diferenciadas do Sistema Penitenciário Federal se trata de uma execução penal prestada com excelência, baseada nos preceitos constitucionais e legais, conseguindo, assim, sucesso e grande avanço no combate à criminalidade.

Portanto, o Sistema Penitenciário Federal em comparação com os sistemas regionais consegue dar respostas favoráveis e eficientes na prestação de sua atividade-fim.

## 6. Conclusão

O objetivo primordial deste artigo foi verificar se há excelência no trabalho de execução penal realizado e idealizado pelo Sistema Penitenciário Federal de separar as lideranças de organizações criminosas sem nenhum tipo de violência e resguardando todos os direitos não prejudicados na sentença condenatória.

Num primeiro momento, conceituou-se qualidade, instituição, excelência e qualidade institucional. Compreendidas as diversas áreas de conhecimento sobre esses vocábulos, conclui-se que o atendimento aos padrões desejados e a busca por melhores resultados associa-se ao conceito de qualidade institucional. Trouxe, ainda, a certeza de que os instrumentos de avaliação e de *feedback* são recursos para avaliar os resultados obtidos e valorar a qualidade da atividade administrativa. Por derradeiro, foi analisado o princípio da eficiência, por sua íntima relação com o instituto da qualidade institucional.

Como solução para o cumprimento de penas privativas de liberdade de forma mais humanizada e, acima de tudo, para retirar a natureza aflitiva das penas foram abordados os sistemas prisionais que mais se destacaram na história: o pensilvânico, o auburniano e o progressivo, cada qual com suas peculiaridades e críticas positivas ou negativas.

Finalmente, atentou-se para os sistemas penitenciários brasileiros, com ênfase no Sistema Penitenciário Federal (STF), detentor de uma execução penal diferenciada devido às suas características e procedimentos diversificados, um marco de inovação em termos de gestão e políticas penitenciárias no Brasil, assim como a concepção de um paradigma irreversível que demonstra a capacidade do Estado em construir um modelo que difere da realidade de superlotação, deficit de infraestrutura e falta de recursos notadamente enfrentados pelo sistema prisional dos Estados-membros.

O sistema é uma resposta à capilarização do crime organizado que, por meio de membros e principalmente de lideranças, age continuamente de dentro das prisões estaduais promovendo a violência extramuros, o tráfico de drogas e de influência, de forma a atingir diretamente não apenas os diversos estratos sociais como as próprias instituições públicas, gerando instabilidade e insegurança.

A execução penal realizada nos presídios federais é diferenciada por contar com diversas características positivas e procedimentos diversificados que acolhem os ditames almejados para uma excelente prestação da execução penal.

Por fim, a execução penal diferenciada realizada pelos estabelecimentos penitenciários federais brasileiros é um exemplo de excelência para a concretização do princípio da eficiência da administração pública na gestão do sistema prisional.

## 7. Referências

BRAGA, Marcus Vinícius de Azevedo. *Controle primário da gestão*. Administradores. 2010. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/cotidiano/o-controle-primario-da-gestao-publica/48726/>. Acesso em: 9 set. 2018.

BALDISSARELLA, Francine Lúcia Buffon. Teoria da prevenção especial. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n.º 85, fev 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9013](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9013)>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Presídios federais são a exceção na crise carcerária nacional. *Notícias*. 13 jul. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87153-presidios-federais-sao-a-excecao-na-crise-carceraria-nacional>. Acesso em: 9 set. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Anuário do Sistema Penitenciário Federal 2016*. 2. ed. Brasília: DEPEN, 2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Sistema Geopresídios. *Geopresídios - Cadastro Nacional de Inspeções em Estabelecimentos Penais (CNIEP)*. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/geopresidios-page>. Acesso em: 9 set. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões 2.0 - BNMP (2018). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto n.º 6.049, de 27 de fevereiro de 2007*. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm). Acesso em: 9 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto n.º 6877, de 18 de junho de 2009*. Regulamenta a Lei n.º 11.671, de 8 de maio de 2008. Dispõe sobre a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima ou a sua transferência para aqueles estabelecimentos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6877.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6877.htm). Acesso em: 9 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Quem somos*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/quem-somos-1>. Acesso em: 9 set. 2018a.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Página inicial*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dispf/cgcmosp>. Acesso em: 9 set. 2018b.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 79 de 7 de janeiro de 1994. Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp79.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp79.htm). Acesso em: 9 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei 10.792 de 1.º de dezembro de 2003*. Altera a Lei n.º 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 out. 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm). Acesso em: 9 set. 2018.

DEL RÍO, Raimundo. *El problema penal*. Santiago: Imp. Univ., 1916.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 4.ed. São Paulo: Positivo, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FUNDAÇÃO NACIONAL DA QUALIDADE (FNQ). *Novo Modelo de Excelência da Gestão*. 2017. Disponível em: <http://www.fnq.org.br/aprenda/metodologia-meg/modelo-de-excelencia-da-gestao/fundamentos>. Acesso em: 20 ago. 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 10.ed. Niterói: Impetus, 2008, v. 1.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, José Pedro Fernandes Guerra de. O princípio da eficiência da administração pública. *Jus*. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59777/o-principio-da-eficiencia-da-administracao-publica>. Acesso em: 28 ago. 2018.

PROGRAMA GESPÚBLICA. *Modelo de Excelência em Gestão Pública*. Brasília: MP, SEGEP, 2014. Versão 1/2014.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. Mecanismo de feedback. *Mundo Educação*. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/mecanismo-feedback.htm>. Acesso em: 9 set. 2018.

SILVA, Guilherme de Abreu. O controle externo da administração pública. *Âmbito Jurídico*. 2018. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2905](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2905). Acesso em: 28 ago. 2018.

---

Artigo

**O sistema penitenciário federal como paradigma em excelência de qualidade institucional**

Rita de Cassia Batista Silva

---

STORK, Yepes. *Fundamentos de antropologia*. Un ideal de la excelência humana. Barañáin: EUNSA - Pamplona, 1996.

Artigo recebido em: 12/9/2018

Artigo aprovado em: 29/11/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190006

**217 - 260**

Artigo

**OS PRECEDENTES NORMATIVOS  
VINCULANTES NA TRADIÇÃO  
JURÍDICA BRASILEIRA**

FELIPE PRATA PRAVATO RANGEL

# OS PRECEDENTES NORMATIVOS VINCULANTES NA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

THE STARE DECISIS IN BRAZILIAN LEGAL TRADITION

FELIPE PRATA PRAVATO RANGEL

Bacharelado em Direito

Faculdade Estácio de Sá de Vitória, Brasil

felipe\_pravato@hotmail.com

**RESUMO:** Trata-se de estudo que visa a demonstrar a compatibilidade do sistema de precedentes normativos vinculantes com a tradição jurídica de *Civil Law*. Com este afã, o trabalho perscruta a forma com que a própria teoria dos precedentes se desenvolveu, originariamente, na tradição jurídica de *Common Law*, para apontar, posteriormente, no sentido da necessidade de se desenvolver na família romano-germânica mecanismo de igual inteligência, e isso com o fito de controlar o arbítrio decisório e de viabilizar um direito seguro, racional e coerente. Ato contínuo, o estudo conceitua o que se entende por precedentes normativos, e tece considerações acerca da relação umbilical entre uma adequada teoria da norma e do ordenamento com a tese dos precedentes normativos vinculantes. Ao final, aponta e conclui pela viabilidade do sistema de precedentes na tradição de *Civil Law*, e, por conseguinte, na tradição jurídica brasileira, sem que com isso se possa cogitar de uma necessária e inexorável aproximação entre as duas famílias do direito ocidental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedentes normativos; tradição jurídica; ordenamento jurídico; *Civil Law*.

**ABSTRACT:** This study aims to demonstrate the compatibility of stare decisis with the legal tradition of civil law. With this desire, the work examines the way that the stare decisis theory itself developed, originally, in the legal tradition of common law; to point, later, in the sense of the need to develop in the Roman-Germanic family mechanism of equal intelligence, and this to give coherence and rationality to the law. Continuously, the study conceptualized what is meant by binding precedent, and demonstrates the relationship between the law, the juridical system and binding precedents. In the end, it points and concludes for the viability of the binding precedents system in the tradition of civil law.

**KEYWORDS:** Binding precedents; juridical tradition; juridical system; civil law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A tradição jurídica. 2.1. As grandes tradições jurídicas ocidentais. 2.1.1. A tradição de *Common Law*. 2.1.2. A tradição de *Civil Law*. 3. Ordenamento, jurisdição e precedentes. 3.1. A relação entre ordenamento e jurisdição. 3.2. A legitimidade (constitucional) dos precedentes. 4. A compatibilidade da teoria dos precedentes com a *Civil Law*: uma aproximação entre as tradições? 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1. Introdução

Objetiva-se no presente artigo a defesa da compatibilidade do sistema de precedentes normativos formalmente vinculantes com a tradição jurídica brasileira (e com nossa Lei Fundamental).

A adoção da teoria dos precedentes não pretende, como afirmam respeitáveis nomes da doutrina nacional, relegar ao legislador um papel menos importante na criação do direito, ou mesmo limitar a cognição dos casos submetidos ao crivo do Judiciário, mas tem a missão de servir como um instrumento de coerência e racionalidade para o direito.

Com esse afã, o presente estudo traçará a forma de desenvolvimento da teoria do *stare decisis* na *Common Law*, para, posteriormente, apontar em que medida a teoria dos precedentes pode ajustar-se à *Civil Law*.

Noutro ponto, demonstraremos a necessária relação entre as teorias da norma e do ordenamento com a teoria dos precedentes normativos vinculantes, momento em que apontaremos o papel reconstrutivo do direito exercido pelo Poder Judiciário, por meio da atividade jurisdicional.

Ao final, concluiremos pela compatibilidade da teoria dos precedentes com a *Civil Law* e, por conseguinte, com a tradição jurídica brasileira, sem que com isso se queira apontar para uma necessária e inexorável superação das diferenças entre as grandes famílias do direito ocidental.

## **2. A tradição jurídica**

Afortunadamente, o homem é um animal político. A racionalidade e a capacidade de comunicação por meio da fala distinguem o *homo* dos demais seres vivos. Não bastasse isso, é o homem também um ser eminentemente social, que se aprimora pelo convívio em sociedade, do qual resultam as mais diversas relações.

Buscando o desenvolvimento das relações sociais, a pacificação social e o próprio progresso do indivíduo em suas faculdades do corpo e da mente, a sapiência humana entendeu por neces-

---

sária a regulação das interações dos indivíduos no campo social, daí exurgindo o direito, que também (num período pouco mais avançado) passa a ser compreendido como um instrumento necessário para o controle do poder.

Vê-se então que o direito é um produto notadamente cultural, que se desenvolve paulatinamente, de acordo com o estado da arte e das necessidades humanas, tendo por base a evolução social (e/ou das relações sociais)<sup>1</sup>.

