

# De Jure

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

Bráulio Lisboa Lopes  
Danilo Gavião Avelino de Mello  
Danyele da Silva Machado  
Davidson Alessandro Miranda  
Ismael Fernando Poli Villas Boas Junior  
João Gaspar Rodrigues  
Letícia Athayde Santos de Carvalho  
Naiany Leonor Andrade  
Normelia Miranda  
Tatiana Marcellini Gherardi

# 33



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. 33, jul./dez. 2019. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /  
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2019.

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 multidisciplinary, 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 Língua 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 Ana Letícia Martins de Souza  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

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 Marcos Pereira Anjo Coutinho, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

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

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida, Doutor  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Doutor  
(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. 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)  
Prof. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)

Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)  
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)  
Prof. Dr. 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)  
Prof. 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)  
Profa. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Prof. Dr. Rosemíro 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  
Vinícius Amaral Fernandes (estagiário)

#### **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. Dr. Charley Teixeira Chaves (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)  
Profa. Me. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)  
Me. Dermeval Farias Gomes Filho (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)  
Profa. Isabela Gerbelli Garbin Ramanzini (Universidade Federal de Uberlândia, Brasil)  
Me. Leonardo Barreto Moreira Alves (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Lucas Rogerio Sella Fatala (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Márcio Soares Berclaz (Ministério Público do Estado do Paraná, Brasil)  
Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Marco Aurélio Nogueira (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Robson Renault Godinho (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. Vitor Burgo (Fundação Getúlio Vargas, Brasil)

### 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 Ana Leticia Martins de Souza  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

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 Marcos Pereira Anjo Coutinho, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

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

Minas Gerais State Prosecutor Renato Franco de Almeida, PhD  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho, PhD  
(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 Itaúna, 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)

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 Maria 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)  
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)  
Prof. Rosemíro 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  
Vinícius Amaral Fernandes (intern)

#### **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. Charley Teixeira Chaves, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)  
Dermeval Farias Gomes Filho, MA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)  
Prof. Isabela Gerbelli Garbín Ramanzini (Universidade Federal de Uberlândia, Brazil)  
Leonardo Barreto Moreira Alves, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)  
Lucas Rogerio Sella Fatala (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Marco Aurélio Nogueira, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Robson Renault Godinho, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Vitor Burgo, PhD (Fundação Getúlio Vargas, Brazil)

# PREFÁCIO

Chegamos à 33ª edição com muita disposição para apresentar à comunidade jurídica artigos que, cuidadosamente selecionados, falam da perene missão da Revista De Jure – Revista Jurídica do Estado de Minas Gerais: a missão de disseminar conhecimento. Assim é que este periódico compromete-se a veicular o Direito por meio de artigos dos variados ramos jurídicos.

Composta por artigos relacionados às áreas de Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito Processual Constitucional e Direito Administrativo, a presente edição prossegue firme no propósito de fomentar o pensamento e o debate jurídico. Por meio de artigos doutrinários das mencionadas áreas do Direito, a presente publicação traz importantes informações sobre o negócio jurídico, as interceptações telefônicas, à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, a tortura, a terceirização da atividade fim no âmbito da Administração Pública, a inclusão escolar de pessoas com necessidades especiais

e o respeito ao contraditório e ao devido processo constitucional.

Ressaltando que o sucesso da Revista De Jure deve-se à colaboração de todos aqueles que nos honram com o envio de artigos, concluímos esta breve apresentação convidando os interessados a fazerem seu cadastro no portal da revista, cujo link apresenta-se abaixo:

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

Sem mais, orgulhamo-nos de oferecer mais uma primorosa edição.

**Edson Ribeiro Baeta**

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

# APRESENTAÇÃO

**C**aros leitores, a Revista De Jure, sempre empenhada em oferecer material de qualidade para referência e consulta, chega – orgulhosamente – à sua 33ª edição.

Assim voltada a disponibilizar material que auxilie atividades profissionais e acadêmicas, a presente edição conta com abordagens e análises jurídicas dignas de enriquecer o inesgotável manancial destinado às pesquisas.

Valendo-se de artigos que ultrapassaram a criteriosa barreira de detidas avaliações editoriais, todas as informações veiculadas por esta edição são fruto da análise de questões formais, bem como de questões atinentes à relevância de cada um dos textos publicados.

Finalmente, reiteramos o convite para que autores continuem contribuindo com o envio de artigos jurídicos e de outras áreas correlatas. É esta participação o que reforça a posição de nosso periódico como legítimo espaço de divulgação de boas ideias.

**Antônio Sérgio Tonet**

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

# COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

## **BRÁULIO LISBOA LOPES**

Advogado da União. Professor do Centro Universitário Newton Paiva. Doutorando em Direito. Mestre em Direito.

## **DANILO GAVIÃO AVELINO DE MELLO**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

## **DANYELE DA SILVA MACHADO**

Advogada.

## **DAVIDSON ALESSANDRO MIRANDA**

Professor da Fundação de Administração Tecnológica.

## **ISMAEL FERNANDO POLI VILLAS BOAS JUNIOR**

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduando em Direito pela Damásio Educacional.

## **JOÃO GASPAR RODRIGUES**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ.

## **LETÍCIA ATHAYDE SANTOS DE CARVALHO**

Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Pós-graduanda em Direito pela Faculdade Única.

## **NAIANY LEONOR ANDRADE**

Bacharelanda em Direito pela Universidade Tiradentes.

## **NORMELIA MIRANDA**

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

## **TATIANA MARCELLINI GHERARDI**

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduanda em Administração Pública pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Bacharelanda em Letras pela Universidade Federal de Minas Gerais.

# SUMÁRIO

**18 - 46**

Artigo

**A PARTICIPAÇÃO DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO NA  
INCLUSÃO ESCOLAR DOS SURDOS**

THE PARTICIPATION OF PUBLIC PROSECUTORS  
IN THE SCHOOL INCLUSION OF THE DEAF

TATIANA MARCELLINI GHERARDI

**48 - 65**

Artigo

**A VEDAÇÃO DA DECISÃO-SURPRESA  
COMO FORMA DE GARANTIR O  
EFETIVO CONTRADITÓRIO  
E RESPEITAR O DEVIDO  
PROCESSO CONSTITUCIONAL**

THE CLOSURE OF THE SURPRISE DECISION AS A WAY TO  
GUARANTEE THE EFFECTIVE CONTRADICTORY  
AND RESPECT THE DUE CONSTITUTIONAL PROCESS

NORMELIA MIRANDA

LETÍCIA ATHAYDE SANTOS DE CARVALHO

**67 - 88**

Artigo

**DA VALIDADE DO ENCONTRO  
FORTUITO DE PROVAS NAS  
INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS  
CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

THE VALIDITY OF THE FORTUITOUS FINDING OUT OF EVIDENCE  
ON THE TELEPHONE INTERCEPTIONS ACCORDING TO THE  
JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

DANILO GAVIÃO AVELINO DE MELLO

**90 - 113**

Artigo

**NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL  
COMO ESTRATÉGIA DE CELERIDADE**

BUSINESS PROCEDURAL LAW AS A STRATEGY FOR CELERY

DAVIDSON ALESSANDRO MIRANDA

NAIANY LEONOR ANDRADE

**115 - 152**

Artigo

**O REGIME DE TRANSIÇÃO DO  
ARTIGO 23 DA LINDB  
ASPECTOS MATERIAIS,  
PROCESSUAIS E A RELAÇÃO  
COM O PROCESSO ESTRUTURAL**

THE TRANSITION REGIME OF ARTICLE 23 OF THE LINDB  
MATERIAL AND PROCEDURAL ASPECTS AND RELATIONSHIP WITH  
THE STRUCTURAL INJUNCTIONS

ISMAEL FERNANDO POLI VILLAS BOAS JUNIOR

**154 - 184**

Artigo

**TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE  
FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:  
CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS  
PRIVADOS POR ENTES PÚBLICOS  
COM PROCURADORIAS PRÓPRIAS**

OUTSOURCING OF CORE ACTIVITIES IN PUBLIC ADMINISTRATION:  
HIRING OF PRIVATE ATTORNEYS  
BY PUBLIC ENTITIES THAT HAS ATTORNEYSHIP

BRÁULIO LISBOA LOPES

DANYELE DA SILVA MACHADO

**186 - 233**  
Artigo

**TORTURA E A  
DIGNIDADE HUMANA EM RUÍNAS**

TORTURE AND HUMAN DIGNITY IN RUINS

JOÃO GASPAR RODRIGUES

**18 - 46**

Artigo

**A PARTICIPAÇÃO DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO NA  
INCLUSÃO ESCOLAR DOS SURDOS**

TATIANA MARCELLINI GHERARDI

# A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INCLUSÃO ESCOLAR DOS SURDOS

THE PARTICIPATION OF PUBLIC PROSECUTORS  
IN THE SCHOOL INCLUSION OF THE DEAF

TATIANA MARCELLINI GHERARDI

Promotora De Justiça  
Ministério Público Do Estado De Minas Gerais, Brasil  
tatimarcellini@mpmg.mp.br

**RESUMO:** Este trabalho pretende fazer uma breve reflexão sobre a atuação do Ministério Público na inclusão escolar dos surdos no Brasil. Para tanto, inicialmente discorre sobre os mitos e verdades sobre os surdos, assim como a evolução da sua educação, até a aprovação de uma legislação específica sobre o reconhecimento de uma língua própria da comunidade surda – LIBRAS (Língua Brasileira de Sinais). Apresenta-se, ainda, a discussão sobre a inclusão escolar dos surdos, em contraposição à escola de surdos, convidando o Ministério Público não só a conhecer o debate, como também a elaborar políticas de atuação na defesa da inclusão escolar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inclusão escolar dos surdos; esboço histórico; atuação do Ministério Público.

**ABSTRACT:** The present work aims at providing a brief reflection on the performance of the Public Prosecution with regard to inclusive education for deaf learners in Brazil. To this end, it initially discourses on the myths and truths about deaf people, as well as the evolution of their education, until the approval of the specific legislation on the acknowledgement of a proper language of the deaf community - LIBRAS (Brazilian Sign Language). The present work also presents a discussion on the inclusive education for deaf learners, as opposed to Deaf Schools, inviting the Public Prosecution not only to be aware of the debate, but also to formulate policies of performance in defense of inclusive education.

**KEYWORDS:** Inclusive education for deaf learners; historical outline; the performance of the Public Prosecution.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Mitos e Verdades sobre os surdos e sua língua; 3. Evolução da educação dos surdos ao longo da História; 3.1. A educação dos surdos no Brasil; 3.2. Histórico da Proteção Legal dos Surdos; 4. O fundamento constitucional e ético da participação do Ministério Público na inclusão escolar dos surdos; 4.1. Desafios da atuação do Ministério Público na inclusão escolar dos surdos; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1. Introdução

Na língua portuguesa, é comum a distinção entre *língua* e *linguagem*. A linguagem pode ser conceituada como qualquer forma de comunicação, permitindo-se, inclusive, sua associação às comunidades não-humanas, como as abelhas, por exemplo.

A linguagem, assim, é toda forma de transmissão (sonora, visual, etc) de uma informação. No exemplo das abelhas, a transmissão da informação da existência de alimentos umas às outras pode ser caracterizada como linguagem, mas não como língua.

Enquanto a linguagem é definida como qualquer forma de comunicação ou de interação com o mundo exterior, a língua, por sua vez, caracteriza-se como um conjunto de sinais, palavras e expressões, estruturado conforme algumas regras. É a partir desse conjunto de regras que uma determinada comunidade humana, ainda que com algumas variações (dialetos), estrutura seus pensamentos e comunica sentimentos e emoções.