Posto isso, pode-se dizer que o direito é um sistema jurídico artificial<sup>2</sup>, que tem por sustentáculo a cultura e a ideologia. É cultural (em sentido amplo), porque deve observar os costumes dos indivíduos, seus padrões de comportamentos, crenças e conhecimentos, uma vez que, mesmo sendo um produto artificial, paradoxalmente não se desenvolve (ou não poderia desenvolver-se) alheio à realidade social, pois que é justamente o instrumento que visa a regular os fatos. É também notadamente ideológico, visto que se desenvolve à luz de paradigmas filosóficos, políticos e institucionais, que permeiam a seara que ele visa a regular.

Com isso não se quer dizer, no entanto, que o direito não é apto a promover alterações de comportamentos na sociedade (como,

---

1 Tomando-se em conta o caráter social/cultural do direito, adoto aqui a conceituação (*lato sensu*) de Rosa Nery (apud ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 51-52); são suas palavras: “o direito apresenta sua relação estreita com a existência social do homem e se constitui, historicamente e pela opinião geral, como um conjunto de regras em conformidade às quais os homens ordenam entre si a conduta. Em síntese, o direito seria a invocação de tudo o que é reto, regular, normativo, ou seja, tudo aquilo que atende ao anseio de retidão, de justiça, de comando imperativo para um sentido bom e justo, e, com isso, desafia o conhecimento, despertando o espírito científico que possa realizá-lo”.

2 As ciências humanas, entre as quais está o direito, se desenvolvem e aprimoram na mente dos indivíduos, no campo das ideias, e é por isso que se pode dizer que o direito *cria* formas de regulação que não existem (materialmente) no mundo natural, mas que nele influem (por exemplo: não existe, no mundo dos fatos, um ordenamento jurídico). É a própria artificialidade do direito que permite o seu desenvolvimento, uma vez que, se fosse sempre certo, exato e estático, suas transformações decorreriam da natureza das coisas e não das percepções dos indivíduos sociais. Afirmando o caráter *artificial* do direito, esclarece Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 118) que “o essencial é que o positivismo jurídico permite reconhecer a artificialidade do direito e, portanto, a responsabilidade de todos aqueles que colaboram para a construção desse sistema artificial”.

por exemplo, a proteção e respeito às minorias e seus direitos<sup>3</sup>), mas apenas que deve ser ele dotado de uma *dupla coerência*: social (a prestigiar a realidade fática) e sistêmica (referente ao aspecto *interno* do ordenamento jurídico).

Acerca desta *dupla coerência*, esclarece a doutrina de Pugliese que:

[...] os ideais de *congruência social* e *consistência sistêmica* formam um modelo de dupla coerência. A expressão “coerência” pode ser compreendida em dois sentidos. O primeiro é o de integração de elementos sociais e culturais baseados em um padrão consistente de valores e na congruência de princípios ideológicos. O segundo é o de uma conexão ou interrelação sistêmica ou metódica quando governada por princípios lógicos. O ideal de dupla coerência leva em consideração esses dois sentidos. (PUGLIESE, 2016, p. 44).

Desse modo, o direito (por meio da legislação ou das decisões judiciais) deve possuir uma racionalidade substancial, no sentido de ser coerente com a cultura e a ideologia do meio social que regula, e uma racionalidade formal, entendida como a necessidade de haver compatibilidade entre as normas positivadas num dado ordenamento jurídico, e isso porque essa ideia garante resolução dos conflitos de acordo com os valores precípuos de uma sociedade (PUGLIESE, 2016, p. 44-45).

Não obstante, deve-se esclarecer que, em que pese não haver dúvidas de que o direito é uma manifestação da cultura e da ideologia, há uma espécie de cultura jurídica (um aspecto estrito da cultura, portanto), que é a tradição jurídica, sendo esta uma expressão de como se manifesta, compreende e desenvolve o direito num dado contexto jurídico-cultural.

---

3 Um exemplo disso, no direito brasileiro, foi o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do direito de homossexuais contraírem matrimônio à luz do direito civil, agindo assim de forma contramajoritária.

Assim, buscando uma conceituação precisa para o termo *tradição jurídica*, leciona Hermes Zaneti Jr.:

*Tradição é entendida aqui justamente como uma comunhão peculiar que permite falar de sistemas jurídicos muito diversos entre si (como o da França e o da Alemanha) como pertencentes ao mesmo grupo. Tradição, portanto, não se refere a um conjunto de regras de direito (sobre contratos, delitos etc.), servindo mais para identificar um conjunto de atitudes fundamentais, profundamente arraigadas, historicamente condicionadas, sobre a natureza do direito, sobre seu papel na sociedade e no corpo político, sobre as operações adequadas de um sistema legal, sobre a forma que se faz ou se deveria fazer, aplicar, estudar, realizar e ensinar o direito. Dessa forma, o estudo das tradições jurídicas 'coloca o sistema dentro da perspectiva cultural'. Seus efeitos são determinantes da maneira de pensar do jurista e devem ser assim encarados como sua matriz cultural, sua formação cultural. (ZANETI JR., 2016, p. 31).*

Destarte, se a tradição jurídica representa a matriz cultural do direito de determinado país e sistema jurídico, então é mais que evidente que não se pode pretender obstaculizar o desenvolvimento de uma tradição tão somente em decorrência de suas raízes, ou seja, não se pode negar, *per si*, a possibilidade de recepção cultural (ou intercâmbio cultural) de outros institutos advindos de outras tradições tão somente em razão de uma ficção jurídico-cultural, como se o direito fosse e devesse sempre ser visto de uma forma estanque, e apenas por pertencer uma vez e sempre a uma mesma família (ou tradição) do direito.

Fato é que, no mundo contemporâneo globalizado, há um nítido intercâmbio entre as tradições jurídicas, de modo que cada vez mais institutos de famílias *a priori* distintas, e aparentemente incompatíveis em seus moldes, passam a integrar sistemas jurídicos diversos dos quais se originaram (como o *habeas corpus* dos ingleses; o mandado de injunção português; a ação civil pública estadunidense – *class action*; o controle abstrato de constitucionalidade

---

austríaco, etc. – todos incorporados em nosso sistema jurídico, sem prejuízo algum de nossa tradição jurídica, ainda que alguns destes instrumentos tenham tido origem na *Common Law*).

Não obstante, é preciso que a incorporação dos elementos oriundos de tradições diversas seja viável, o que se verifica com a possibilidade de seu ajuste perante a *congruência social* e a *consistência sistêmica*, ou seja, deve ser compatível com os interesses sociais vigentes e com a lei fundamental (pedra angular da ordem jurídica), sem com isso desvirtuar, profundamente, o que se entende por direito (sua natureza, seu papel político e social) em seu contexto sócio-ideológico.

Consigne-se que essas considerações, acerca da recepção cultural de figuras pertencentes a outras tradições jurídicas, têm sua razão de ser, uma vez que o presente estudo visa, justamente, a defender a compatibilidade da teoria dos precedentes (originária da *Common Law*) com o sistema jurídico brasileiro (tradicionalmente pertencente à família de *Civil Law*).

Aliás, segundo bem pontua Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 36-37), “toda recepção é parte de um processo cultural geral”, e “toda recepção é uma reprodução criativa<sup>4</sup>”, isso significa que se recebem determinados institutos, figuras e instrumentos de acordo com as necessidades e demandas de uma dada sociedade, aplicando-se ao objeto da recepção os traços jurídico-culturais peculiares do sistema receptor (desde que decerto haja compatibilidade para assim proceder).

---

<sup>4</sup> Conforme Peter Häberle (apud ZANETI JR., 2016. p. 37, nota de rodapé n. 42) “a recepção se dá como uma reprodução criativa, para além do processo ativo e criador de fora (direito externo). Segue-se um processo recriador e não meramente passivo nos ordenamentos internos. *Prima facie*, poderíamos dizer que *recepção*, desde uma perspectiva puramente linguística, significa que um primeiro processo produtivo ativo e criador que surge no âmbito externo, segue outro processo passivo [interno] que é sempre recriador, sendo que às vezes uma mera recepção passiva se converte, após o decurso do tempo, em um fenômeno eminentemente criativo [original, portanto]”.

Feitas essas considerações iniciais acerca da natureza cultural e ideológica do direito, que decorrem da natureza humana (o que faz todo o sentido, pois que o direito regula as condutas sociais humanas), bem como lançados os apontamentos acerca do que se entende por tradição jurídica (vista como uma matriz cultural do direito), devemos prosseguir para a análise e caracterização das principais tradições jurídicas ocidentais (as famílias de *Civil Law* e *Common Law*), a fim de identificar seus pontos de convergências e dissonâncias.

## 2.1. As grandes tradições jurídicas ocidentais

A *tradição jurídica* representa o modo de cognição, formação, transmissão, ensinamento e compreensão do direito, ou seja, condiciona o que o direito efetivamente é e aquilo que também *deve ser* para determinada sociedade. Desse modo, indubitavelmente, a tradição jurídica também está relacionada à forma com que o direito se manifesta e surge, ou seja, também está ligada à teoria das fontes do direito.

Segundo Miguel Reale (2015, p. 140), podemos entender como *fontes do direito* “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”, que se desenvolve de acordo com uma estrutura de poder (REALE, 2015, p. 176).

Portanto, em que pese o direito ter como base a cultura e a ideologia, é necessário que um órgão legitimado pela *estrutura de poder* do Estado transforme o produto cultural (ou costumeiro) em direito, porque toda fonte de direito:

implica uma *estrutura normativa de poder*, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica) só ocorre em

---

virtude da interferência de um *centro de poder*, o qual, diante de um complexo de fatos e valores, opta por dada solução normativa com características de objetividade” (REALE, 2015, p. 141).

Assim, a fim de explicar como o direito se forma (e como identificá-lo), surgiram duas grandes famílias do direito: a de *Civil Law* e a de *Common Law*. A distinção entre essas duas tradições consiste basicamente no fato de que, para a primeira, o direito posto é o direito positivado pelo legislador, ou seja, o legislador escolhe do mundo cultural, costumeiro, ideológico e/ou moral aquelas regras elementares que devem ingressar no ordenamento jurídico e compor a estrutura jurídica; na tradição de *Common Law*, todavia, o direito se formou a partir dos casos e de sua interpretação pelos juízes e tribunais (com base nos costumes do *homem inglês*)<sup>5</sup>.

No entanto, conforme bem pontua Luiz Guilherme Marinoni:

[...] a codificação não pode explicar, por si só, a distinção entre o *common law* e o *civil law*. Não se pense que o *civil law* é caracterizado pelos Códigos e pela tentativa de completude da legislação, enquanto o *common law* tem uma característica exatamente contrária. O *common law* também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. *O que realmente varia do civil law para o common law é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los*. No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. *De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre civil law e com-*

---

5 Em sentido convergente, leciona Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 121) que se usa a expressão *common law* para significar um marcante contraste que existe entre os sistemas de *civil law* e de *common law*. Este contraste significa que nos sistemas de *common law* o direito é feito pelo juiz (*judge-made law*) e, nos sistemas de *civil law*, quem cria o direito é o Poder Legislativo.

---

*mon law, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código* (MARINONI, 2009, p. 30, grifo nosso).

A percepção sobre quais sejam os poderes interpretativos do juiz não é ponto meramente teórico, uma vez que, ao se reconhecer a capacidade de o Judiciário interpretar a lei e *reconstruir* o seu significado, abre-se caminho para o reconhecimento dos precedentes (ou da *jurisprudência*) como fonte do direito, o que confere maior margem de decidibilidade ao Poder Judiciário (para a tutela dos direitos). Dito isso, veremos qual a base teórica e ideológica que norteou (originariamente) as grandes tradições ocidentais do direito para uma maior ou menor confiabilidade no Poder Judiciário, e no que isso importa perante a ordem jurídica e, de igual modo, para a decidibilidade dos conflitos jurídicos.

### 2.1.1. A tradição de *Common Law*<sup>6</sup>

Como dito anteriormente, três são as principais distinções (originárias) entre as principais famílias (ou tradições) do direito ocidental: a) uma correspondente à fonte imediata de legitimidade do direito; b) outra pertinente ao modo de desenvolvimento do direito; c) e, por fim, outra atinente ao papel exercido pelo Poder Judiciário na ordem jurídica.

Na *Common Law*, sempre se reconheceu nos *costumes* uma fonte dotada de juridicidade imediata, daí que nesta tradição os costumes sempre têm valor jurídico perante a legislação e a interpretação do que o direito *é* ou *deve ser*. Tal percepção, do ponto de vista pragmático, parece ser a mais condizente com a natureza do direito, se vista e concebida como um produto *social e ideológico*, que deve ser dotado de *congruência social*. Mas não é tão simples.

---

6 Quando se diz “o” *Common Law*, faz-se referência aos costumes do *Englishman*, e quando se diz “a” *Common Law*, a menção é à família (ou tradição).

Dizer que o direito se confunde com os costumes seria o mesmo que dizer que o direito pode desenvolver-se fora de uma estrutura de poder, o que redundaria, num dado momento, na ocorrência de arbitrariedades e leviandades, além de se perder toda a potencialidade *deontológica* do direito – de influir na sociedade de forma positiva com o escopo de estabelecer um *dever ser*.

Por esta razão, na tradição de *Common Law* o direito costumeiro só passa a ser visto como dotado de juridicidade a partir do momento em que for *positivado* (pelo legislador) ou reconhecido pelos juízes e tribunais. Quer dizer, exige-se que um determinado comportamento costumeiro seja reconhecido pela estrutura de poder (Poderes do Estado) para que se lhe atribua a juridicidade, por meio do ingresso na ordem jurídica (na estrutura normativa).

Nesta vereda, afirmou-se que a tradição de *Common Law* tem por base os costumes em razão do fato de ser este direito não escrito a fonte imediata de legitimidade da criação das normas jurídicas (ao contrário da tradição de *Civil Law*, em que o direito é sempre escrito e a fonte de legitimidade inicial é sempre a constituição). Desse modo, é possível dizer que o *Common Law* é visto como a fonte de toda a autoridade governamental, tanto do Parlamento, quanto dos juízes em si, razão pela qual a lição de Estefânia Maria de Queiroz Barboza é no sentido de que:

[...] o *common law* seria, nessa dimensão, anterior à supremacia legislativa, que é por ele definida e regulamentada. É comum que esta afirmação se estenda às constituições ou documentos constitucionais escritos, no sentido de que estes também derivam do *common law*. Por exemplo, argumenta-se que se o Parlamento britânico vier a promulgar uma Constituição escrita, sua autoridade depende do Parlamento e, por conseguinte, deriva indiretamente da mesma Constituição não escrita do *common law*. (BARBOZA, 2014, p. 628).

Diante disso, fica evidenciado que na *Common Law* a potencialidade dos costumes como *fonte imediata* do direito se refere

---

ao fato de que são estes costumes arraigados na cultura social (e em sua percepção do que é o justo) que servem de *legitimação* para o direito, ou seja, servem como um limite ao poder do legislador e do próprio juiz, que não podem destoar do *Common Law* quando exercerem função criativa do direito, e isso porque o direito deriva dos costumes<sup>7</sup>.

Por essa razão, ainda nas origens da *Common Law*, já se reconhecia o poder do juiz de controlar a legitimidade dos atos estatais tomando como base, justamente, o direito costumeiro preexistente, e foi com supedâneo nessa visão que Coke (apud Marinoni) afirmou que:

[...] as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, e, quando isto não acontecer, são elas nulas e destituídas de eficácia. Foi dito em nossos livros que, em muitos casos, o *common law* controlará leis do parlamento e, algumas vezes, decidirá que são elas absolutamente destituídas de eficácia; de modo que, quando uma lei do parlamento é contrária ao direito e à razão comum, com eles incompatível ou impossível de ser executada, o *common law* a controlará e decidirá pela sua nulidade<sup>8</sup>. (MARINONI, 2009).

Ocorre que, se a fonte constitutiva do que é direito deriva dos costumes (do *Englishman*), então é preciso esclarecer que na

---

7 Tomando como parâmetro este quadro é que Marinoni (2009, p. 19) esclarece que “o magistrado inglês teve fundamental importância na consolidação do *common law* – daí se falar em *judge make law*. Não obstante, o poder do juiz era o de afirmar o *common law*, a qual se sobrepunha ao Legislativo, que, por isso, deveria atuar de modo a complementá-lo. (...) Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há, evidentemente, *direito preexistente com força normativa*, de modo que seria absurdo dizer que o juiz, nesse caso, cria um direito novo. Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia um *direito preexistente*, o direito costumeiro. [...]”. – Tal transcrição evidencia que na *Common Law* os costumes são vistos como fontes de legitimação (dotadas de força normativa) da criação do direito e do exercício do poder.

8 E complementa Marinoni (2009, p. 20) (com base na fala de Coke): “Vê-se, na referida decisão de Coke, o primeiro germe do controle de constitucionalidade das leis; e, assim, é possível daí também extrair a noção de que o poder judicial, no *common law* primitivo, era exercido mediante uma lógica semelhante a que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais.”

tradição de *Common Law* a ordem jurídica se desenvolve de forma paulatina, ou seja, a percepção do que é o direito (do lícito, do ilícito, do justo e do injusto) vai-se desenvolvendo de acordo com a interpretação dos costumes pelos juízes e tribunais, que assim têm a oportunidade de proceder por meio do *cases law* – sem embargo das criações legislativas, que, como dito, devem guardar similitude com o *Common Law*.

Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Daniel Mitidiero:

[...] o direito inglês forma-se a partir do caso e os precedentes o ilustram, servindo para explicar o Direito nas decisões judiciais, assumindo logo em seguida o papel de fonte auxiliar para o ensino jurídico. Essa prioridade do caso na formação do Direito – e, pois, do *método indutivo* de sua formação e de seu desenvolvimento – séculos mais tarde foi inclusive apontada como o grande ‘mérito’ do *Common Law*. (MITIDIERO, 2017, p. 29-30).

Assim, a *Common Law* desenvolveu uma adequada teoria dos precedentes, visando não apenas à construção do direito, mas também à existência de uma ordem jurídica segura, racional e coerente – e com isso se quer dizer que, por óbvio, a ideia de precedentes vinculantes (*stare decisis*) não surgiu juntamente com a tradição de *Common Law*, mas foi fruto de seu aperfeiçoamento<sup>9</sup>.

Nesse sentido, Daniel Mitidiero fala em três fases de aprimoramento da teoria dos precedentes na tradição de *Common Law*. São elas: *ilustrativa*, *persuasiva* e *vinculante*.

Num primeiro momento, via-se o direito consuetudinário como um direito já formado, e que, portanto, era apenas *declarado*

---

<sup>9</sup> De acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 30-31), “o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishman*. É imprescindível ter-se em mente que, muito embora o *common law* contemporâneo tenha configuração bem distinta e mais ampla daquele da antiguidade e que o *stare decisis* seja algo que faz parte da modernidade, não há como identificar o *common law* dos dias de hoje com o *stare decisis*”.

---

pelos juízes e tribunais. Desse modo, os precedentes apenas *ilustravam* o que, no mundo dos costumes do *Englishman*, possuía conteúdo dotado de juridicidade, ou seja, confundiam-se as *decisões* com *precedentes*.

Seja como for, “o *precedente ilustrativo* servia como um recurso demonstrativo do Direito que os juízes citavam em suas decisões – portanto, não funcionavam como *critérios* decisórios, como normas, mas sim como elementos oriundos da experiência judicial capazes de refletir o *Common Law*” (MITIDIERO, 2017, p. 30).

E diz mais Daniel Mitidiero:

É claro que subjacente a esse uso e registro do precedente encontra-se não só o *Case Law*, mas também a suposição de que o *Common Law* deve ser descoberto e *declarado* pelos juízes caso a caso a partir dos *costumes imemoriais* do homem inglês. Daí a razão pela qual desde as suas origens existe uma interconexão entre o *Case Law*, os precedentes e a teoria declaratória da jurisdição: supõe-se que o direito inglês é formado por costumes imemoriais e é evidenciado a partir do caso, cujo resultado é um precedente que apenas declara o *Common Law* preexistente [falava-se aqui em juízes *oracles of the Law*]. (MITIDIERO, 2017, p. 30-31).

Mais adiante, entre os séculos XVI e XVII, com o escopo de combater o absolutismo e o arbítrio decisório<sup>10</sup>, começou-se a reconhecer nos precedentes uma função persuasiva, no sentido de que as decisões judiciais anteriores deveriam servir como critério decisório dos casos futuros, desde que conformes ao *Common Law* (mantém-se, então, a noção de que o juiz exerce uma função declaratória do direito). Aqui há uma nítida evolução, visto que os precedentes não mais apenas ilustram o que é o direito consuetudinário, mas também servem como *elementos* que podem ser observados na solução jurídica dos casos posteriores.

---

10 Nesse sentido, afirma Duxbury (apud MITIDIERO, 2017, p. 31, nota de rodapé n. 40) que a justificação para “a passagem do precedente ilustrativo para o precedente persuasivo é política: constitui um modo de afirmação do Direito diante da pretensão absolutista do poder real”.

No entanto, foi dito que os precedentes, nesse quadro, possuem função meramente *persuasiva* pelo fato da ausência de vinculatividade da decisão (*rectius: ratio decidendi*) proferida no *caso* anterior em relação ao caso futuro (veja-se que, com isso, haverá uma nítida confusão entre exemplo e precedente), isso porque, na verdade:

[...] o *precedente persuasivo* não chegava a se constituir efetivamente uma *norma* propriamente dita, na medida em que estava nas mãos dos juízes posteriores, mesmo reconhecendo que o precedente se amoldava ao caso, negar a sua aplicação para a solução do caso. (MITIDIERO, 2017, p. 35).