A língua se organiza a partir de alguns níveis: fonológico (sons das palavras ou dos parâmetros das línguas de sinais), morfológico (formação das palavras ou dos sinais), sintático (relação das palavras ou dos sinais em uma frase) e semântico (significado das palavras e dos textos).

Essa distinção entre língua e linguagem é muito importante para o estudo da forma de comunicação dos surdos, pois durante muito tempo acreditou-se que a interação da comunidade surda com o mundo exterior se dava apenas a partir da “linguagem de mãos ou de gestos”.

Ao contrário da criança ouvinte, que adquire a língua oral em contato com outros falantes dessa mesma língua, a criança surda, sobretudo aquela filha de pais surdos, adquire essa capacidade de interação com o mundo exterior pelos olhos e com o uso das mãos e do corpo.

Assim, é preciso compreender, antes de mais nada, que a língua de sinais utilizada pela comunidade surda é uma língua natural, evidentemente com características diferentes das línguas de ouvintes, mas capaz de possibilitar o mesmo nível de interação e abstração de uma língua oral-auditiva.

---

A seguir, abordaremos alguns mitos sobre a língua de sinais e a educação de surdos, perpassando pela história do desenvolvimento da educação dos surdos no mundo e, particularmente, no Brasil, para, então, desenvolver a ideia da necessidade da maior participação do Ministério Público na efetiva inclusão escolar dos surdos no país.

Antes, porém, necessário esclarecer que esse estudo é fruto do interesse desenvolvido a partir da leitura de textos e discussões em fóruns da disciplina Fundamentos de Libras, ministrada pelo Departamento de Libras, no curso de Letras da Universidade Federal de Minas Gerais.

## **2. Mitos e verdades sobre os surdos e sua língua**

Antes do esboço histórico sobre a educação dos surdos no Brasil e no mundo, é preciso desmistificar alguns fatos erroneamente propagados.

Em primeiro lugar, como já esclarecido na seção anterior, os surdos não se comunicam através de uma “linguagem”, mas sim de uma **LÍNGUA**. No caso do Brasil, trata-se da Libras (Língua Brasileira de Sinais), com características semelhantes às línguas orais, delas diferenciando-se pela utilização das mãos e percepção por meio da visão.

Nesse ponto, é também necessário esclarecer que não se trata de uma língua universal, compreendida por todos os surdos mundialmente. Cada comunidade surda desenvolveu ou pode desenvolver a sua própria língua. Nos Estados Unidos, há inúmeras pesquisas sobre a **ASL** (*American Signs Language*), assim como na França em relação à **LFS** (*Langue Française des Signes*). Aliás, mesmo no interior de uma comunidade surda que se comunique através de uma mesma língua de sinais podem ocorrer variações linguísticas (há sinais/parâmetros utilizados em Minas Gerais que não correspondem à mesma palavra no Paraná, por exemplo).

---

Uma vez definida a natureza linguística da língua de sinais, é forçoso também reconhecer, ao contrário do que se imagina, que essas línguas não expressam apenas informações concretas, mas também, assim como as línguas orais-aditivas (Português, Inglês, Francês, etc) pensamentos e abstrações com o mesmo grau de complexidade.

Além disso, importante esclarecer que nem todo surdo é mudo, embora historicamente tenham recebido a denominação surdos-mudos. Os surdos não apresentam nenhum comprometimento do aparelho que compreende os lábios, a língua e a laringe. É possível, portanto, que aprendam a falar.

Outro mito bastante difundido é aquele segundo o qual as línguas de sinais seriam capazes apenas de transmitir pensamentos concretos, mas não abstratos ou genéricos. Se uma criança adquirir a língua de sinais na infância, ela poderá desenvolver normalmente sua cognição, pois terá como interagir com as pessoas e seu meio.

No entanto, poucas são as crianças surdas que têm acesso a uma língua. Por óbvio, dada a ausência de audibilidade, elas não têm acesso à língua oral e, por consequência, à fala. Da mesma forma, sendo poucas as crianças não ouvintes oriundas de famílias surdas, também não têm acesso à língua de sinais, o que muito retarda o seu desenvolvimento cognitivo. E ainda, quase não existem projetos que garantam o contato das crianças surdas com a comunidade de falantes da Libras.

Ao contrário do que se pensa, os surdos captam, através da leitura labial, apenas entre 30% a 40% do que é falado. Mesmo assim, em condições ideais, após aprendizagem. Por isso, a maior parte do que é apreendido chega até eles por meio de deduções e inferências.

A língua de sinais não é composta apenas de gestos que se assemelham a mímicas. Muito além disso, essas línguas possuem uma estrutura gramatical complexa, na qual unidades menores (fonemas/quiremas) se combinam com outras unidades maiores

para formarem sentenças/frases. Essa estrutura complexa pode ser vista em todos os níveis linguísticos, como antecipado: fonologia, morfologia, semântica e sintaxe.

Por essa razão, as línguas de sinais são independentes e não se confundem com as línguas orais dos países em que são faladas. Libras é diferente do português, assim como ASL não se confunde com o inglês.

Por fim, deve ser afastada a ideia equivocada de que as línguas de sinais seriam línguas primitivas em comparação às línguas orais-auditivas. As línguas de sinais apresentam o mesmo grau de complexidade das demais línguas e podem expressar os mais abstratos pensamentos. Ademais, desempenham importante papel no desenvolvimento cognitivo da criança.

No mesmo sentido, Bernardino *et alli*:

Além de compreendermos a Libras como língua ‘natural’ que se desenvolve pelas necessidades comunicativas dos surdos, podemos também pensar na função cognitiva que essa língua vai desempenhar para as pessoas surdas. As línguas humanas possibilitam o desenvolvimento de certos tipos de pensamento (abstração, generalização, etc) que não seriam possíveis por meio de outras linguagens. Nesse sentido, a língua de sinais possibilita aos surdos o desenvolvimento de funções superiores do pensamento. Podemos então compreender que, além das funções sociais e comunicativas, a língua de sinais também possui a função cognitiva, proporcionando ao surdo a sua cognição na infância.

### **3. A evolução da educação dos surdos ao longo da história**

Segundo Moores (1978), durante a Antiguidade e por quase toda a Idade Média, os surdos eram considerados imbecis, não educáveis. A parca bibliografia sobre o assunto nos informa sobre curas milagrosas e inexplicáveis.

Somente a partir do século XVI é que propostas de cunho pedagógico surgem a favor dos surdos e que se vislumbra a possibilidade do desenvolvimento do seu pensamento e comunicação com o mundo ao redor.

O primeiro professor de surdos é citado como sendo o espanhol Pedro Ponce de Leon (1520-1584), um monge beneditino, que ensinava seus alunos surdos, filhos de aristocratas e famílias influentes, no mosteiro de San Salvador, na província de Burgos, na Espanha.

A educação oferecida aos surdos por Ponce de Leon enfatizava não só a fala, mas também a língua escrita. A partir de um alfabeto digital, as crianças aprendiam a soletrar letra por letra, correlacionando as palavras com os conceitos.

A partir dessa abordagem educacional e do reconhecimento da possibilidade de educação dos surdos, surgem algumas propostas pedagógicas, ainda vigentes até hoje.

A primeira, o oralismo (século XVIII), propõe que a pessoa surda adquira apenas a língua oral, de forma a se integrar plenamente na comunidade ouvinte. Essa abordagem considera que o surdo é um “doente” capaz de ser reabilitado, desde que aprenda a língua oral e supere a sua surdez.

Segundo Lacerda,

Os proponentes menos tolerantes pretendiam reprimir tudo o que fizesse recordar que os surdos não poderiam falar como os ouvintes. Impuseram a oralização para que os surdos fossem aceitos socialmente e, nesse processo, deixava-se a imensa maioria dos surdos de fora de toda a possibilidade educativa, de toda a possibilidade de desenvolvimento social e de integração na sociedade, obrigando-os a se organizar de forma quase clandestina.

A segunda, capitaneada pelos chamados gestualistas, ao contrário dos oralistas, não enfatizava a fala do surdo, mas percebia uma forma de comunicação gestual desenvolvida naturalmente pelos surdos. O representante mais importante dessa abordagem pedagógica foi o abade francês Charles M. De L'Épée.

O abade De L'Épée passou a observar a forma como os surdos se comunicavam e constatou que a comunicação se apoiava no canal viso-gestual, dando origem, assim, ao método francês de educação dos surdos. Esse método utilizava a linguagem de sinais da comunidade dos surdos, próxima da língua francesa, os chamados sinais metódicos (uma combinação da língua de sinais com a gramática francesa). Tal abordagem gestualista também defendia que os educadores deveriam aprender os sinais utilizados pelos surdos e, a partir disso, ensinar a eles a língua falada. Essa abordagem representou um grande avanço na educação dos surdos, como destaca Lacerda:

Para De L'Épée, a linguagem de sinais é concebida como a língua natural dos surdos e como veículo adequado para desenvolver o pensamento e sua comunicação. Para ele, o domínio de uma língua, oral ou gestual, é concebido como um instrumento para o sucesso de seus objetivos e não como um fim em si mesmo. Ele tinha claras a diferença entre linguagem e fala e a necessidade de um desenvolvimento pleno de linguagem para o desenvolvimento normal dos sujeitos.

Em contraposição ao método utilizado pelo abade francês, a escola alemã, liderada por Heinicke, defendia o oralismo, pois segundo ele o pensamento só era possível através da língua oral. A ênfase, portanto, era no aprendizado da fala pelo surdo, com o uso de próteses e implantes, por exemplo. Essa abordagem foi a que prevaleceu no Congresso realizado em Milão, em 1880, influenciando a educação de surdos no mundo todo, inclusive a América Latina, durante quase um século.

Esse método oralista se apoia em uma visão clínica-terapêutica da surdez, contrapondo-se a um modelo sócio-antropológico de educação dos surdos. Para esse modelo, segundo Skliar (1997):

o surdo é uma pessoa que não ouve e, portanto, não fala. É definido por suas características negativas; a educação se converte em terapêutica, o objetivo do currículo escolar é dar ao sujeito o que lhe falta: a audição, e seu derivado: a fala. Os surdos são considerados doentes reabilitáveis e as tentativas pedagógicas são unicamente práticas reabilitatórias derivadas do diagnóstico médico cujo fim é unicamente a ortopedia da fala.

Para a abordagem educacional oralista, a surdez é uma doença a ser tratada, quiçá curada. Segundo Rodrigues, “nesse momento da história da surdez, no qual o modelo clínico imperou, os surdos seriam potencialmente retirados do contexto educacional, pedagógico, e colocados nos domínios da medicina, da intervenção clínica e da terapia”.

Somente na década de 60, com os estudos de William Stokoe sobre a Língua de Sinais Americana é retomado o enfoque da língua de sinais dos surdos como verdadeiras línguas, com estrutura e parâmetros mínimos.

Na década de 70, surge a chamada Comunicação Total, cuja proposta é no sentido da utilização de toda forma de aprendizado (gestos, mímica, leitura labial, expressões faciais, etc), incluindo a língua de sinais, que conduza à aquisição da língua oral pelo surdo.

Segundo Fernando Capovilla, citado por Rodrigues, a comunicação total:

advoga o uso de todos os meios que possam facilitar a comunicação, desde a fala sinalizada, passando por uma série de sistemas artificiais, até chegar aos sinais naturais da Língua de Sinais... A comunicação total advoga o uso de um ou mais desses sistemas,

juntamente com a língua falada, com o objetivo básico de abrir canais de comunicação adicionais. É mais uma filosofia que se opõe ao Oralismo estrito do que propriamente um método.

Dessa forma, tanto a proposta oralista quanto a comunicação total objetivam a aquisição da língua oral pelo surdo. Ambas consideram a língua de sinais como uma modalidade secundária de comunicação, ou seja, ou não deve ser ensinada ao surdo ou deve ser usada apenas como um meio para o aprendizado da língua oral.