Ou seja, exigia-se que o precedente persuadisse seu destinatário (ou melhor: o destinatário de sua aplicação), o que permitia ao juiz um amplo juízo de conveniência<sup>11</sup>.

Tomando como base esse quadro de incerteza do real significado e conteúdo do direito, Jeremy Bentham, na defesa da implantação do *regime dos códigos* na Inglaterra, tece severa crítica à teoria declaratória do direito consuetudinário preexistente, afirmando o seguinte:

O distinto grau de segurança do direito legislativo e do direito judiciário depende do fato de que enquanto é claramente estabelecida a fonte, e, portanto, o autor do primeiro, não é absolutamente possível individualizar a fonte e, portanto, o autor do segundo: pode-se, de fato, considerar o juiz como o autor da *common law*? Segundo Blackstone, o juiz está vinculado ao precedente, por ser este *rationabilis*. Mas, o que é essa racionalidade com base na qual o juiz decide se adota ou rejeita um

---

11 Segundo escólio de Hermes Zaneti Jr. e Alfredo Copetti Neto (2016), “*jurisprudência persuasiva* é o conjunto de decisões reiteradas do tribunal que, sem força normativa vinculante, orientam o julgador subseqüente em critérios possíveis de decisão, segundo seu convencimento subjetivo a respeito das razões adotadas. A doutrina chama estas decisões exemplificativas de precedentes persuasivos”. Os autores também ressaltam que essa visão meramente persuasiva dos precedentes corresponde ao paradigma *paleojusnaturalista*, marcada pelo personalismo e pela predominância do senso de justiça individual, o que culmina num modelo de justiça casuística.”

precedente? *Não se trata de um critério objetivo, mas de uma avaliação pessoal do juiz, a qual permite qualquer arbítrio.* Pretendem, assim, se limitar a descobrir o ‘verdadeiro direito’ que está por trás das sentenças constitutivas dos precedentes. Trata-se uma ficção intolerável. (BENTHAM, apud BOBBIO, 2006, p. 97, grifos nossos)

Portanto, a crítica de Bentham desconstruiu a noção de que os juízes exerciam função meramente *declaratória* do direito pre-existente, e isso por duas razões: a) não havia critérios objetivos para precisar o que era o direito vigente no âmbito costumeiro; b) não seria possível, então, a alteração dos precedentes quando houvesse equívoco judicial, visto que isso implicaria na noção de que o direito costumeiro não é de todo evidente, a ponto de lhe resultar apenas uma única interpretação possível (que deveria ter sido a declarada no caso anterior).

Passando-se, então, à noção de que os juízes e tribunais efetivamente *criam* o direito (ou ao menos reconstróem significados), foi necessária a reformulação da teoria dos precedentes, momento em que estes passaram a ser vistos como vinculantes, ou seja, como normas jurídicas – sobre a teoria dos precedentes normativos vinculantes falaremos adiante com mais vagar.

Lançados esses apontamentos, é possível concluir (parcialmente) no sentido de que a *Common Law* é a tradição jurídica que tem por base o direito consuetudinário (os costumes não escritos do homem inglês, no caso da Inglaterra), que se desenvolveu de acordo com os *cases*, que viabilizavam a devida interpretação e significação do direito pelos juízes e tribunais. Sendo assim, no afã de se evitar o arbítrio, sem com isso tolher o poder interpretativo ínsito à atividade jurisdicional, viu-se a necessidade do desenvolvimento de uma adequada teoria dos precedentes (que culminou no *stare decisis*), que, como visto, não se confunde com a *Common Law*.

---

### 2.1.2. A tradição de *Civil Law*

O direito é um produto notadamente ideológico e cultural, e é errôneo supor que no direito legislado os costumes (ou a cultura) são irrelevantes para a formação das leis que compõem o ordenamento jurídico.

A grande questão da distinção entre as tradições é que na *Common Law* (em suas origens, sobretudo) os costumes constituíam fonte imediata do direito, ou seja, os costumes significavam um direito preexistente que ingressava na estrutura jurídica a partir do legislador ou dos juízes (que são integrantes do centro de poder do Estado). No entanto, além disso, havia o entendimento de que os costumes (que é direito não escrito) serviam para controlar os atos do legislador – uma vez que nem mesmos os juízes poderiam decidir de forma contrária à *Common Law*.

Em *Civil Law* os costumes não têm um papel de controle dos atos de poder ou mesmo uma pretensão corretiva do direito posto pelo Estado (seja por meio do juiz ou do legislador), servindo apenas para apontar uma base material para a constituição do direito pelo Poder Legislativo. Aqui não impera o poder criativo do direito (para além da legislação) pelos juízes, assim como não têm os tribunais o poder de apontar o que o direito é ou *deveria ser* por conta do direito costumeiro preexistente<sup>12</sup>.

Na tradição romano-germânica, o direito não se desenvolve de acordo os *cases law*, mas principalmente por meio da legislação. Há uma aplicação um tanto que dedutiva/subsuntiva do direito. O direito positivo é criado por meio de *leis* postas pelo legis-

---

12 Em sentido contrário, e afirmando uma *aproximação entre Common Law e Civil Law* que perpassam a noção do direito escrito, assim leciona Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 630) (falando sobre os EUA e Canadá): “Deve-se ressaltar, deste modo, que o *poder constituinte originário* do povo não é ilimitado, eis que ele deve partir de uma Constituição não escrita de *common law*, ou seja, as constituições não escritas devem ser compreendidas a partir da perspectiva de uma teoria de um constitucionalismo não escrito. Esta ideia também está presente nos países com tradição no *civil law* que adotaram o constitucionalismo, na medida em que o poder constituinte não surge num vácuo histórico-cultural e também encontra limites.”

---

lador, de modo que todas essas leis estão contidas num ordenamento jurídico formalmente hierarquizado, sendo sua fonte primária constitutiva e legitimadora a Lei Fundamental (a Constituição), e não os costumes.

A Constituição escrita, promulgada de forma legítima no Estado de Direito, colhe dos costumes, da moral e da ideologia o material constitutivo elementar do conteúdo de seus textos normativos. Mas, note-se, não há uma subordinação da Constituição aos costumes preexistentes. A Constituição escrita não colhe seu pressuposto de validade de nenhuma norma outra, sendo ela mesma o fator fundamente de sua ordem jurídica.

A ideia da necessidade de positivação do direito em leis escritas deriva da vontade de potencial cognição do direito pelo povo, ou seja, da vontade de se *saber o que é e como identificar* o direito. A ideia do direito escrito surgiu em Roma com a edição da Lei das XII Tábuas<sup>13</sup> e, posteriormente (numa fase mais adiantada), continuou com o *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano, que objetivou ajuntar num corpo de leis (ou melhor, num código) o direito romano costumeiro.

Com a desintegração do Império Romano, coube à *Escola dos Glosadores* dar continuidade ao direito romano, ajustando-o às necessidades do medievo. Via-se no direito romano um importante instrumento político e econômico de regulação das relações jurídicas, sendo estas as principais razões que viabilizaram sua manutenção e desenvolvimento pelos glosadores.

Por muito tempo, após a queda de Roma, “o direito romano aplicado à prática vigorou como *direito comum* até a codificação, em cada um dos países que o adotaram, o que ocorreu, princi-

---

13 Ensina José Carlos Moreira Alves (2014, p. 25-26) que “a Lei das XII Tábuas, segundo a tradição, resultou da luta entre a plebe e o patriarcado. Um dos objetivos dos plebeus era o de acabar com a incerteza do direito por meio da elaboração de um código, o que viria refrear o arbítrio dos magistrados patrícios contra a plebe”.

palmente, no século XIX” (ALVES, 2014, p. 62). Assim, acerca do início e importância da Era dos Códigos, atesta Norberto Bobbio o seguinte:

São duas as codificações que tiveram uma influência fundamental no desenvolvimento de nossa cultura jurídica: a justiniana e a napoleônica. Na obra de Justiniano foi fundada a elaboração do direito comum romano na Idade Média e Moderna; o Código de Napoleão teve uma influência fundamental na legislação e no pensamento jurídico dos últimos dois séculos, porque os códigos de muitos países foram modelados com base nele. (BOBBIO, 2006, p. 63).

A ideia de um direito escrito e codificado tem como pano de fundo a necessidade de constituição de um direito seguro, igualitário e preciso. Com base nessas finalidades, a doutrina francesa, sustentada pela filosofia iluminista, começa a pregar o *positivismo legalista*, atestando que o direito se confunde com a lei, e que a lei é o direito posto pelo Estado-Legislador. Via-se no juiz uma figura tendenciosa e duvidosa, razão pela qual se sustentou a ideia de que a lei era clara, e sendo clara não necessitava ser interpretada, pois isto conduziria, inexoravelmente, ao arbítrio judicial/judiciário<sup>14</sup>.

Com base nesse quadro de coisas, Marinoni pontua que, na concepção legalista:

[...] a certeza do direito estaria na aplicação estrita da lei ou, bem vistas as coisas, na própria lei. Note-se que o *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Mas, imaginou que a lei seria suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos. (MARINONI, 2015, p. 51).

---

14 Georges Abboud (2015, p. 253-253) bem caracteriza o *positivismo legalista*, afirmando que “a principal característica do *positivismo legalista* é a equiparação do direito à lei. Esta equiparação pode ser pensada a partir do direito produzido por um corpo legislativo soberano (no caso francês) ou na perspectiva da lei formada segundo os padrões ditados pelos eruditos, professores de direito (caso alemão).

Portanto, o Código, inicialmente (nos idos da Revolução Francesa e com base na doutrina da Escola da Exegese), era um instrumento de fechamento do raciocínio judicial, o que redundou na perda ou mitigação da análise problemática dos casos, uma vez que o direito passou a se confundir com a lei e, portanto, a ser aplicado de forma mecanicista (obviamente, nem sequer se cogitava do poder do juiz de controlar a constitucionalidade das leis)<sup>15</sup>.

No entanto, como bem esclarece a abalizada doutrina de Henrique Garbellini Carnio:

A partir da *reviravolta linguística*, de alguma forma, toda a teoria do direito produzida no século XX parte do pressuposto inexorável de que a análise da linguagem – entendida como instância na qual se produzem significados e o sentido – é o ponto decisivo para a compreensão do fenômeno jurídico. Nessa medida, conforme Castanheira Neves, o direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem. (ABBOD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 215).

Desta feita, tomando-se o direito como linguagem, passa-se a reconhecer que os textos normativos contidos na lei não podem ser confundidos com a *norma*, e isso porque os *textos normativos* podem comportar múltiplas significações, principalmente quando na legislação são adotadas técnicas legislativas de signifi-

---

15 Acerca do *legalismo* (francês), assim se pronuncia Daniel Mitidiero (2017, p. 42): “A afirmação da supremacia da lei e do papel secundário assumido pela jurisprudência no direito francês – a ponto de ser em um dado momento expressamente vedada a possibilidade de os juízes interpretarem a lei – constituem frutos de um projeto cultural de superação do particularismo jurídico, da eliminação da *interpretatio* como atividade inerente ao poder do juiz e da promoção da segurança jurídica tão somente pelo legislador. Trata-se de pretensão cujo pressuposto teórico se encontra na afirmação do caráter meramente técnico-cognitivista da atividade dos juristas. A história da supremacia da lei, portanto, é sobretudo a história do encobrimento ideológico prático-valorativo da sua interpretação engendrado – por diferentes motivos – pela cultura jurídica francesa dos Seiscentos e Setecentos e lentamente desvelado pela cultura jurídica francesa dos Oitocentos.” (grifos nossos)

cação semanticamente mais aberta, como os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais<sup>16</sup>.

Destarte, o reconhecimento da *indeterminação*<sup>17</sup> do significado das normas desemboca no reconhecimento de que, por meio da atividade jurisdicional, o direito necessita ser *reconstruído*, o que, evidentemente, culmina no evidente compartilhamento de tarefas entre o legislador e o judiciário.

Nesta vereda, fica superada na tradição de *Civil Law* a ideia de que juízes não podem interpretar as leis, uma vez que o texto das leis é equívoco e não proporciona, *por si só*, o necessário entendimento do direito, ou do sentido do direito, daí a razão de tantos pronunciamentos jurisdicionais diversos acerca de um mesmo texto da lei, diante de uma hipótese fática semelhante.

Dito isso, veremos no próximo capítulo que o chamado *giro linguístico*, a partir do qual se reconheceu a *indeterminação* do direito, proporcionou (mesmo na *Civil Law*) uma necessária aproximação entre o legislador e o judiciário, de modo que a atividade jurisdicional passa a ser vista como *reconstrutiva* do significado das normas do ordenamento, sendo os precedentes, como se verá, meios para conferir coerência e racionalidade ao significado do direito.

---

16 Nesse sentido, ensina Humberto Ávila (2015, p. 50): “[...] *normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.”

17 Daniel Mitidiero (2017, p. 59) fala em *dúplice indeterminação do direito*. São suas palavras: “O direito é indeterminado, basicamente, por duas razões. Os *textos* em que vazado são equívocos e as *normas* são vagas. Os textos são equívocos porque ambíguos, complexos, implicativos, defectivos e, por vezes, se apresentam em termos exemplificativos ou taxativos. As normas são vagas porque não é possível antever exatamente quais são os fatos que recaem nos seus respectivos âmbitos.”

---

### 3. Ordenamento, jurisdição e precedentes

Há uma necessária relação entre o ordenamento jurídico, os precedentes judiciais e a atividade jurisdicional, e isso porque o ordenamento consiste em um conjunto de enunciados normativos que só faz sentido (dentro duma racionalidade jurídica) quando animado por meio da atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário. De igual modo, os precedentes vinculantes constituem o *modus* com que o ordenamento se mantém, em sua interpretação reconstrutiva, racional, seguro e coerente.

#### 3.1. A relação entre ordenamento e jurisdição

A construção de uma teoria, metodologicamente estruturada, acerca do ordenamento jurídico é obra de Norberto Bobbio, que o conceitua como um conjunto de normas, que se ordena estrutural e substancialmente de acordo com a *norma fundamental*<sup>18</sup>.

Segundo a teoria do Mestre de Turim, o ordenamento jurídico é dotado de algumas características distintivas, que viabilizam sua operacionalidade, como a *unidade*, a *coerência* e a (pretensão de) *completitude*.

A ideia de *unidade* do ordenamento toma em conta que a pluralidade de normas jurídicas, não se situando sempre no mesmo plano hierárquico, deve ser vista e analisada na conjuntura

---

18 Diz o Mestre que “uma coerente teoria do ordenamento jurídico e a teoria da norma fundamental são indissociáveis” (BOBBIO, 2014, p. 45). E continua: “então, diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer a pertinência de uma norma ao ordenamento, em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*. Não somente, portanto, a exigência da *unidade* do ordenamento, mas também a exigência de fundamentar a validade do ordenamento nos induz a postular a norma fundamental, a qual é ao mesmo tempo o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento [...]. No que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que, se isso é um problema, não é mais um problema jurídico, isto é, trata-se de um problema cuja solução deva ser buscada fora do sistema jurídico, quer dizer, fora daquele sistema que, para ser fundado, requer seja postulada a norma fundamental.” (BOBBIO, 2014, p. 68-69).

---

do todo, de forma sistemática, devendo existir uma interligação, ainda que indireta, entre os diversos enunciados positivados.

Em se tratando de uma unidade jurídico-sistêmica, o ordenamento deve ser *coerente*, ou seja, deve haver compatibilidade entre suas normas, de modo que não haja contrariedade/contraditoriedade entre as disposições normativas nele contidas<sup>19</sup>.

Além disso, há no ordenamento a pretensão de completitude, que nada mais é que a propriedade em razão da qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso:

[...] um ordenamento é completo quando um juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída *do sistema*, o que numa definição mais técnica significa dizer que um ordenamento é completo quando nunca se verifica uma situação na qual não se possa demonstrar a pertinência *nem* de uma determinada norma *nem* de sua norma contraditória. Se quisermos especificar, a *incompletude* consiste no fato de que *o sistema* não compreende *nem* a norma que proíbe um determinado comportamento *nem* a norma que o permite. (BOBBIO, 2014, p. 113).

---

19 Acerca do *postulado de coerência* (visto como uma *metanorma*, que condiciona a aplicação de outras normas – o que é um posicionamento que, a meu sentir, complementa a tese de Norberto Bobbio, uma vez que demonstra que a coerência não é vista como uma característica que deve ser observada pelo legislador apenas, mas que deve ser perseguida pelo intérprete/aplicador do direito), Humberto Ávila (2015, p. 169-170) traça indelévels precisões: “a conexão de sentido ou a relação de dependência entre as normas é um reconhecido postulado hermenêutico: trata-se de uma condição de possibilidade do conhecimento a ser necessariamente preenchida na interpretação de textos normativos. A coerência é tanto um critério de relação entre dois elementos como uma propriedade resultante dessa mesma relação. Qualifica-se como coerente a relação que preenche requisitos formais e substanciais. Daí falar-se em coerência formal e coerência material. Coerência formal está ligada à noção de consistência e completude. Coerência substancial está relacionada à conexão positiva de sentido. [...] Consistência significa ausência de contradição: um conjunto de proposições é consistente se não contém, ao mesmo tempo, uma proposição e sua negação. Completude significa a relação de cada elemento com o restante do sistema, em termos de integridade (o conjunto de proposições contém todos os elementos e suas negações) e de coesão inferencial (o conjunto de proposições contém suas próprias consequências lógicas)”.

Tais características elementares do ordenamento jurídico – que não precisam estar positivadas em lugar algum, uma vez que decorrem da própria noção estrutural do ordenamento – servem de indicativo ao legislador, e de dever (de concretização) ao Judiciário, e isso porque ao legislador cabe promulgar textos normativos que não contrariem (em todos os seus sentidos semânticos) as disposições constitucionais, ao passo que ao Judiciário cabe, no exercício da atividade jurisdicional, a *concretização* das características elementares (unidade, coerência, completude) do ordenamento, por meio da *reconstrução* do significado dos textos normativos.

Nesta vereda, leciona Daniel Mitidiero:

Se o direito é duplamente indeterminado e a sua densificação depende da interpretação que é dada pela jurisdição, então a tônica na legislação não basta para guiar os comportamentos sociais. Sendo a interpretação uma atividade adscritiva de sentido, é preciso que o direito seja visto como o produto de uma relação dinâmica e cooperativa que se estabelece entre a legislação, a doutrina e a jurisdição. Daí que a orientação de comportamentos que o direito tem o dever de oferecer tem a sua tônica deslocada – da legislação para a jurisdição. (MITIDIERO, 2017, p. 74).

De igual modo, não é outro o entendimento esposado por Marinoni:

O fato de o Poder Legislativo ofertar apenas documentos normativos, em que se encontram os dispositivos, os textos dotados de autoridade, mas não ainda as *normas*, evidencia o fato de a *norma jurídica* não constituir mais o *objeto*, consubstanciando-se antes no resultado da interpretação. Dito de outro modo, o discurso do legislativo depende necessariamente do discurso judicial para promoção do império do direito. A relação existente entre esses poderes é de *colaboração*. [...]. A jurisdição diferencia-se da legislação não mais por ter que aplicar a norma por essa criada, mas por colaborar com a *realização do direito*

mediante a justificação de suas *decisões interpretativas* diante de um determinado caso concreto. E essa fundamentação tem de apresentar determinadas características para ser considerada adequada no Estado Constitucional. Essa tem de ser racional, sob pena de não ser intersubjetivamente controlável, e tem de ser fruto do contraditório, sob pena de não ser democraticamente aceitável. (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2016, p. 116).

Daí se pode inferir, acertadamente, que o processo de interpretação/aplicação do direito passa por, ao menos, dois estágios muito bem identificados. Num primeiro momento, o legislador estabelece textos normativos, que são um ponto de partida para o intérprete; e, num segundo momento, a atividade jurisdicional reconstrói o significado dos enunciados postos pelo legislador, interpretando e aplicando o direito.

É possível afirmar que a atividade jurisdicional não apenas desempenha a tutela (subjéctiva) dos direitos controvertidos em juízo, mas também viabiliza, concretamente, a atuação dos elementos caracterizadores do ordenamento jurídico. Assim, não é o ordenamento jurídico que, por si só, é uno e coerente, tendo-se em conta a dúptice indeterminação do direito – que permite a existência de *sentidos normativos* opostos em um mesmo texto normativo antes de ser reconstruído interpretativamente de modo devido –, mas é a atividade jurisdicional, por meio da interpretação judicial do direito, que faz com que esse conjunto de normas possa ser visto e entendido de forma unitária/integral e coerente.

Assim, há de se concordar com Daniel Mitidiero quando atesta que, por meio da atividade jurisdicional (sobretudo a dos Tribunais Superiores), presta-se uma *dupla dimensão de tutela*, no sentido de que:

[...] a tutela que o processo civil se propõe a promover, no entanto, está longe de ter uma *dimensão puramente particular* – como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas razões

elaboradas pelos juízes em suas decisões. Por isso, a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção de direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes, mediante decisão justa e, em sendo o caso, sua adequada efetivação (dimensão particular da tutela dos direitos), também visa a propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes judiciais (*dimensão geral da tutela dos direitos*). Tratar os casos com justiça e servir à unidade do direito são duas formas de dar tutela aos direitos a que se encontra teleologicamente vinculado o processo civil no Estado Constitucional. (MITIDIERO, 2014, p. 27-28, grifos do autor)<sup>20</sup>.