Embora tenha favorecido o contato com os sinais, a comunicação oral parte do pressuposto, equivocado, ressalte-se, de que as estruturas das línguas orais e de sinais são equivalentes.

Para que um indivíduo surdo possa adquirir a língua oral, ele deve se submeter a um tratamento fonoaudiológico que pode durar até dez anos. O aprendizado da língua oral não é um processo natural; ao contrário, trata-se de um processo artificial, através do qual o surdo utiliza métodos como imitar o movimento da boca e sentir as vibrações dos sons produzidos na garganta.

Esse tipo de estratégia requer um esforço consciente por parte do aluno, dentro de um contexto didático. Por esse motivo, não é possível que o surdo inicie esse tipo de tratamento antes dos dois anos de idade, o que implica o acesso tardio a uma língua, de forma não natural, prejudicando o desenvolvimento pleno das suas capacidades cognitivas.

Por sua vez, a proposta de educação bilíngue dos surdos começa a ganhar força a partir da década de 90.

A educação bilíngue parte da ideia de que a primeira língua do surdo deve ser a língua de sinais. A língua oral, falada pela comunidade majoritária na qual está inserido, deve ser adquirida como segunda língua e por intermédio da língua de sinais. Isso porque as duas línguas contam com canais de comunicação diversos (a primeira, viso-gestual; a segunda, oral-auditivo).

---

## Ainda conforme Lacerda:

O objetivo da educação bilíngue é que a criança surda possa ter um desenvolvimento cognitivo-linguístico equivalente ao verificado na criança ouvinte, e que possa desenvolver uma relação harmoniosa também com os ouvintes, tendo acesso às duas línguas: a língua de sinais e a língua majoritária.

Para a proposta bilíngue, a língua de sinais pode ser aprendida pelos surdos de forma natural, mediante um processo muito similar àquele ocorrido com os ouvintes. Isso permite que crianças surdas adquiram a língua mais precocemente, na mesma época em que as crianças ouvintes adquirem a língua oral, proporcionando um desenvolvimento cognitivo e social muito superior àqueles entregues às crianças educadas segundo às abordagens oralistas e gestualistas.

A proposta bilíngue de educação dos surdos só foi possível a partir da visão sócio-antropológica da surdez, a qual se contrapõe ao modelo terapêutico-medicinal anteriormente explicitado. Conforme bem pontuado por Rodrigues:

Ao contrário da visão clínica, na qual se propõe a medicalização, o tratamento terapêutico, a reabilitação do surdo, na visão sócio-antropológica, compreende-se a surdez como uma experiência visual, ou seja, como uma maneira específica de se construir a realidade histórica, política, social e cultural. No modelo sócio-antropológico, concebe-se a surdez como uma diferença, e não como mera deficiência como no modelo clínico terapêutico.

Dito de outro modo, a abordagem bilíngue de educação pressupõe a existência de uma comunidade antropológica de surdos, com identidade e modos de vida próprios. Por esse motivo, a sua forma de ver e se comunicar com o mundo também são específicas, daí surgindo a necessidade de uma língua também própria, qual seja, a língua de sinais. Acentua-se, portanto, a diferença, não a deficiência.

### 3.1. A educação dos surdos no Brasil

Segundo Rodrigues (2008), o Rio de Janeiro foi a cidade-núcleo da educação dos surdos no Brasil. Não obstante, ainda conforme o mesmo autor, cidades como São Paulo e Belo Horizonte também tiveram seu protagonismo. Em Belo Horizonte, por exemplo, já na década de 30 foi criado o Instituto Santa Inês e o Instituto Pestalozzi. De acordo com Rodrigues (2008, p.2):

O Instituto Santa Inês destacou-se na educação de surdos e contou com o apoio de religiosas do Instituto Estadual de Roma, uma importante instituição educacional para surdos da época. Ela propagou e defendeu a adoção do oralismo na educação de surdos e, aos poucos, passou a aceitar a LS (Língua de Sinais) como um auxílio à comunicação com os alunos surdos. Outra instituição criada na década de 40, que atendia alunos surdos, foi o Instituto Pestalozzi.

Ainda em Belo Horizonte e consoante pesquisa desenvolvida por Rodrigues (2008), em 1979 foi fundada a Clínica Fono, inicialmente com o objetivo de desenvolver algumas habilidades dos surdos, mas depois assumiu um perfil mais educacional, tanto é que passou a se chamar Clínica Escola Fono, nos termos do Decreto Estadual n. 467/81.

O citado autor também nos informa que, na década de 80, escolas estaduais como a Escola Estadual Francisco Sales – Instituto da Fala e da Audição passaram a atender os surdos, a partir de uma abordagem oralista. Somente após alguns anos, sob a perspectiva da comunicação total, é que a língua de sinais começou a ser utilizada.

Após a década de 90, ainda que por exigência da lei (Lei n. 10.436/2002), os surdos passaram a ser vistos como uma comunidade antropológica, exigindo uma educação específica, com língua própria. Escreve Rodrigues:

O movimento de criação de escolas especiais, classes especiais para surdos, bem como salas mistas de surdos e ouvintes com a presença do intérprete de libras, tornou-se realidade em todo o Brasil na década de 90. Essa mudança inicial foi amparada pelas novas visões sociais, antropológicas, linguísticas e pedagógicas com relação à surdez e aos surdos e fortalecida, no século XXI, pelo surgimento de uma legislação em relação aos surdos, sua língua e educação.

Digno de nota, também, a criação da FENEIDA (Federação Nacional de Educação e Integração dos Deficientes Auditivos), em 1977, por um grupo de ouvintes. Após alguns anos e em atenção à reivindicação dos surdos, que por um ano dirigiram a Federação, esta passa a se denominar FENEIS - Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos, com natureza jurídica de uma instituição não-governamental, filantrópica, sem fins lucrativos e com caráter educacional, a qual congrega federações de diversos estados brasileiros. (FENEIS, 1993, p. 5-7)

A história da criação da FENESIS, como evidencia Rodrigues, “marca a emergência dos movimentos reivindicatórios organizados pelos surdos brasileiros em prol não somente do direito de um ensino em Libras, mas principalmente pelo direito a opinar e decidir acerca de quaisquer decisões políticas que envolvam os surdos”.

Percebe-se, assim, ao longo das décadas, a mudança de rumo na educação dos surdos no Brasil. Se no início, nos anos 30, a ênfase dada era na reabilitação dos surdos e em métodos educacionais que privilegiavam a visão oralista (aprendizado ou recuperação da fala), a partir do século 20 e com mais força no século XXI, perspectivas como a comunicação total e o bilinguismo começam a ganhar força.

### 3.2. Histórico da proteção legal dos surdos

No âmbito internacional, na Conferência Mundial de Educação Especial em cooperação com a UNESCO, a Declaração de Salamanca (1994) foi a primeira a estabelecer como princípio a educação inclusiva, demandando que “os governos atribuam a mais alta prioridade política e financeira ao aprimoramento de seus sistemas educacionais, no sentido de se tornarem aptos a incluir todas as crianças, independentemente de suas diferenças ou dificuldades individuais”.

Na mesma oportunidade, esclareceu-se que “o princípio fundamental da educação inclusiva é o de que todas as crianças devem aprender juntas, sempre que possível, independentemente de quaisquer dificuldades ou diferenças que elas possam ter. Escolas inclusivas devem reconhecer e responder às necessidades diversas de seus alunos, acomodando ambos os estilos e ritmos de aprendizagem e assegurando uma educação de qualidade a todos através de um currículo apropriado, arranjos organizacionais, estratégias de ensino, uso de recurso e parceria com as comunidades”.

Especificamente em relação aos surdos, a Declaração de Salamanca reconheceu a importância da língua de sinais como meio de comunicação, bem como ponderou que a educação deles pode ser mais adequadamente provida em escolas especiais ou em classes especiais de escolas regulares.

Posteriormente, em 1999, a Declaração da Guatemala, ratificada pelo Brasil<sup>1</sup>, reafirmou que “as pessoas portadoras de deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano”.

---

1 Convenção ratificada pelo Brasil, conforme Decreto n.º 3.956, de 08 de outubro de 2001, que promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

Em 2007, em Nova York, foi assinada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo<sup>2</sup>, aos quais o Brasil também aderiu. Essa convenção, logo no preâmbulo, reconhece que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerente ao ser humano. Reconhece, ainda, a diversidade das pessoas com deficiência, bem como a importância da educação, da informação e da comunicação para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Como princípios gerais, a Convenção de Nova York estabelece a não-discriminação, a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, a igualdade de oportunidades, o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade e a acessibilidade, determinando que os Estados Partes assegurarão aos portadores de necessidades especiais: sistema educacional inclusivo em todos os níveis, assim como o aprendizado ao longo de toda a vida, recebimento de apoio necessário, medidas de apoio individualizadas e efetivas em ambiente que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

Além disso, a citada Convenção, em seu artigo 21, determina que os Estados Partes, como forma de assegurar a liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação das pessoas com deficiência, reconheçam e promovam o uso da língua de sinais. No mesmo norte, os Estados Partes deverão facilitar o aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade linguística da comunidade surda, garantindo que a educação das crianças surdas seja ministrada nas línguas, modos e meios que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social (art. 24).

---

<sup>2</sup> Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Prossegue o art. 24, determinando que, a fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

Cumpre-nos dizer que os Tratados e Convenções sobre direitos humanos, por força da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, têm o mesmo estatuto ou natureza de uma norma constitucional, desde que aprovados de acordo com o processo legislativo das emendas constitucionais. Disso decorre a afirmativa de que tais documentos internacionais são também fontes de direitos e obrigações para o Estado e particulares, em todas as suas relações jurídicas (art. 5º, §3º, da Constituição Federal).

No âmbito interno, no que diz respeito à proteção das pessoas com deficiência, o Brasil encontra-se bem municiado com os preceitos contidos na Constituição Federal. A começar pelo preâmbulo, a República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e a cidadania (art. 1º). E mais, traça como um dos seus objetivos mais importantes promover o bem de todos, sem preconceitos de origem de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Um pouco mais adiante, o art. 227, da Constituição Federal prescreve que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

---

Por sua vez, o art. 205 da CF reconhece o direito à educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada, com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Não passou despercebido, também, o direito à educação das pessoas com deficiência, dispendo o art. 208, III, que o dever do Estado nesse caso será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino.

Trata-se, à toda evidência, de direitos e normas autoaplicáveis, isto é, o Estado e seus concessionários nunca poderão invocar a insuficiência de recursos para a sua inobservância. O jurista Carlos Ayres Brito, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, pontificou em decisão memorável que os dispositivos constitucionais que contêm definição de tarefas a serem cumpridas pelo Estado, especificamente em relação a direitos sociais como a educação, são de eficácia plena, vale dizer, configuram encargos político-jurídicos de caráter mandatário, cabendo, inclusive a intervenção do Poder Judiciário para a sua implementação. (Recurso Extraordinário n. 229760 DF/ Distrito Federal, julgamento em 10/12/2009).

Além disso, como veremos adiante e em decorrência dessa premissa, o Ministério Público, instituição constitucionalmente responsável pela defesa da ordem jurídica e do regime democrático, assim como pela defesa dos direitos individuais indisponíveis, tem o poder-dever de atuação para assegurar o cumprimento das políticas que garantem o real acesso dos surdos ao ambiente escolar.

No mesmo sentido, em 24 de abril de 2002, foi aprovada a Lei n.º 10.436, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras, tendo sido regulamentada pelo Decreto 5626, em 2005.

Conforme o art. 1º da Lei de Libras, entende-se por Língua Brasileira de Sinais a forma de comunicação e expressão em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura

gramatical própria, constituem um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil.