Evidentemente, não é possível cogitar que o Judiciário possa concretizar/reconstruir adequadamente o direito posto (concretizar adequadamente quer dizer de modo sistêmico, coerente e efetivo) quando, em sua própria estrutura, se permite que interpretações diametralmente opostas deem significações (diversas) aos enunciados normativos, diante de um contexto fático semelhante – o que me parece, com clareza meridional, ferir de morte a ideia de que o direito é racional e coerente.

Deixa-se claro que, como bem diz Marinoni:

[...] por direito coerente, entende-se principalmente direito judicial coerente. É absurdo desejar legislação clara e coerente e não prestar atenção ao local em que a coerência é mais importante. O direito produzido pelos juízes, quando fragmentado, constitui sinal aberto à insegurança jurídica e obstáculo ao desenvolvimento da sociedade. Coerência do direito e segurança jurídica, assim, são aspectos que se completam. Porém, a coerência do direito e a segurança jurídica não convivem num sistema em que o

---

20 Ainda com Mitidiero (2017, p. 75), em complemento, afirma-se o seguinte: “Uma das disposições centrais do Novo Código de Processo Civil é sem dúvida alguma o artigo 926. Ao lado do artigo 6º, esse dispositivo encarna as duas dimensões da tutela dos direitos: viabilizar em tempo razoável a prolação de uma decisão de mérito justa e efetiva (dimensão particular da tutela dos direitos) e promover a unidade do direito mediante uma ordem jurídica segura, livre e igualitária (dimensão geral da tutela dos direitos). Se adequadamente lidos, ambos os dispositivos fornecem uma precisa chave de leitura para o novo processo civil brasileiro.”

Estado pode produzir normas jurídicas desiguais para situações iguais. (MARINONI, 2016, p. 314).

E é nesse ponto que se revela interessante e necessária a implementação da teoria dos precedentes normativos vinculantes. Se a unidade e a coerência do direito dependem de uma interpretação judicial una e coerente com a sistemática jurídica em voga, então é claro que esta interpretação judicial não pode variar imotivadamente, dando significações diversas ao mesmo dispositivo legal diante de uma semelhante situação fática.

Se, por um lado, reconhecer que os textos normativos possuem múltiplos sentidos normativos, dentro do contexto sistemático do ordenamento e do quadro social por ele regulado, implica assentir que cabe ao Judiciário, por meio da atividade interpretativa, reconstruir os sentidos dos textos, não apenas a fim de ajustá-los à sociedade, mas também de conceder coerência, previsibilidade e racionalidade ao direito, por outro lado é necessário reconhecer que a interpretação de tais sentidos normativos, a partir da interpretação dos enunciados diante de uma situação de fato, operada (sobretudo) pelas Cortes Supremas, deve ser considerada como vinculante, sob pena de a interpretação do direito, e por conseguinte a sua própria significação, variar imoderadamente em razão do subjetivismo judicial.

Posto isso, o sistema de precedentes, em nossa tradição ao menos, não é visto como uma forma de criação irrestrita do direito, mas de *densificar sentidos normativos* de textos dotados de plurivocidade semântica. Os precedentes servem, aqui, para conferir racionalidade à interpretação do direito, consistindo, então, numa inovação substancial (conteudística) do ordenamento, e não numa inovação formal da ordem jurídica – ou seja, não se insere o precedente na estrutura escalonada do ordenamento, de modo que este não sobrepuja à lei, mas também não pode ser pelo intérprete ignorado, uma vez que é o precedente que

concede o adequado sentido ao texto normativo, nos limites de sua *ratio decidendi*.

A questão é que, como há inúmeras possibilidades de interpretação do sentido normativo de determinados enunciados normativos diante de casos idênticos/semelhantes, é necessário que, por coerência da ordem jurídica, se adote uma racional teoria dos precedentes normativos, constituindo um filtro de subjetivismo, que é possível quando a Corte Suprema (STF/STJ), possuidora de legitimidade constitucional para dizer o sentido do direito, delimita o campo interpretativo, densificando-o.

Nesse passo, e por todo o exposto, é mister conceituar o que se entende por *precedentes*, a saber, são o “resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas” (ZANETTI JR., 2016, p. 304).

Os precedentes, assim, constituem um *modus* de estabelecer o adequado sentido normativo das normas jurídicas, e no motivo determinante (*ratio decidendi*) do precedente é que consta, pela construção argumentativa, *como* se conseguiu chegar à construção de determinada norma jurídica diante de certo contexto fático – o que certamente culminará num fechamento interpretativo em face das inúmeras possibilidades interpretativas hauridas de enunciados porosos e, por vezes, dotados de indeterminabilidade de sentido (*per se*).

### 3.2. A legitimidade (constitucional) dos precedentes

Esclarecidos os fundamentos da teoria dos precedentes, que, como dito, é a necessidade de atribuição de um sentido vinculativo às densificações normativas operadas pelas Cortes Supremas diante de uma situação de fato, o que torna possível, verdadeira-

mente, um direito unitário e coerente<sup>21</sup>, se faz necessário agora realizar um apontamento acerca da legitimidade dos precedentes na ordem jurídica em voga<sup>22</sup>.

A adoção de uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes causou certo espanto em parte da doutrina nacional, que, calcada em alguns fetiches da *Civil Law* tradicional, aponta uma série de inconstitucionalidades (aparentes) ao novo paradigma reconhecido, principalmente, pelo Código de Processo Civil de 2015.

Primeiramente, antes de adentrar o mérito da questão, é preciso dizer que nenhuma mudança de paradigma ocorre do dia para a noite. Assim, o emplacar da teoria dos precedentes no Brasil é fruto do desenvolvimento paulatino de uma percepção sobre a significação do direito e sobre o papel do próprio Poder Judiciário na reconstrução de sentido do direito.

Se o direito é um produto notadamente cultural e ideológico (como foi dito desde a primeira linha deste artigo), então não se pode negar que o próprio desenvolvimento da significação do direito pode variar, com o tempo, numa determinada ordem jurídico-social, conforme a evolução operada na sociedade ou na comunidade jurídica.

---

21 Uma breve precisão: o ordenamento jurídico formal (escrito) é o conjunto de proposições normativas (textos normativos), e deve ser interpretado de forma coerente, unitária e com a pretensão de completude. O ordenamento formal, por si só, não possui tais características, de modo que são elas um indicativo de concretização ao intérprete, isto é, cabe ao Judiciário realizar/concretizar, por meio da atividade jurisdicional interpretativa, tais elementos do ordenamento, reconstruindo, então, a significação dos textos, a fim de viabilizar um direito sistemático e coerente. Os precedentes constituem o *modo* com que esta reconstrução de sentido passa a ser dotada de eficácia vinculante, permitindo a racionalidade do direito (e garantindo a segurança jurídica).

22 Não é o objetivo do presente trabalho lavrar estudo extenso acerca da legitimidade dos precedentes, muito embora a resposta para tal questão já possa ser alcançada de forma intuitiva diante de tudo o que se disse. Não obstante, em razão das críticas lançadas à teoria do sistema brasileiro de precedentes, tal tema não pode ser ignorado, razão pela qual será feita breve exposição sobre o assunto, mas sem a pretensão de esgotar todos os pontos da polêmica.

Tal mudança de paradigma (ou de significação de determinados enunciados) pode dar-se até no âmbito da própria Lei Fundamental (como nos casos de mutação constitucional, por exemplo), o que nos remete à ideia de *Constituição Viva*, que “se desenvolve, se modifica ao longo do tempo e se adapta a novas circunstâncias sociais sem necessidade de ser formalmente emendada” (BARBOZA, 2014, p. 644).

Obviamente, no entanto, estas guinadas de significação por alteração da percepção do direito, ou de consideráveis mudanças sociais, políticas e econômicas, devem guardar reverência ao texto constitucional, não podendo contrariá-lo em suas significações possíveis, ao menos não sem negar que a força normativa da constituição sucumbe ante os fatores reais *de poder* (Lassale), com o que não concordamos.

Dito isso, é preciso reconhecer que a eficácia vinculante dos precedentes decorre de uma alteração na percepção do que seria um direito racional e coerente, bem como do papel desincumbido pelo Judiciário na interpretação da ordem jurídica. Tal alteração de percepção em nada contraria a Constituição de 1988, a qual até mesmo atribui às Cortes Supremas o dever de interpretar a significação das normas constitucionais (STF, art.102 da CF) e infraconstitucionais (STJ, art. 105 da CF). E, num sistema judiciário escalonado, não haveria sentido conferir o poder de interpretar o direito às Cortes Superiores, para que depois os demais juízos pudessem simplesmente ignorar o trabalho interpretativo de tais Cortes Supremas.

Aliás, as mudanças formais na Constituição, em anos passados, demonstram que se caminhava para a eficácia vinculante dos precedentes, porquanto cada vez mais se vinha conferindo às Cortes Supremas o papel não apenas de interpretar, mas também de vincular (no âmbito da eficácia das decisões) os demais tribunais, o que se vê com as súmulas vinculantes, incidentes de resolução de demandas repetitivas, repercussão geral dos julgados, controle

incidental de constitucionalidade, reclamação para preservar autoridade das decisões, e agora o ponto culminante, que é o reconhecimento da vinculatividade horizontal e vertical<sup>23</sup> das razões de decidir (com base na coerência e racionalidade do direito).

Feitas essas considerações, não nos parece acertada esta crítica de Georges Abboud:

A vinculação de uma decisão aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator deve estar prevista *expressamente* na CF, sob pena de violação à garantia constitucional da *independência funcional* dos magistrados e à *separação funcional de poderes*. Vale lembrar que até mesmo os enunciados editados ou as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato pela mais alta corte do país precisaram de previsão constitucional expressa que lhes atribuisse efeito vinculante. Dessa forma, mais necessário ainda é o permissivo constitucional que confira efeito vinculante às decisões/enunciados do STJ e dos demais tribunais da Federação. (ABBOUD; SANTOS, 2015, p. 859).

Noutro ponto ainda mais extremado está a opinião de Nelson Nery (POMBO, 2016), para quem a teoria dos precedentes vinculantes, tal como posta no Brasil, é inconstitucional, uma vez que possibilita ao Judiciário legislar, além de padecer de inconstitucionalidade formal, ante a ausência de autorização expressa da Constituição, e de ampliar as competências dos Tribunais Superiores, o que só pode ser feito por emenda constitucional.