Em primeiro lugar, a legislação nacional reconhece expressamente a Libras como o meio legal de comunicação e expressão da comunidade surda. Em outras palavras, a língua brasileira de sinais foi instituída como o meio pelo qual os surdos comunicam o seu pensamento e suas ideias e, dessa forma, desenvolvem suas habilidades cognitivas, psicológicas e emocionais.

Em seguida, o ato normativo não deixa dúvidas quanto à natureza de língua da Libras, pois o define como um sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria. Por esse viés, também deixa claro que a língua de sinais não se confunde com a língua portuguesa, na medida em que esta se caracteriza por um sistema oral-auditivo. Nesse mesmo sentido, o art. 4º, parágrafo único, estabelece que a Língua Brasileira de Sinais – Libras – não poderá substituir a modalidade escrita da língua portuguesa.

Além disso, a lei, encampando a visão sócio-antropológica, reconhece os surdos como uma comunidade, isto é, como um grupo com identidade própria, cujos integrantes se unem em razão da sua forma de comunicação: a língua de sinais.

Nesse sentido, a lei brasileira está em consonância com o preconizado por Carlos Skliar, citado por Rodrigues:

Foram duas as observações que a partir da década de 60 levaram outros especialistas - como antropólogos, linguistas e sociólogos- a interessar-se pelos surdos, e que originaram uma visão totalmente oposta à clínica, uma perspectiva sócio-antropológica da surdez. Por um lado, o fato de que os surdos formam comunidades cujo fator aglutinante é a língua de sinais... Por outro lado, a confirmação de que os filhos surdos de pais surdos apresentam melhores

níveis acadêmicos, melhores habilidades para a aprendizagem da língua oral e escrita, níveis de leitura semelhante aos do ouvinte, uma identidade equilibrada, e não apresentam os problemas sociais e afetivo próprios dos filhos surdos de pais ouvintes.

O mesmo diploma legal estabelece que o poder público e as empresas concessionárias de serviços públicos devem garantir formas institucionalizadas de apoiar o uso e difusão das libras como meio de comunicação objetiva e de utilização corrente das comunidades surdas do Brasil (art. 2º).

Assim, segundo o Decreto que regulamentou a lei, as instituições de ensino deverão apoiar, na comunidade escolar, o uso e a difusão da Libras entre professores, alunos, funcionários, direção escolar e familiares, inclusive por oferta de cursos.

O art. 2º da Lei 10.436/2002 também permite a interpretação no sentido de exigir das empresas concessionárias de serviços públicos, a exemplo das redes de rádio e televisão, o cumprimento do dever de uso e difusão da língua de sinais.

De volta à área educacional, a lei e seu decreto estipulam uma série de exigências direcionadas à União e aos Estados para o cumprimento da garantia do atendimento educacional especializado ao surdo, assim como o acesso previsto no *caput*.

Finalmente, em 6 de julho de 2015, foi aprovada a importante Lei nº 13.146/2015, o chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência. Cuida-se aqui, a exemplo do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Criança e do Adolescente, de reunir, em um único arcabouço legal, as normas que se destinam a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Nessa lei, há todo um Capítulo (IV) destinado ao direito à educação das pessoas com deficiência. O art. 27, parágrafo único,

---

como não poderia deixar de ser, alinhou-se ao art. 228, da CF, afirmando ser dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de qualquer forma de violência, negligência e discriminação.

Logo em seguida, o art. 28 aponta que ao Poder Público incumbe assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar mais de uma dezena de políticas públicas, entre as quais, especificamente em relação aos surdos, sobressaem: sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida (I); aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena (II); oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas públicas (IV); formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes de Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio (XI); oferta de ensino de Libras, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação (XII); oferta de profissionais de apoio escolar (XVII).

Importante sublinhar que, com exceção daquela prevista no inciso IV, todas as demais políticas anteriormente citadas são obrigatórias não só para o poder público, mas também para as instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza, em suas mensalidades, anuidades e matrículas, no cumprimento das determinações (art. 28, §1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência).

#### **4. O fundamento constitucional e ético da participação do Ministério Público na inclusão escolar dos surdos**

O Ministério Público pode ser conceituado como instituição autônoma, permanente, essencial à Justiça e, como quer a Constituição, imprescindível à função jurisdicional do Estado. Entre as graves atribuições que lhe foram conferidas pela Carta Constitucional de 1988, encontram-se a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos e interesses coletivos e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal).

O fortalecimento da Instituição está diretamente associado aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, momento em que diversos setores da sociedade civil, exercendo sua capacidade de argumentação e convencimento, obtiveram êxito na transformação de um mero órgão de acusação e fiscal da lei nos processos cíveis em um dos maiores protagonistas da defesa dos direitos indisponíveis nas décadas seguintes.

O grande desafio do Ministério Público, após quase 30 anos da promulgação da CF/88, é corresponder ao que dele se espera como órgão catalisador e promotor de justiça, sobretudo em relação à defesa dos direitos das minorias vulneráveis, como o são os alunos surdos no contexto escolar.

Para tanto, a Instituição deve estar atenta às demandas oriundas dos direitos que justificaram a sua criação e fortalecimento, aproximando-se dos conflitos e especializando-se nas atuações que justifiquem a sua intervenção.

Além disso, os instrumentos jurídicos extrajudiciais, a exemplo das audiências públicas, recomendações, termos de ajustamento de conduta, acompanhamento das políticas e orçamento públicos, ou seja, todos aqueles que privilegiem uma atuação preventiva e eficaz, colocam-se em posição de preferência em contraposição às ações judiciais (ações civis públicas e de improbidade administra-

tiva, por exemplo), as quais se arrastam por anos ou mesmo décadas perante o assoberbado e ineficiente Poder Judiciário.

Sob essa mesma ótica, a atuação do Ministério Público em um Estado Democrático de Direito deverá se pautar pelo consenso e por uma postura dialógica, buscando meios alternativos e extrajudiciais para a solução dos conflitos que se inserem no raio das suas atribuições constitucionais.

Nessa direção, não há dúvida de que a inclusão escolar dos surdos se apresenta como um direito a ser fiscalizado e protegido pelo Ministério Público, uma vez que a República Federativa do Brasil, diz o art. 1º da Constituição Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Assim, qualquer atuação estatal ou interpretação da Constituição deve partir da premissa de que o Estado brasileiro coloca a pessoa humana no centro e não à margem das suas preocupações, erigindo a sua dignidade como barreira intransponível.

Oportuna a observação de Santos (1998):

Consequentemente, cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a ideia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Nesse sentido, não há dúvidas de que a atuação do Ministério Público se justifica quando tem por objetivo dar conteúdo a um dos fundamentos da República, garantindo a populações determinadas o direito (indisponível, ressalte-se) a uma vida digna, a partir da sua inclusão escolar e social.

Há alguns exemplos de atuação do Ministério Público na defesa da inclusão escolar dos surdos. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por exemplo, propôs ação civil pública contra a Instituição de Ensino Superior ESUV/UNI, no intuito de obter a contratação de tradutores de Libras, habilitados conforme a Lei n. 12.319/2010 e, em última análise, para que os alunos deficientes que apresentassem dificuldades na compreensão das disciplinas contassem com auxílio daqueles profissionais na sala de aula.

Por sua vez, em 2012, a Promotoria de Justiça da Comarca de Paranaimirim, no Estado do Rio Grande do Norte, expediu recomendação ao Prefeito do Município, a fim de que este, no prazo de 30 (trinta) dias, encaminhasse projeto de lei, criando cargos e/ou funções de Intérprete e Instrutor de Libras com formação adequada ao efetivo atendimento de todos os alunos matriculados na rede municipal de ensino. Além disso, na educação infantil e nos anos iniciais do ensino fundamental, até a aprovação da lei e provimento dos cargos, recomendou que o efetivo atendimento dos alunos surdos fosse feito, preferencialmente, através da complementação de carga horária de professores efetivos com curso de formação em Libras reconhecido pelo MEC, de modo de em um turno exercessem a função de professor regente e em outro a de intérprete, mediante compensação financeira.

Prosseguindo na recomendação, o representante do Ministério Público em Paranaimirim ressaltou que, nos anos finais do ensino fundamental, até a realização do concurso e provimento dos cargos de intérprete e instrutor de Libras, a contratação dos profissionais fosse feita por excepcional interesse público, nos termos do art. 37, inc. IX, da CF, ou seja, por meio de processo seletivo simplificado.

No mesmo sentido, o Ministério Público no Estado do Espírito Santo encaminhou recomendação ao Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas daquele Estado, noticiando a omissão da

Secretaria Estadual de Educação em propiciar os meios que viabilizem a educação igualitária de todos e requerendo, ao final, a expedição de recomendação à Secretaria Estadual, para que adote as providências necessárias ao cumprimento da lei, uma vez que as funções de Instrutor de Libras e Tradutor e Intérprete de Libras têm natureza de caráter urgente e permanente.

Importante mencionar, por fim, que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, decidiu que a norma prevista no art. 208, da Constituição Federal, garantidora do direito à educação, tem eficácia plena, isto é, o Estado tem obrigação constitucional de criar as condições efetivas e objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a realização do direito. Nesse sentido, cabe ao Ministério Público o dever de fiscalizar a implementação das políticas públicas que tornem efetivo o direito à educação e, em caso de omissão, adotar as medidas extrajudiciais (preferencialmente) e judiciais, em caso de omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

#### **4.1. Desafios do Ministério Público na inclusão escolar dos surdos**

Como veremos a seguir, há muitos desafios que se antepõem à real inclusão escolar do surdo no âmbito escolar. A partir do conhecimento desses desafios e dentro das suas atribuições, o Ministério Público poderá ampliar o leque da sua atuação extrajudicial, acompanhando, no âmbito da Promotoria ou Procuradoria Especializada em educação, as políticas e medidas para inclusão do aluno portador daquela deficiência.

Em primeiro lugar, o Ministério Público, por meio de suas Promotorias de Justiça especializadas na defesa da educação, deve estar atento ao fato de que a escola tem como obrigação prever bases curriculares que atendam a todas às comunidades com necessidades especiais. O currículo não pode ser único, horizontal e homo-

gêneo, pois desse modo não incorpora diferentes atividades, capazes de contemplar uma multiplicidade de alunos. No caso dos surdos, as aulas devem ser mais visuais e menos expositivas.

Um segundo ponto a ser levado em conta na atuação ministerial é a preparação do corpo docente para a diversidade, com formação e treinamento específico para o aluno com a necessidade especial que está sendo incluído (no caso do surdo, o domínio da Libras deve ser um requisito básico, além, é claro, da Língua Portuguesa).

Por último, é importante que saiba que a escola precisa desenvolver atividades que propiciem a real integração do aluno com necessidade especial ao ambiente escolar. Nesse ponto, a proposta pedagógica deve ser real, com a participação de toda a comunidade, incluindo os alunos com necessidades especiais, seus pais, alunos sem necessidades especiais e respectivos pais, bem como professores e funcionários.

Na realidade brasileira, o aluno surdo é, mesmo na rede privada, parcialmente integrado na escola. Trata-se, na verdade, de uma integração mais por força de lei do que uma integração de fato. Essa fragilidade pode ser observada através de diversos aspectos.

Primeiramente, o conhecimento é transmitido ao aluno surdo por meio de intérprete, o qual muitas vezes não tem acesso ao conteúdo programático dos professores. Por sua vez, o professor não se interessa pelo real aprendizado do aluno surdo, pois nem sequer conhece sua língua (Libras).