Tais críticas, *permissa venia*, são fruto de uma irreflexão sobre a teoria dos precedentes. Pois dizer que o Judiciário, ao interpretar, está legislando é um total desatino. Não há, com o precedente, nenhuma inovação formal da ordem jurídica, o que se faz é tão somente densificar sentidos normativos de textos diante de

---

23 Segundo Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 307-308, notas de rodapé 49 e 50), “por vinculação horizontal deve-se entender a vinculação do próprio tribunal e dos seus órgãos de decisão aos seus próprios precedentes. Por vinculação vertical entendemos a vinculação aos precedentes de hierarquia institucional superior”.

determinada situação fática, concedendo a esta densificação eficácia vinculante<sup>24</sup> (no âmbito do Judiciário), ou seja, não se está retira do legislador o poder de legislar, nem tampouco prepondera o precedente sobre o texto da lei.

Aliás, como bem pontua Daniel Mitidiero:

[...] a força vinculante do precedente judicial não depende de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A vinculação ao precedente, portanto, resulta da consideração do *ordenamento jurídico como um todo* e, especialmente, do valor que deve ser dado à *igualdade* e à *segurança jurídica*. Isso quer dizer que *a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinado direito positivo eventualmente reconhece eficácia normativa geral às razões que se encontram à base de certas decisões judiciais*. (MITIDIERO, 2014, p. 688, grifos do autor).

Portanto, dizer que a inexistência de uma (tautológica) determinação constitucional expressa que afirme a vinculação dos precedentes, no âmbito do próprio Poder Judiciário (ao menos), produz a inconstitucionalidade do reconhecimento da vinculatividade dos precedentes normativos é algo um tanto que inusitado, pois essa vinculatividade decorre da própria noção de que a norma é o produto da interpretação e de que o direito deve ser racional e coerente, portanto nada mais lógico que o dever de

---

24 Sobre o efeito vinculante (em sentido estrito), leciona Eduardo Talamini (2014, p. 688) que “a força vinculante concerne à imposição de que uma dada decisão judicial seja obrigatoriamente observada e aplicada por outros órgãos estatais à generalidade das pessoas. A vinculação não se põe diretamente em face dos particulares. No entanto, a decisão com eficácia vinculante repercute indiretamente sobre eles. Uma vez que todos os órgãos estatais aplicadores do direito estão submetidos à força vinculante, toda disputa, conflito, dúvida que envolva a questão jurídica atingida pela força vinculante e que os particulares submetam àqueles órgãos terá de ser decidida em conformidade com a solução adotada pela decisão revestida de eficácia vinculante”. Com isso se quer dizer o seguinte: os efeitos vinculantes não são dotados de força *erga omnes*; vinculam apenas, de regra, os demais órgãos jurisdicionais (a vinculatividade da administração pública exige emenda constitucional, de modo que, aí, os precedentes têm eficácia meramente persuasiva).

observância das interpretações (operativas) lançadas pelas Cortes Supremas acerca da significação de determinados dispositivos diante de certas hipóteses de fato.

Aliás, se é verdade que não há uma determinação constitucional expressa no sentido de que os precedentes devem ser dotados de eficácia vinculante, também é verdade que não há nenhum indicativo na Constituição de que tal teoria é com ela incompatível. Antes disso, o que tem acontecido nos últimos anos é, justamente, um avanço em direção ao reconhecimento da teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.

Ademais, é preciso dizer que interpretar o direito de forma analítica/sistemática é o mesmo que reconhecer que, de certo modo, a própria legislação infraconstitucional, quando compatível com a lei fundamental, lhe complementa o sentido. Esta é a lição do insigne Humberto Ávila:

O relacionamento vertical entre as normas (normas constitucionais e normas infraconstitucionais, por exemplo) deve ser apresentado de tal forma que o conteúdo de sentido da norma inferior deve ser aquele que ‘mais intensamente’ corresponder ao conteúdo de sentido da norma superior. O relacionamento horizontal entre as normas (princípios constitucionais mais gerais e princípios constitucionais mais específicos ou princípios e regras constitucionais, por exemplo) deve ser compreendido de modo que o conteúdo normativo da norma mais específica constitua precisamente uma ‘melhor especificação’ da norma mais geral. Nas duas hipóteses, porém, deve ficar claro que as normas superiores e inferiores e as normas gerais e as mais específicas atuam simultaneamente umas sobre as outras; o conteúdo da norma inferior deve corresponder ao conteúdo da norma superior, assim e ao mesmo tempo que o conteúdo da norma superior deve exteriorizar-se pelo conteúdo da norma inferior; e o conteúdo da norma mais específica deve corresponder ao conteúdo da norma mais geral, assim e ao mesmo tempo que o conteúdo da norma mais geral deve exteriorizar-se pelo conteúdo da norma

---

mais específica. A eficácia, em vez de unidirecional, é recíproca. (ÁVILA, 2015, p. 170-171).

Posto isso, devemos concluir que, se a Constituição diz que ao Judiciário cabe a interpretação do direito e às Cortes Supremas a guarda da Constituição (STF) e a conferência de sentido ao direito infraconstitucional (STJ), então não se pode atestar aí que haja uma incompatibilidade/inconstitucionalidade da teoria dos precedentes com as determinações constitucionais. A percepção de que os precedentes normativos significam um fechamento ao arbítrio decisório e possibilitam maior coerência e racionalidade ao direito caminha alinhada com as disposições constitucionais. O que houve com o Código de Processo Civil de 2015, portanto, foi apenas um reconhecimento formal da eficácia vinculante dos precedentes, havendo uma guinada paradigmática na forma de conceber o direito, guinada essa que operou verdadeira mutação constitucional no papel do Judiciário, das Cortes Supremas e da força dos precedentes.

Por outro lado, *ad argumentandum tantum*, é preciso enfatizar que conceder eficácia vinculante ao precedente é um modo de racionalizar a interpretação do direito, e não se confunde com a atividade legislativa. Para deixar este ponto muito bem esclarecido é que Hermes Zaneti Jr. e Carlos Frederico Bastos Pereira acentuam:

A criação da norma – geral e abstrata – é e continuará sendo uma prática privativa do Poder Legislativo, uma vez respeitado dentro do devido procedimento legislativo o aspecto formal, consistente na liberdade de conformação do legislador no âmbito de sua discricionariedade estrutural, e o aspecto material, correspondente à proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais no âmbito de sua discricionariedade epistêmica. Por sua vez, a reconstrução da norma – geral e concreta – é tarefa ínsita à atividade jurisdicional em razão da impossibilidade de ser criada uma norma a partir do nada, do vácuo normativo, do vazio textual, devendo o Poder Judiciário reconstruir os significados normativos de acordo com a

Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e a tradição jurídica. (ZANETI JR.; PEREIRA, 2016).

Por fim, mas sem a pretensão de esgotar a discussão, a afirmativa de que a concessão de efeitos vinculantes às decisões das Cortes Supremas ocasiona um aumento de competência desses tribunais, o que, por conseguinte, exigiria alteração formal da constituição, também nos parece equivocada. De fato, bem vistas as coisas, não há criação de competência alguma, mas apenas o reconhecimento de que a eficácia das decisões possuem efeitos vinculantes, e tal poder, como visto, é ínsito à ideia de uma ordem jurídica una e coerente.

Por essas razões, ainda que singelamente apresentadas, entendemos que as críticas dirigidas ao sistema brasileiro de precedentes não merecem prosperar.

#### **4. A compatibilidade da teoria dos precedentes com a *Civil Law*: uma aproximação entre as tradições?**

Considerando o que se disse em linhas pretéritas, já se pode intuir a compatibilidade do sistema de precedentes com a tradição jurídica de *Civil Law* (*lato sensu*), bem como com a tradição jurídica brasileira (*stricto sensu*).

No entanto, é pertinente enfatizar o porquê desta compatibilização, para que posteriormente se possa perquirir eventual aproximação entre as grandes tradições jurídicas, ou até mesmo indagar se ainda há razão na distinção entre os modelos de *Civil Law* e *Common Law*.

No que se refere à compatibilização do sistema de precedentes com a tradição de *Civil Law*, o que se viu, talvez até exhaustivamente, é que muito embora a ideia de precedentes tenha surgido na *Common Law*, tal instrumento interpretativo não é inato à *Com-*

---

*mon Law*, tendo sido desenvolvido no direito inglês (e americano) como uma forma de conferir segurança jurídica e racionalidade ao direito, isso porque a ideia de que havia um direito preexistente (costumes) nitidamente identificável se mostrou, por reiteradas vezes, errônea; de igual modo, quando se começou a perceber, nos países de *Civil Law*, que não bastava bradar a vinculação do juiz à lei ante a notória indeterminação do significado do direito, e verificada a visível plêiade de sentidos normativos hauridos da interpretação unitária do direito (ou até mesmo de um dado dispositivo), então aí também se reconheceu que era preciso adotar um método de racionalidade interpretativa do direito, e é nesse ponto que interessa a teoria dos precedentes.

Os precedentes, como visto, não se confundem com a lei, nem preponderam sobre a lei. A vinculatividade dos precedentes é apenas um meio de concretizar, no mundo jurídico, os elementos de unidade e coerência do ordenamento jurídico. O legislador põe os textos, e a jurisdição lhes concede significação sistemática, a partir dos casos surgidos, de modo que a jurisdição reconstrói a significação da ordem jurídica a partir dos casos. E, como as Cortes Supremas são cortes de interpretação, cabe-lhes definir, em última instância, a significação do direito.

A teoria dos precedentes vinculantes pode ser vista e entendida, deste modo, como uma forma de fechamento ao arbítrio decisório e de coerência e racionalidade do direito, além de um *modus* de fortalecimento da igualdade e da segurança jurídica – e isso em nada é incompatível com a tradição jurídica brasileira, nem com a *Civil Law* (ao menos contemporaneamente).

Assim, é preciso reconhecer que ambas as tradições jurídicas vêm se aprimorando e desenvolvendo com o passar dos séculos (e não poderia deixar de ser diferente), de modo que a *Civil Law* de hoje já não necessariamente precisa ser vista e reconhecida como uma tradição que prega a interpretação mecanicista

do direito pelo juiz (formalismo interpretativo), ou que compreende que a norma está claramente delineada nos textos de lei. Pensamos que estes pontos são apenas para a história, e já estão superados no debate.

Assim, percebendo a nova roupagem dos tempos modernos acerca das tradições jurídicas, arremata Rodolfo de Camargo Mancuso:

Hoje não se pode afirmar, peremptoriamente, que no *common law* o precedente judiciário reina absoluto, sem restrições ou condicionamentos, como também não se pode afirmar que no *civil law* a norma legal reina soberana, afastadas outras fontes jurígenas. Em verdade, em cada qual dessas famílias o parâmetro valorativo dos atos e condutas é tomado em termos de *predominância*, e não de exclusividade, sendo cada vez mais evidente o ambiente de aproximação e integração. Assim é que no *common law* a norma legal beneficia de prestígio crescente, ao passo que no *civil law* é o precedente judiciário que vai galgando espaços cada vez mais generosos e expressivos. (MANCUSO, 2014).