Conforme anteriormente mencionado, as aulas são muitas vezes ou sempre expositivas, o que dificulta ainda mais o aprendizado. Lembremo-nos de que o espaço visual é um canal importantíssimo para que o surdo adquira seus conhecimentos e informações. Na sala de aula, os colegas do aluno pouco interagem com ele, uma vez que desconhecem a Libras ou pouco se interessam por ela. Nesse aspecto, também resta bastante prejudicada a

proposta de inclusão, eis que parte importante do aprendizado (interação, perguntas na sala de aula, intervenções de alunos ouvintes) não é observada.

Além disso, o próprio aluno surdo, por não conhecer outra realidade, percebe ou entende como satisfatória essa falsa integração ao ambiente escolar, no qual muito pouco lhe é transmitido por meio de um intérprete que, é claro, não domina todos os conteúdos da matriz curricular.

Por outro lado, os professores e diretores entendem cumprida a exigência legal pelo simples fato de aceitarem um aluno surdo em sua escola, mas não se preocupam em desenvolver atividades que realmente o incluam.

Percebe-se, portanto, que a inclusão escolar prevista pela Lei 10.436/2002 e no Estatuto da Pessoa com Deficiência vai muito além da presença do aluno surdo em uma sala de aula, com colegas e professores ouvintes. Não basta a garantia da matrícula em uma escola regular, seja ela pública ou privada. É necessário que o aluno surdo seja incorporado ao aprendizado e, interiorize, como seus pares, qualquer tipo de informação que lhe seja transmitida.

Em razão dessa dificuldade exposta, surgem defensores de escolas de surdos, sobretudo nos primeiros anos de alfabetização, dada a identidade cultural da comunidade e suas especificidades<sup>3</sup>. Segundo os pesquisadores da área, a reunião de surdos em uma mesma sala de aula não significa uma política segregacionista; ao contrário, dizem, “os ambientes linguísticos que favorecem a vivência de uma língua de maneira espontânea fazem com que os sujeitos se tornem mais autônomos...” (Revista da Feneis, set-nov, 2010).

---

3 A pesquisadora Karin Strobel, no seu livro *Imagens do outro sobre a cultura surda*, define cultura surda como uma maneira de o sujeito surdo entender o mundo e modificá-lo, a fim de torná-lo acessível e habitável, ajustando-o a suas percepções visuais. Essa noção abrange a língua, as ideias, as crenças, os costumes e os hábitos do povo surdo. O povo surdo que participa das comunidades compartilha algo em comum, valores, normas e comportamentos, que só são intercambiados por aqueles que acessam o mundo visualmente.

Com efeito, ainda parece não estar claro, mesmo no meio educacional, que o Português seja uma língua estrangeira para o surdo, adquirida ou em via de aquisição por ele sem ouvir a língua falada. De acordo com Botelho (1998), “em uma escola onde a língua oral seja predominante, seja ela inclusiva ou não, os surdos estarão privados do aprendizado de maneira natural. Em um espaço onde tudo é mediado oralmente, a presença do intérprete, ainda segundo a pesquisadora, é insuficiente para garantir a plena aquisição tanto da Libras quanto da Língua Portuguesa”.

À guisa de conclusão, a Libras deve ser priorizada para um real e efetivo bilinguismo no caso dos surdos, pois, como bem pontuado por Perlin (2007), “a perspectiva atual de inclusão desenha um modelo que não respeita o surdo em sua diferença. Quando se percebe que o diferente, o surdo, não consegue e não quer viver conforme o modelo inclusivo imposto, então surge um processo de considerá-lo menor, incapaz, com falta, necessitado e que precisa ser protegido”. Em verdade, a “inclusão” dos surdos constatada na prática da educação brasileira é excludente, uma vez que não propicia um ambiente linguístico compartilhado entre a Língua Portuguesa e a Libras, e também não oferece o compartilhamento de espaços e conteúdos visuais.

## **5. Conclusão**

O conjunto de signos e significados utilizados pelos surdos para a sua comunicação constitui-se uma língua. Logo, equivocado o uso do vocábulo “linguagem” em referência à Libras. Embora exista um arcabouço de normas jurídicas internacionais e nacionais de proteção à educação e inclusão escolar dos surdos, ainda é frágil, no Brasil, a sua implementação concreta. Na prática, o que se verifica é o cumprimento formal da lei na inclusão escolar dos surdos, sem que se constate uma real integração do aluno, o

qual, por não conhecer outra realidade, percebe como satisfatória a mera presença na sala de aula.

Os professores e colegas do aluno surdo sequer dominam a Libras, dificultando ainda mais uma verdadeira integração. Cabe ao Ministério Público, como instituição vocacionada constitucionalmente à defesa dos direitos e garantias fundamentais, não só fiscalizar o cumprimento das políticas públicas de inclusão escolar dos surdos, como também adotar todas as medidas (judiciais e extrajudiciais, estas últimas preferencialmente), para a garantia daquele direito.

## **6. Referências**

BERNARDINO, E. L. A.; SILVA, G. M.; PASSOS, R. *A Libras como língua natural*. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/281224102/Libras-Como-Lingua-Natural>>.

BERNARDINO, E. L. A.; DRUMOND, M. F. *Leitura e escrita dos surdos em sala de aula*. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/1679592/leitura-e-escrita-dos-surdos---eli-deia-bernardino>>.

BOTELHO, Paula. *Segredos e silêncios na interpretação dos surdos*. Belo Horizonte: Autêntica, 1998.

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

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm)>.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm).

Declaração de Salamanca, 1994. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>.

Declaração da Guatemala, 28 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6/29>.

LACERDA, *Cristina Broglia Feitosa*. *Um pouco da história das diferentes abordagens na educação dos surdos*. Cad. CEDES, vol. 19, n. 46, set. 1998. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-32621998000300007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-32621998000300007).

LACERDA, *Cristina Broglia Feitosa*. *A inclusão escolar de alunos surdos: o que dizem alunos, professores e intérpretes sobre esta experiência*. Cad. Cedes, Campinas, vol. 26, n. 69, p. 163-184, maio/ago. 2006. Disponível em: <http://www.cedes.unicamo.br>.

LUCAS, R. ; MADEIRA, R. *Educação dos Surdos: em repúdio às declarações do MEC, pesquisadores defendem bilinguismo e pedagogia surda*. Revista da Feneis, set-nov, 2010.

PERLIN, Gladis (Orgs.). *Estudos Surdos II*. Petrópolis: Arara Azul, 2007. p. 9-13.

Revista da Federação Nacional da Educação e Integração dos Surdos (Feneis), set-nov, 2010.

RODRIGUES, Carlos Henrique Rodrigues. *Surdez e Surdos no Brasil*. Disponível em: <https://www.scribd.com/document/67941279/RODRIGUES-Surdez-e-Surdos-No-Brasil>.

SILVA, Giselle Mara da. *Educação bilíngue e a importância da Libras para a criança surda*. 3. ed. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/137364697/Educacao-Bilingue-e-Importancia-da-Libras-para-a-crianca-surda>>.

STROBEL, Karin. *Imagens do outro sobre a cultura surda*. 2. ed. rev. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2009.

Artigo recebido em: 11/01/2018

Artigo aprovado em: 21/10/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20190008

**48 - 65**  
Artigo

**A VEDAÇÃO DA DECISÃO-SURPRESA  
COMO FORMA DE GARANTIR O  
EFETIVO CONTRADITÓRIO  
E RESPEITAR O DEVIDO  
PROCESSO CONSTITUCIONAL**

NORMELIA MIRANDA  
LETÍCIA ATHAYDE SANTOS DE CARVALHO

# A VEDAÇÃO DA DECISÃO-SURPRESA COMO FORMA DE GARANTIR O EFETIVO CONTRADITÓRIO E RESPEITAR O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

THE CLOSURE OF THE SURPRISE DECISION AS A WAY TO GUARANTEE THE  
EFFECTIVE CONTRADICTORY AND RESPECT THE DUE CONSTITUTIONAL PROCESS

NORMELIA MIRANDA

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
normelia@mpmg.mp.br

LETÍCIA ATHAYDE SANTOS DE CARVALHO

Mestre em Direito  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
leticiaathaydescarvalho@hotmail.com

**RESUMO:** O estado de direito e os princípios constitucionais que o regem, principalmente o princípio do contraditório efetivo sobre o qual o Código de Processo Civil de 2015 positivou formas de garantia — entre elas a necessidade de motivação das decisões proferidas pelos magistrados e a vedação da decisão-surpresa —, são obrigatoriamente conferidos às partes na decisão a ser pronunciada. Neste trabalho, utilizar-se-á o método jurídico-dedutivo e a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, adotando-se como principais marcos teóricos José Alfredo de Oliveira Baracho, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Fredie Didier Jr.

**PALAVRAS-CHAVE:** processo constitucional; devido processo constitucional; contraditório; motivação das decisões; decisão-surpresa.

**ABSTRACT:** The work aims to analyze and question the closure of the surprise decision as a necessary premise to enable respect for the principle of adversary proceedings and due to constitutional process. It is necessary to analyze the constitutional state of law and the constitutional principles that govern it, especially the contradictory principle. Efficient mechanisms must be adopted. The Code of Civil Procedure of 2015 has posited forms of guarantee of the effective contradictory, among them the need of motivate decisions rendered by the magistrates and the closure of the surprise decision and it must necessarily be given to the parties the possibility of influencing the decision to be pronounced. For the development of this paper will be used as a research methodology the legal-deductive method and the bibliographical and jurisprudential research, adopting as main theoretical José Alfredo de Oliveira Baracho, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias and Fredie Didier Jr.

**KEYWORDS:** constitutional process; due constitutional process; contradictory; motivate decisions; surprise decision.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O estado constitucional de direito. 2.1. Princípios constitucionais processuais. 2.2.1. Devido processo constitucional e devido processo legal. 2.2.2. Contraditório e ampla defesa. 3. O Código de Processo Civil de 2015 e a vedação da decisão-surpresa. 3.1. Fundamentação das decisões. 3.2. Vedação da decisão-surpresa. 4. A vedação da decisão-surpresa como garantia do contraditório no processo constitucional. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

O princípio da vedação da decisão-surpresa do contraditório preserva o devido processo constitucional, confere ao legislador do Código de Processo Civil o dever de resguardar e promover o respeito à Constituição e àqueles envolvidos no processo.

A vedação da decisão-surpresa, disposta nos artigos iniciais do Código de Processo Civil de 2015, possibilita o efetivo contraditório às partes e se respeita o devido processo constitucional.

O método jurídico-dedutivo e a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial adotam como principais marcos teóricos as obras de José Alfredo de Oliveira Baracho, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Fredie Didier Jr.

## 2. O estado constitucional de direito

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para **instituir um Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988)

O poder constituinte originário, ao promulgar a Constituição da República, preocupou-se em conferir, por meio de eleições, plebiscitos, referendos e iniciativa popular, participação indireta ou direta aos cidadãos.<sup>1</sup>

---

1 Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem

O Estado Democrático se inaugura para principalmente limitar os poderes estatais no passado utilizados de forma arbitrária e buscar a efetividade dos direitos fundamentais.

Estruturado em normas dispostas nas leis e no ordenamento jurídico como todo, enfatiza que tem como premissa a existência da Constituição, tendo em vista sua colocação hierárquica em relação às demais normas.

Conforme José Joaquim Gomes Canotilho “qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações –, o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional” (CANOTILHO, 1993, p. 93).

Nessa perspectiva, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias destaca que desde a original teoria da pirâmide jurídica elaborada por Kelsen concebendo uma estrutura hierarquizada para normas jurídicas, **a Constituição passou a ser colocada no vértice do sistema normativo**, fundamentando a unidade de todo o ordenamento jurídico (DIAS, 2012, p.119, grifo nosso).