Postas estas considerações (com o fito de esclarecimento), convém lembrar quais as principais distinções (originárias) entre as grandes famílias do direito ocidental. São elas: a) a fonte fundamental do direito; b) a forma de desenvolvimento do direito; c) o papel exercido pelo magistrado diante do direito.

Destarte, em *Common Law*, como visto, a Constituição não é necessariamente escrita, mas sempre (escrita ou não) deve ela guardar similitude com a *Common Law* (ou seja, com os costumes e ideais do povo/sociedade); também foi dito que nesta tradição o direito se desenvolve a partir dos casos, de forma indutiva, portanto; e que nunca se pretendeu negar o poder interpretativo do juiz, tendo o sistema de precedentes surgido apenas para racionalizar o direito e conferir maior segurança jurídica ao cidadão/jurisdicionado.

Em *Civil Law*, como foi antes explicado, a fonte fundamental da ordem jurídica é a constituição escrita, e tal norma fundamen-

tal não possui, segundo a doutrina majoritária, nenhuma fonte outra da qual deve colher seu pressuposto de validade; aqui a formação e o desenvolvimento do direito se dá, de regra, de forma dedutiva, sendo as grandes mudanças operadas por meio do legislador (foi até mesmo necessário o agir do legislador para fazer operar o óbvio, que é a eficácia vinculante dos precedentes); por fim, os juízes, originariamente, deviam se limitar a realizar atividades mecanicistas acerca da aplicação do direito, mas com o advento do giro linguístico, e do reconhecimento da indeterminação dos textos normativos, tal visão foi superada.

Pintado este cenário, a indagação a ser respondida é a seguinte: o reconhecimento da possibilidade de aplicação da teoria dos precedentes na *Civil Law* faz cair por terra a distinção entre as famílias, ou por si só, ao menos, opera uma inexorável aproximação entre elas? – O questionamento é relevante, pois serve para identificar a tradição jurídica brasileira, bem como para apontar a compatibilidade ou não da teoria dos precedentes com a *Civil Law*, uma vez que, se tão somente em razão da teoria dos precedentes restar superada a dicotomia, então não haverá outra alternativa senão a negativa de compatibilidade entre *Civil Law* e sistema de precedentes, já que este culminaria na transmutação da tradição jurídica por si só.

Nesse passo, entendemos que apenas reconhecer a doutrina do *stare decisis* (à brasileira) não implica uma necessária aproximação entre as tradições clássicas, nem tampouco tem o condão de fazer cessar as distinções entre as famílias. Aqui há, e isso não se nega, a queda, talvez, de um dos baluartes da distinção entre as tradições, no que se refere ao papel do Poder Judiciário perante a ordem jurídica, que passa a ser o de interpretar o direito e reconstruir significações na ordem jurídica, concretizando os elementos de unidade e coerência caracterizadores do ordenamento jurídico, como já descrevia Bobbio<sup>25</sup>.

---

25 Aliás, acentua Riccardo Guastini (apud MITIDIERO, 2017, p. 22, nota de rodapé n. 5) que “o direito só alcança a sua condição sistemática a partir da interpretação. Isso quer dizer que

Não obstante, distinções nevrálgicas ainda imperam entre a família de *Civil Law* e a de *Common Law*, sobretudo quanto ao modo de criação e desenvolvimento do direito, o que não passou despercebido a Diogo Bacha e Silva:

Parece assente na teoria do direito que a grande diferença entre os sistemas jurídicos reside no raciocínio jurídico. No *common law* há uma forma de ver o direito a partir da casuística, do caso concreto, do método indutivo. Um raciocínio *from case to case*, como diz Thomas Bustamante. De outro lado, o direito civil [*civil law*] está ligado ao raciocínio dedutivo, silogístico que parte da universalização das regras jurídicas de comportamento.

Em certa medida, há a utilização de raciocínio indutivo no *civil law* e também há utilização de raciocínio dedutivo no *common law*. A questão primordial é que há uma autonomia metodológica em cada um dos sistemas jurídicos aptos a se diferenciarem internamente. (SILVA, 2014, p. 486).<sup>26</sup>.

Assim, se é certo que o direito posto é reconstruído pela atividade jurisdicional, e, portanto, tal reconstrução só se pode operar na medida em que os fatos chegam à análise do Judiciário, também é certo dizer, e sem incorrer em contradição, que o legislador põe no mundo jurídico uma análise apriorística de solução e regulação dos casos e da vida em sociedade, e, a partir deste material, o Judiciário apenas confere significação a tais textos diante das variadas hipóteses fáticas e dos variados sentidos normativos que um texto pode conter (sobretudo se considerado o direito em sua sistemática), quando diante de contextos plúrimos.

Assim, na *Civil Law* o direito não é criado a partir do caso, mas apenas aperfeiçoado/reconstruído a partir do caso, sendo esta a

---

o Direito é ordenável pela atividade interpretativa dos juristas. Daí a razão pela qual Mauro Barberis acertadamente observa que o direito é apenas *metaforicamente* sistemático”.

26 Com base em tais premissas, Mancuso (2014, p. 23) salienta que “o sistema de *civil law* deve ser compreendido não mais com o apego exclusivo à letra da lei, e sim através do novo enfoque do princípio da legalidade, que é o da lei enquanto compreendida pelos tribunais”.

distinção sensível entre as famílias, que recai na forma de conceber o desenvolvimento do direito.

De igual modo, Willian Pugliese elucida que a identificação/aplicação da *ratio decidendi* (e, portanto, do precedente) é diversa nas famílias jurídicas ocidentais:

[...] o método de identificação de *ratio decidendi* cunhado pela *common law* não se revela compatível com a tradição civilista. O juiz de um sistema romano-germânico não pode buscar a solução dos litígios apenas nos fatos. Sua principal referência deve ser a lei. (PUGLIESE, 2016, p. 83).

Nesse passo, entendemos que a tradição jurídica de *Civil Law* é totalmente compatível com o sistema de precedentes, tendo havido, aqui, verdadeira recepção criativa do direito alienígena, ou seja, a incorporação de um instrumento do direito comparado, com os ajustes peculiares à sua devida aplicação.

Com isso fica demonstrado que os países de *Civil Law*<sup>27</sup> foram capazes de adaptar a teoria dos precedentes para respeitar a sua própria tradição, que é a interpretação das leis. Assim, conforme diz Pugliese:

É [...] viável manter a tradição de *civil law*, aplicando a lei aos casos, mas ainda assim cultivar uma cultura precedentalista. Esta prática pode ser atingida a se seguir a tese de Schauer, no sentido de que os precedentes, ao interpretar uma lei, confere-lhe materialidade. (PUGLIESE, 2016, p. 90).

Deste modo, tomando-se em conta todo o exposto, é preciso reconhecer que os precedentes normativos se compatibilizam com a tradição de *Civil Law*, uma vez que também aqui servem como

---

27 Segundo Pugliese (2016, p. 89), “a França é o único país que não adota precedentes como um critério relevante para a interpretação das leis”.

instrumento idôneo de fechamento do arbítrio e de conferência de racionalidade e coerência ao ordenamento jurídico. Não obstante, não se pode dizer que a adoção do sistema de precedentes, por si só, elide todas as distinções existentes entre as famílias ocidentais do direito.

E sim, a nosso entender, o Brasil pertence à família de *Civil Law*, em que pese ter adotado diversos instrumentos, institutos e figuras de países de *Common Law*. A recepção, no entanto, é sempre (ou no mais das vezes) criativa, ajustando o objeto de recepção às necessidades e peculiaridades de nosso sistema, que é preponderantemente de *Civil Law*.

## 5. Considerações finais

Neste artigo foi tratada a temática dos precedentes normativos formalmente vinculantes, com o escopo de perquirir sua compatibilidade com a tradição jurídica brasileira.

Buscou-se identificar as principais distinções entre as famílias do direito ocidental, bem como pormenorizar a forma com que a teoria dos precedentes surgiu na tradição de *Common Law*, para logo após estender seus tentáculos à família romano-germânica, com vistas à construção de uma ordem jurídica mais segura, coerente e racional.

É com base nesses pilares que o sistema de precedentes se sustenta, uma vez que importa como os juízes decidem os casos; não basta repercutir a vinculação do juiz à legislação quando se possui uma ordem jurídica dotada de indeterminação semântica e textos prenhos de múltiplas significações, quer diante de uma mesma hipótese fática, quer diante de quadros fáticos diversos, de modo que, então, os precedentes vinculantes servem aqui como verdadeiro instrumento de fechamento ao arbítrio ou

dubiedade interpretativa, potencializando a concretização de um ordenamento jurídico sistematicamente unitário e coerente, como já havia previsto Norberto Bobbio, ainda que não com toda esta extensão de raciocínio funcional.

Mais adiante, afirmou-se que o sistema de precedentes normativos vinculantes é compatível com a tradição de *Civil Law*, pois não elide o respeito e submissão à legislação, servindo tão somente como instrumento de racionalidade de interpretação e reconstrução do direito. Ao que dissemos também que o advento de uma teoria dos precedentes na *Civil Law* não elimina as principais distinções entre as grandes famílias do direito ocidental.

Assim, pensamos ter cumprido todos os objetivos propostos no âmbito desta instigante temática, mas sem a pretensão de esgotamento do tema, o que não seria possível ante sua complexidade e extensão.

Numa palavra final, é preciso dizer que as conclusões deste trabalho permitem demonstrar o alinhamento e compatibilidade do sistema brasileiro de precedentes não apenas com a nossa tradição jurídica, mas também com a nossa lei fundamental, o que é de suma relevância, pois a partir deste ponto uma notável mudança de paradigma começa a se operar.

## 6. Referências

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ABBOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16. ed. São Paulo: Forense, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Common Law e Civil Law: aproximações para além de uma constituição escrita. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro*. Organização do Estado e dos Poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. A Relevância Prática do Positivismo Jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes*. Natureza, eficácia e operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica Entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo Civil. Vol. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. Da persuasão à vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

POMBO, Bárbara. “Núcleo duro do novo CPC é inconstitucional”, diz jurista. *Jota*. 20 dez. 2016. Disponível em: < [https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect\\_to=//www.jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-20122016](https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-20122016)>. Acesso em: 21 jan. 2019.

PRAVATO, Felipe. Os Precedentes Normativos e o Papel do Supremo Tribunal Federal. In: SIMPÓSIO DE PROCESSO CIVIL DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 1., 2017, Curitiba.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Diogo Bacha e. A Valorização dos Precedentes e o Distanciamento entre os Sistemas de Civil Law e Common Law. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TALAMINI, Eduardo. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro*. Organização do Estado e dos Poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ZANETI JR., Hermes; NETO, Alfredo Copetti. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. *Derecho y Cambio Social*, ano 13, n. 46, 2016.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 257, p. 371-388, jul.

ZANETI JR., Hermes. Teoria da Decisão Judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 259, p. 21-53, set., 2016.

Artigo recebido em: 22/8/2018

Artigo aprovado em: 27/9/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190007