Luís Roberto Barroso, sobre o estado constitucional de direito e a centralidade da Constituição, realça:

**No Estado constitucional de direito**, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, **vigora a centralidade da Constituição** e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais (BARROSO, 2012, p. 4, grifo nosso).

Enfatiza-se, assim, que o centro do ordenamento jurídico está no

---

como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III - iniciativa popular (BRASIL, 1988).

---

Estado constitucional de direito, do qual é a principal fonte de normas. A Constituição deve, pois, conduzir toda a aplicação do ordenamento jurídico, considerar seu papel de supremacia e centralidade, garantir, ainda, respeito aos fundamentos dispostos em seu artigo primeiro<sup>2</sup>.

João Nunes Morais Júnior enfatiza que:

**A supremacia constitucional atribui à Constituição função de ser a norma conformadora da ordem jurídica.** De modo que a produção normativa decorre da própria Constituição e é nesta, portanto, que se encontra o fundamento de validade, tanto formal como substancial, das normas do Estado. Isso permite dizer que, no exercício da atividade jurisdicional, a subordinação à legalidade existe somente em função de leis que atendam as formas limites e os conteúdos determinados pela Constituição. Ao Poder Judiciário, portanto, caberá, em último caso, a função de aproximar o modelo normativo existente na constituição da prática efetiva do Estado, função esta a ele atribuída pelo próprio modelo do Estado constitucional de direito (MORAIS JÚNIOR, 2007, p.132, grifo nosso).

Todo o ordenamento jurídico deve estar em harmonia com a existência do Estado de Direito e a supremacia da Constituição, cujas garantias fundamentais preservam mecanismos para a efetivação dos direitos ali contidos.

## **2.1. Princípios constitucionais processuais**

No âmbito processual, é necessário especificar o conceito adotado. Em sentido amplo, os princípios constitucionais são conside-

---

2 Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

rados normas integrantes do ordenamento jurídico e aplicados sob o aspecto da conduta havida como necessária à promoção de determinado princípio.

Conforme Humberto Ávila no livro *Teoria dos princípios*, **princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correção entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção** (ÁVILA, 2005, p. 129, grifo nosso).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias destaca que princípios devem ser entendidos como “normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de ideias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico” (DIAS, 2012, p. 105).

Os princípios não se direcionam a uma situação definitiva. Avaliados em contexto específico, têm aplicação ampla em indefinido rol de situações consideradas proposição de direitos, além de viabilizar o respeito ao devido processo constitucional.

### **2.2.1. Devido processo constitucional e devido processo legal**

A Constituição da República Federativa do Brasil garantiu a todos o direito fundamental ao devido processo:

Art. 5.º 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:  
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal** (BRASIL, 1988).

Consagra-se, assim, a garantia do respeito ao devido processo legal. Contudo, não se deve observar tão somente as legislações infraconstitucionais, mas, principalmente, a Constituição da República, já que o Código de Processo Civil de 2015, art. 1.º, preconiza que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando as disposições deste Código” (BRASIL, 2015).

Impõe-se que todo o processo respeite a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, conforme Bernardo Gonçalves Fernandes, a noção de devido processo ultrapassa a esfera da legalidade como conjunto de normas infraconstitucionais e se insere à órbita da constitucionalidade, permitindo a afirmação não mais de um “devido processo legal”, **mas agora de um devido processo constitucional** [...] (FERNANDES, 2017, p. 529, grifo nosso).

Assim, além de observância da legislação vigente para a aplicação do devido processo, é indispensável parâmetro, garantia e respeito ao devido processo constitucional.

A respeito, José Alfredo de Oliveira Baracho destaca que o processo constitucional “visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais” (BARACHO, 2004, p. 120).

### 2.2.2. Contraditório e ampla defesa

Para respeitar o devido processo constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enfatiza o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa:

Art. 5.º 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 igual-

dade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: *IV* - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral **são assegurados o contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Conforme João Roberto Machado Neves de Oliveira, a legislação processual deve estar em consonância com o texto constitucional para dar efetividade à prestação jurisdicional, observando, sempre, a intenção do constituinte. Dentre os princípios constitucionais apresentados, **o princípio do contraditório surge como meio de garantir a oportunidade de manifestação dos litigantes sobre todos os atos e procedimentos ocorridos no processo.** (OLIVEIRA, 2015, p. 13, grifo nosso)

Já José Alfredo de Oliveira Baracho destaca que o direito ao contraditório decorre da exigência de coparticipação paritária das partes, no procedimento formativo da *decisum* judicial (BARACHO, 2004, p. 79).

No processo constitucional é necessário, pois, conferir às partes oportunidade de expor fundamentos, motivo e fatos que auxiliem a decisão a ser proferida.

Nesse aspecto, Sérgio Henriques Zandona Freitas destaca:

O devido processo legal (estrutura normativa metodológica) pode ser melhor compreendido em conjunto com o devido processo constitucional (disciplina constitucional principiológica), que representa os pilares do Estado Democrático de Direito, inadmitindo o fato de o processo ser instrumento para a realização da justiça entre os homens, já que os provimentos estatais só serão considerados legítimos quando construídos em participação isonômica, em contraditório e em ampla defesa, pelos seus próprios destinatários (FREITAS, 2014, p. 84).

O Código de Processo Civil de 2015, art. 7.º, transferiu também ao magistrado o dever de zelar pelo efetivo contraditório ao assegurar às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo **contraditório** (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Caberá ao magistrado cuidar que as garantias constitucionais sejam devidamente respeitadas. O efetivo contraditório não se encontra somente na oportunidade de manifestação no processo, mas sim na possibilidade de ciência, influência e participação na opinião e nos fundamentos elaborativos da decisão a ser proferida.

Entretanto, o Código de Processo Civil de 2015 prevê contraditório postergado, considerada a urgência da tutela a ser protegida.

Art. 9.º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701 (BRASIL, 2015).

Nessas hipóteses, o pedido de urgência é analisado primeiramente e, cumpridos os requisitos do art. 300<sup>3</sup> do Código de Processo Civil — a probabilidade do direito e o perigo de dano ou resultado útil do processo —, confere-se a tutela pretendida e posteriormente o contraditório.

---

3 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1.º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2.º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. § 3.º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. (BRASIL, 2015)

Observa-se que haverá o contraditório, mas somente o contraditório postergado, visando a evitar prejuízos que possam ser causados caso a outra parte tenha conhecimento da demanda antes do deferimento da tutela de urgência pretendida.

A ampla defesa, que visa a garantir que todos os meios de defesa às partes sejam respeitados, não se trata da mesma garantia do contraditório, apesar de estritamente vinculados e tratados conjuntamente. Para Fredie Didier Jr., “a ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório” (DIDIER JR., 2016, p. 89).

Dessa forma, garante-se o devido processo constitucional, o contraditório e a ampla defesa, sob pena de violar a Constituição. Mesmo que em determinados casos seja postergado, jamais será totalmente suprimido.

### **3. O Código de Processo Civil de 2015 e a vedação da decisão-surpresa**

O legislador do Código de Processo Civil de 2015 instituiu mecanismos para o respeito ao devido processo constitucional, determinação imposta, de início, no artigo inaugural <sup>4</sup>.

Visando a garantir o efetivo contraditório, dispôs sobre a necessidade de determinadas condutas das partes, dos magistrados e de todos os envolvidos no processo. Entre tais condutas, tornou-se necessário que as decisões proferidas estejam devidamente fundamentadas e concedidas às partes espaço para que se manifestem sobre o conteúdo, sendo vedada a decisão-surpresa. Para tanto, importante se faz a análise da fundamentação das decisões e da vedação à decisão-surpresa.

---

<sup>4</sup> Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil observando-se as disposições deste Código. (BRASIL, 2015)

### 3.1. Fundamentação das decisões

É tratada inicialmente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no art. 93, IX, ao preconizar que:

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

**IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988, grifo nosso).**

Assim, é impossível que se profira qualquer decisão sem amparo legal, sem fundamento que justifique tal deliberação. A propósito, o Código de Processo Civil de 2015, artigos 10 e 11<sup>5</sup>, dispõe que, além de fundamentar a decisão, é necessário que se confira à parte a oportunidade de se manifestar sobre ela. A fundamentação diz respeito ao fundamento legal que justificou a formação e a exposição da decisão.

O artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015 enumera os elementos que devem estar inseridos na sentença e, entre eles, o dever de fundamentar as decisões.

São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

---

5 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (BRASIL, 2015).

**II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;**

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

A necessidade de fundamentação das decisões proferidas confere contraditório efetivo, tendo em vista que os interessados terão tido conhecimento dos fundamentos que ensejaram determinada decisão, podendo influir na sua alteração ou confirmação.

### **3.2. Vedação da decisão-surpresa**

O art. 7.º do Código de Processo Civil de 2015 estabelece como dever do magistrado zelar e propiciar mecanismos para a efetivação do direito ao contraditório efetivo.

Para Fredie Didier Jr., o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão (DIDIER JR., 2016, p. 81).

Assim, visando à garantia do contraditório completo, além de a parte ter ciência, presença e comunicação sobre os atos processuais, é necessária oportunidade para influir na decisão a ser prolatada pelo magistrado. Aliás, o art. 9.º do CPC 2015 dispõe que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.” (BRASIL, 2015)

Para a efetividade do contraditório, é necessário que as partes tenham ciência do processo antes que seja proferida qualquer decisão, com as ressalvas tratadas pelo próprio código de contraditório diferido.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery enfatizam que o juiz deve zelar pela observância do contraditório (CPC, art 7.º),

---

razão pela qual não pode negar ou desprezar a parte ouvida, exceto nos casos especificados pelo CPC art. 9.º (NERY JÚNIOR; NERY, 2018, p. 42).

Matheus Carvalho salienta que o contraditório permite a participação do interessado na condução do feito, tendo o poder de influenciar na decisão a ser proferida, concedendo ao julgador a sua visão acerca do tema discutido (CARVALHO, 2017, p. 60).

O art. 10 do CPC 2015 dispõe que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” (BRASIL, 2015)

Consagra-se, assim, a vedação da decisão-surpresa, e se respeita o devido e efetivo contraditório. Segundo Fredie Didier Jr. , decisão-surpresa é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório. (DIDIER JR., 2016, p. 85)

A vedação da decisão-surpresa visa a garantir o efetivo contraditório. As partes não podem ser surpreendidas por decisões sustentadas em fatos e fundamentos dos quais não houve ciência, tendo em vista que, com base no devido processo constitucional, as partes têm o direito de influir na decisão.

#### **4. A vedação da decisão-surpresa como garantia do contraditório no processo constitucional**

O contraditório efetivo trata-se de imposição constitucional e deve ser observado em todas as fases processuais. Garanti-lo exige mecanismos que zelem pelo respeito a todos os envolvidos no processo.

Conforme o filósofo Jürgen Habermas na teoria do agir comunicativo, é necessária comunicação para o exercício da democra-

cia, participação efetiva, conferindo oportunidades igualitárias às partes envolvidas.

Luís Cláudio Palermo ressalta:

A linha de raciocínio de Habermas aponta para o entendimento da complexidade moderna com vistas a oferecer soluções que não tornem os destinos das pessoas como simples desdobramentos de imposições institucionais e sistêmicas, mas que ofereça possibilidades de transformações sociais que se abram para o que emana do mundo da vida, ou seja, para que as organizações da sociedade civil tenham capacidade de intervenção política e não sejam meramente números nas estatísticas oficiais. (PALERMO, 2013, p. 16)

Conferir às partes oportunidade de manifestação, além de garantir a efetivação do contraditório e devido processo legal, entrega a elas a possibilidade de intervir na decisão que será proferida e trará consequências à realidade.

Guiado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pelos princípios ali contidos, o legislador do Código de Processo Civil de 2015 preservou o devido processo constitucional.

A vedação da decisão-surpresa, assim, surge como mecanismo para garantir o contraditório. Uma decisão proferida sem que antes as partes tenham tido a possibilidade de manifestar e de influir na decisão fere o contraditório e, conseqüentemente, o devido processo constitucional.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já proferiu decisões cassando sentenças que não observaram o contraditório:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CONHECIMENTO - PRELIMINAR - NULIDADE - CONTRADITÓRIO - ACEPÇÃO DINÂMICA - **VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA** - PRÉVIA OITIVA DAS PARTES - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO - SENTENÇA CASSADA. 1. O CPC/15 representa uma evolução no tratamento

infraconstitucional do princípio do contraditório, pois, se antes era bastante o contraditório entendido como bilateralidade de audiência, reconhece-se agora a acepção dinâmica do contraditório, pois a efetivação do princípio exige a garantia de influência e a vedação à decisão surpresa. 2. O texto do artigo 10 do CPC/15 é claro ao definir que a necessidade de oitiva prévia das partes se refere a quaisquer fundamentos, sejam eles fáticos ou jurídicos, não se mostrando adequadas a interpretações que buscam restringir o termo “fundamento” apenas às circunstâncias de fato. 3. O dever de considerar os argumentos jurídicos das partes decorre do próprio dever de fundamentação adequada das decisões judiciais, pois a legitimação democrática do provimento judicial decorre justamente da participação dos interessados. 4. Sentença cassada. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.19.004240-8/001, Relator(a): Des.(a) José Américo Martins da Costa, 15.<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27.6.2019, publicação da súmula em 3.7.2019.(MINAS GERAIS, 2019, grifo nosso)

Tem-se que conferir aos interessados o contraditório de maneira efetiva por meio de fundamentação devida em leis, em artigos, em entendimentos jurisprudenciais, tendo em vista a limitação explicitada nos fundamentos utilizados para a decisão.

Para se manifestar é necessário ciência e compreensão dos fundamentos que justificam a decisão pronunciada. A vedação à decisão-surpresa, dessa forma, preserva a observância ao devido processo constitucional e respeita os princípios conhecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente o contraditório efetivo.

## 5. Conclusão

Na busca pelo contraditório efetivo, o princípio da vedação da decisão-surpresa se trata de um mecanismo para eficácia e respeito ao devido processo constitucional.

É necessário que para todas as garantias constitucionais trazidas pelo poder constituinte originário e pelo poder constituinte derivado reformador se criem mecanismos que permitam efetivá-las. Não se confere direito ao cidadão sem a possibilidade de efetivo aproveitamento.

Assim, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as garantias enumeradas nela – como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões – são formas que possibilitam a fruição.

O Código de Processo Civil de 2015, visando ao devido processo constitucional e a preservar o respeito aos mandamentos constitucionais, dispôs parâmetros que consolidam a necessidade de fundamentação das decisões, vedando a prolação de decisões-surpresas, aquelas nas quais as partes envolvidas no processo não tiveram a oportunidade de ciência, conhecimento e manifestação. Conferiu-se, por conseguinte, o respeito ao contraditório efetivo.

Ao se buscarem mecanismos que garantam o devido contraditório de maneira efetiva, a vedação à decisão-surpresa possibilita o respeito a ele. A fundamentação das decisões permite que se conheça a decisão prolatada sem se surpreender. Os interessados seriam capazes de se insurgirem antes que determinada situação seja perpetuada.

Dessa forma, infere-se o quão importante para o respeito ao devido processo constitucional é a observância dos princípios constitucionais nele aplicados. Daí o CPC 2015 apresentar mecanismos que os tornam obrigatórios em todo o processo.

O contraditório efetivo, que antes não reunia tantas formas de ser garantido, tornou-se eficaz diante da vedação à decisão-surpresa, da necessidade de fundamentação das decisões e da oportunidade de as partes participarem do processo e da decisão a ser proferida.

Por fim, a vedação da decisão-surpresa confere aos participantes do processo e aos interessados a efetivação do contraditório, respeitando o devido processo constitucional.

## 6. Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. v. 90., 2004. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/0>. Acesso em: 5 jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. In: RFD – Revista da Faculdade de Direito - UERJ. v. 2., n. 21., 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 5 jun. 2019.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 4 maio 2019.

BRASIL, 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 20 jun. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **O processo constitucional na construção do Estado Democrático de Direito**. In: VILELA, Alexandra; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Jorge; MEIRA, José Boanerges. (Org.). *As novas fronteiras do Direito*. 1ed. Porto: Universidade Lusófona, 2018, v. 1, p. 91-106.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.1.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. Ampl e atual. Salvador: Juspodvjm, 2017.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_Freitas-SHZ\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_Freitas-SHZ_1.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2019.

GODOY, Daniel Polignano. **A fundamentação de decisões judiciais: o art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 e a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: [http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-ASXFMT/disserta\\_o\\_\\_\\_vers\\_o\\_final\\_numerada\\_para\\_impress\\_o.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-ASXFMT/disserta_o___vers_o_final_numerada_para_impress_o.pdf?sequence=1). Acesso em: 29 jun. 2019.

---

MINAS GERAIS, 2019. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0000.19.004240-8/001. Relator(a): Des.(a) José Américo Martins da Costa, 15.<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27.6.2019, publicação da súmula em 3.7.2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=56&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=veda%E7%E3o%20decis%E3o%20surpresa&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 4 jul. 2019

MORAIS JUNIOR, João Nunes. **Estado Constitucional de Direito**: Breves considerações sobre o Estado de Direito. *In: Revista de Direito Público, Londrina. v.2, n.6, 2007*. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11367>. Acesso em: 12 maio 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo:- Thomson Reuters Brasil, 2018

OLIVEIRA, João Roberto Machado Neves. **O princípio do contraditório como direito de influência e a sua aplicação no novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/21105890.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

PALERMO, Luis Cláudio. **A importância da teoria do agir comunicativo na atualidade**: racionalidade, mundo da vida e democracia deliberativa. *In: PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do curso de Ciências Sociais da Unifap, n. 6, p. 1-17, dez. 2013*. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/pracs/article/view/806>. Acesso em: 1.º jul. 2019.

Artigo recebido em: 18/7/2019

Artigo aprovado em: 7/8/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20190009

**67 - 88**

Artigo

**DA VALIDADE DO ENCONTRO  
FORTUITO DE PROVAS NAS  
INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS  
CONFORME A JURISPRUDÊNCIA  
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

DANILO GAVIÃO AVELINO DE MELLO

# DA VALIDADE DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE VALIDITY OF THE FORTUITOUS FINDING OUT OF EVIDENCE  
ON THE TELEPHONE INTERCEPTIONS ACCORDING TO THE JURISPRUDENCE  
OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

DANILO GAVIÃO AVELINO DE MELLO

Analista

Ministério Público de Minas Gerais, Brasil

daniлогaviao@mpmg.mp.br

**RESUMO:** Valendo-se de revisão bibliográfica e da indicação do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o trabalho informa as diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional acerca das interceptações telefônicas no âmbito da persecução criminal e as situa como meio de prova no contexto do direito processual penal, fazendo uma distinção entre as provas consideradas lícitas e as ilícitas ou ilegítimas. Em seguida, aborda o fenômeno do “encontro fortuito de provas”, também conhecido como “serendipidade”, sejam essas novas provas conexas (serendipidade de primeiro grau) ou não conexas (serendipidade de segundo grau) àquela que justificou o afastamento do sigilo, situação que rotineiramente ocorre nas interceptações telefônicas durante uma investigação. Ao final, a pretensão é reafirmar a validade das novas provas encontradas, desde que corretamente manejadas, a fim de afastar eventuais alegações de nulidade e permitir ao Estado que cumpra seu dever constitucional de garantir a segurança pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Provas. Interceptações telefônicas. Serendipidade. Validade.

**ABSTRACT:** Making use of bibliographic review and indication of the position of the Superior Court of Justice, the work informs the guidelines drawn up by the Federal Constitution of 1988 and by the infraconstitutional legislation on the telephone interceptions related to the Criminal persecution and places them as a means of proof in the context of criminal procedural law, making a distinction between the evidence considered lawful, illegal or illegitimate. In sequence, it addresses the phenomenon of “fortuitous evidence gathering”, also known as “serendipity”, being these new related evidence or unrelated to that which justified the removal of the secrecy, situation that routinely occurs in telephone interceptions during an investigation. In the end, the objective is to reaffirm the validity of the new evidence found, as long as properly managed, so as to avoid any allegations of nullity and allow the State to fulfill its constitutional duty to guarantee public safety.

**KEYWORDS:** Proof. Telephone Interceptions. Serendipity. Validity.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Interceptação telefônica: fundamentação constitucional e definição. 3. interceptação telefônica como prova. 3.1. Das provas ilícitas e ilegítimas. 4. O fenômeno do encontro fortuito de provas (serendipidade). 4.1. Da validade do encontro fortuito de provas conexas (serendipidade de primeiro grau). 4.2. Da validade do encontro fortuito de provas não conexas (serendipidade de segundo grau). 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

O fenômeno do encontro fortuito de provas, também chamado de “serendipidade”, é recorrente nas interceptações telefônicas. Contudo, muitos operadores do Direito encontram dificuldade no manejo desse tipo de prova, redundando, muitas vezes, no campo da nulidade, o que pode colocar a perder toda a atividade investigatória e, via de consequência, inviabilizar a persecução penal.

Nesse contexto, o artigo abordará os diferentes tipos de serendipidade e apresentará a visão doutrinária e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, de forma a apontar o manejo mais adequado da prova encontrada fortuitamente em interceptações telefônicas.

A princípio, será abordada a fundamentação legal e constitucional da interceptação telefônica, sem olvidar os posicionamentos doutrinários. Em seguida, será apresentada a noção de prova no direito processual penal, seus desdobramentos e fundamentos de validade. O quarto capítulo versará sobre o ponto fulcral do presente trabalho: o fenômeno do encontro fortuito de provas e suas espécies, seus desdobramentos, posicionamentos doutrinários e do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final, será possível vislumbrar a adequada tratativa das provas encontradas fortuitamente no contexto das interceptações telefônicas, bem como sua validade à luz da doutrina e jurisprudência consultadas.

## 2. Interceptação telefônica: fundamentação constitucional e definição

A Constituição da República promulgada em 1988 previu, em seu artigo 144, que a segurança pública é dever do Estado. A consecução desse mister passa por uma série de filtros principiológicos

que visam garantir o cidadão contra a arbitrariedade estatal. Nesse contexto, o constituinte previu, no Título II da Carta Maior, uma série de direitos e garantias fundamentais, entre os quais a inviolabilidade da vida privada e da intimidade das pessoas (art. 5º, X). Logo em seguida, contudo, expôs uma exceção a essa regra, justificada pelo dever que o Estado tem de garantir a segurança dos cidadãos, consistente na possibilidade de quebra – judicialmente autorizada – do sigilo das comunicações telefônicas no âmbito da persecução penal (art. 5º, XII).

E assim é porque, conforme entendimento sedimentado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, os direitos fundamentais não são dotados de caráter absoluto. A propósito, Renato Brasileiro cita trecho esclarecedor do voto do Ministro Celso de Melo no julgado do MS 23452/RJ:

[...] não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.<sup>1</sup>

Desse modo, ciente da permanente evolução das formas e da dinâmica do delito, o constituinte optou por excepcionar a regra da inviolabilidade no âmbito da investigação criminal e da instrução

1 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 944.

processual penal. As únicas exceções equivalentes são as previstas nos casos de estado de defesa (art. 136, §1º, I, “c”, da Constituição da República) e de sítio (art. 139, III, da Constituição da República).

Nesse passo, a Constituição da República Federativa do Brasil, previu, em seu artigo 5º, XII:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Nota-se, portanto, que a possibilidade de quebra do sigilo das “comunicações telefônicas” possui guarida constitucional e está adstrita à persecução penal (investigação criminal ou instrução processual), devendo ser precedida de autorização judicial.

Com efeito, na persecução penal hodierna, a interceptação telefônica tem se mostrado um valoroso, e por vezes inarredável, instrumento de investigação, na medida em que é por meio da comunicação – em suas várias matizes – que se forma o elo indispensável para a consumação delitiva, principalmente em delitos de maior complexidade e que envolvem vários agentes.

Lado outro, o dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei n.º 9.296/1996, que trata da “interceptação das comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal”.

Tanto a Constituição da República quanto a legislação utilizam o termo “comunicações telefônicas”. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, citando Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel, esclarecem o alcance da expressão:

[...] são as e qualquer natureza, vale dizer, toda aquela permitida pelo desenvolvimento tecnológico, podendo se dar por meio de

---

fi, radioeletricidade (tal qual o telefone celular), meios eletromagnéticos, ópticos, seja se valendo de informática ou não.<sup>2</sup>

No artigo, será utilizado o termo genérico “interceptação telefônica” como sendo a captação da conversa telefônica por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores. Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, as notas distintivas da interceptação telefônica são as seguintes:

- 1) na interceptação telefônica há três protagonistas, ou seja, (a) dois interlocutores (os sujeitos que se comunicam por intermédio de sistema telefônico) e (b) um interceptador que capta a conversação; e
- 2) a interceptação telefônica pressupõe que a captação da conversação pelo sujeito interceptador se dê sem o consentimento dos interlocutores.<sup>3</sup>

E nisto ela se diferencia da “escuta telefônica” e da “gravação telefônica”. A primeira ocorre quando há captação da conversa por um terceiro com o conhecimento de um – e apenas um – dos interlocutores (o outro não tem conhecimento). Já a “gravação telefônica” se consuma quando ocorre a captação da conversa por um dos interlocutores (que grava a própria conversa) com ou sem o conhecimento do outro.

Outras modalidades similares são a interceptação ambiental, a escuta ambiental e a gravação ambiental, que ocorrem quando há captação no próprio ambiente da conversa, sem que tenha concorrido algum elemento de telefonia. Por isso mesmo não são abrangidas pela Lei 9.296/96, razão pela qual também não serão objeto de estudo no presente trabalho.

---

2 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 746.

3 Ob. cit. p. 749.

---

Por se enquadrar como meio de prova, a interceptação telefônica não se furta às regras processuais penais que regem o seu manejo, conforme será visto no capítulo seguinte.

### 3. Interceptação telefônica como prova

“Prova” é o que se presta ao convencimento do julgador. Tendo este conceito como norte, a acusação e a defesa, durante a instrução processual, levam aos autos tudo aquilo que a lei permite que seja tratado licitamente como “prova”, ou seja, como forma de convencer o magistrado. É nesse sentido que o artigo 155 do Código de Processo Penal dispõe que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]”.

Nesse contexto, distingue-se *prova* de *elementos de informação*. Fundamentalmente, a “prova” submete-se ao contraditório, seja durante sua produção, seja em momento posterior (contraditório diferido ou postergado), ao passo que os *elementos de informação* não se submetem a ele, sendo produzidos em fase pré-processual. Nesse passo, a interceptação telefônica (seu “auto circunstanciado”, conforme art. 6º, §2º, da Lei n.º 9.296/96), por ser juntada aos autos do processo e submetida à defesa do acusado, é classificada como “prova”.

A propósito, Guilherme de Souza Nucci averba:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo *prova*: a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato<sup>4</sup>.

---

4 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 338.

Já Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar fazem a distinção entre “meios de prova” (ferramentas processuais), “meios de obtenção de prova” e “fontes de prova” (pessoa ou coisa da qual a prova emana). Para os autores<sup>5</sup>, a interceptação telefônica “é meio de obtenção de prova [...] eis que se destina a indicar outras fontes de prova”, ao passo que a *transcrição* da interceptação telefônica é “fonte de prova” quando indica fato delituoso diverso do apurado, servindo como notícia do crime para outra investigação autônoma.

Por fim, os autores esclarecem que “o resultado da operação técnica de interceptação telefônica é fonte de prova, enquanto a gravação e as respectivas transcrições formam o documento que, uma vez inserido no processo, será meio de prova”.

Portanto, a interceptação telefônica, enquanto procedimento de escuta por profissionais habilitados, é considerada *fonte de prova*, ao passo que, quando encartada aos autos após a transcrição (conforme prevê o §2º do artigo 6º da Lei de regência), torna-se *meio de prova*.

De uma forma ou de outra, está sujeita à disciplina que rege as provas no processo penal brasileiro.

### 3.1. Das provas ilícitas e ilegítimas

O constituinte de 1988 encartou a disciplina da prova ilícita entre os direitos e garantias fundamentais ao prever, no artigo 5º da Lei Maior, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Seguindo essa esteira, o legislador ordinário, no título do Código Processual dedicado às provas, esmiuçou o mandamento

---

5 TÁVORA; ALENCAR. *ob. cit.* p. 614.

---

constitucional: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (art. 157).

Dessa forma, a produção probatória possui limites constitucionais e legais definidos. E não poderia ser diferente. Sendo o processo judicial uma garantia do cidadão contra o arbítrio estatal, é natural que a produção de prova sem o necessário respaldo das regras legais seja maculada pela ilicitude.

Nesse contexto, a doutrina subdivide as provas inadmissíveis em ilícitas e ilegítimas. Provas *ilícitas* são aquelas que violam disposições de direito material. A interceptação telefônica realizada sem autorização judicial se enquadra nesse rol. Em casos como este, a prova deverá ser excluída (desentranhada dos autos), uma vez que não poderá servir de fundamento à decisão judicial.

Já as provas *ilegítimas* são violadoras de normas processuais. A título de exemplo, tem-se um laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial, quando, nestes casos, a lei processual exige a assinatura de dois (artigo 159, §1º, do Código de Processo Penal). A consequência depende da extensão da ilegitimidade, da qual poderá advir a nulidade absoluta, a relativa ou a mera irregularidade.

No âmbito do encontro fortuito de provas durante uma interceptação telefônica, a fim de se aquilatar eventual ilicitude ou ilegitimidade, interessa saber se há ou não conexão da prova encontrada com os fatos inicialmente investigados.

Com efeito, a Lei 9.296/96, no parágrafo único do seu artigo 2º, impõe limites objetivos e subjetivos à interceptação telefônica. A prova deverá cingir-se a esses limites. As pessoas e os fatos investigados – objetos da interceptação – deverão ser aqueles mencionados no pedido cautelar. Porém, não é possível delimitar, antecipadamente, o teor das comunicações interceptadas. É possível, nesses casos, e até corriqueiro, haver menção a outros criminosos

que participaram do crime investigado ou a delitos ligados a ele. Como é possível, também, a menção a pessoas ou fatos que nada têm a ver com aquele que foi objeto da apreciação judicial.

Trata-se de fenômeno que resvala no direito constitucional à intimidade – cujo sigilo somente pode ser afastado por ordem judicial – e, portanto, atinge a licitude da prova. Contudo, se de um lado a Constituição da República alberga a intimidade, por outro, é dever do Estado prover a segurança pública (art. 144, *caput*, da Carta Magna).

O correto manejo do encontro fortuito de provas conexas e não conexas durante a interceptação telefônica evita que elas sejam inquinadas pela ilicitude.

#### 4. O fenômeno do encontro fortuito de provas (serendipidade)

Durante os procedimentos de interceptação telefônica, é possível que o interceptador se depare com comunicações que façam alusão a crimes diversos daqueles que estão sendo objeto de investigação. Trata-se do fenômeno do encontro fortuito de provas, também conhecido como “serendipidade”.

Luiz Flávio Gomes, citando Ethevaldo Siqueira, define serendipidade como “sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa. [...] A palavra foi cunhada em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, no conto de fadas *Os três príncipes de Serendip*, que sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam”<sup>6</sup>.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 635) esclarecem: “No âmbito do direito processual, serendipidade signifi-

---

6 GOMES, Luiz Flávio. Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas. Disponível em <<https://lfj.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>>. Acesso em: 4/5/2017.

---

ca, em poucas palavras, o encontro fortuito de provas relativas a fato delituoso diverso daquele que é o objeto das investigações.”

Na persecução criminal, o fenômeno muitas vezes tangencia a proteção constitucional do sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da Constituição da República). É o que ocorre em uma interceptação telefônica, quando, por exemplo, o agente interceptador se depara com diálogos travados entre o alvo das investigações e um terceiro partícipe que até então era desconhecido dos investigadores. Ou então quando se depara com menção a fatos criminosos que não eram, até então, objeto de investigação.

Os casos em que o sigilo das comunicações é afetado não se confundem, no entanto, com encontros casuais de provas não acobertadas pelo sigilo, como, a título de exemplo, policiais que ingressam em uma residência para apurarem tráfico de drogas (crime permanente) e localizam o cativado de uma pessoa sequestrada. Trata-se, neste caso, de um encontro fortuito em contexto que não demandava autorização judicial (ingresso domiciliar em caso de flagrante delito), nos termos do art. 5º, XI, da Constituição da República.

Já as informações subjetivas ou objetivas (na forma de diálogos) encontradas fortuitamente no contexto de uma interceptação telefônica estão protegidas pelo sigilo por se tratarem (tais informações) da exposição da *intimidade* de terceiros, que, por acaso, foi devassada durante a apuração de um crime. Conforme esclarece Marcelo Novelino:

Os direitos da personalidade emanam diretamente da dignidade da pessoa humana. Como decorrência da autonomia da vontade e do respeito ao livre-arbítrio, o direito à privacidade confere ao indivíduo a possibilidade de conduzir sua própria vida da maneira que julgar mais conveniente, sem intromissão da curiosidade alheia.<sup>7</sup>

---

7 NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 584.

---

Por estas razões, a Lei n.º 9.296/96, que disciplina as interceptações telefônicas, procura restringir ao máximo o objeto da investigação. Conforme dispõe no parágrafo único do seu art. 2º: “Em qualquer hipótese *deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados*, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.” (grifo nosso).

Como se nota, via de regra, o deferimento da interceptação telefônica depende da demonstração (pela Autoridade Policial ou pelo órgão do Ministério Público) da ocorrência de um ilícito específico, objeto de investigação. A lei exige clareza na descrição como desdobramento da proteção constitucional da intimidade. Vale dizer: não é lícito à autoridade investigante lançar mão de interceptações telefônicas sem antes levantar dados que demonstrem que a pessoa interceptada tem ligação com o crime investigado.

Trata-se de medida que visa a preservar, na medida do possível, o sigilo das comunicações telefônicas, embora na prática seja comum que os investigados – além de conversarem entre si – mantenham diálogos com terceiros não contemplados na ordem judicial. E é justamente nesse contexto que nasce a importância de se disciplinar o fenômeno do encontro fortuito de provas, já que eventual ilicitude de prova pode colocar a perder toda uma investigação.

Discute-se, portanto, a validade (licitude) da utilização das fontes de prova encontradas fortuitamente em uma interceptação telefônica, sejam elas conexas ou não com o objeto da investigação.

#### **4.1. Da validade do encontro fortuito de provas conexas (serendipidade de primeiro grau)**

A serendipidade de primeiro grau<sup>8</sup> nas interceptações telefônicas ocorre quando há o encontro fortuito de provas conexas àquela que ensejou o afastamento do sigilo.

---

8 TÁVORA; ALENCAR, *ob. cit.* p. 635.

Na prática, algum dos alvos interceptados pode fazer alusão a outras *pessoas* relacionadas com a prática dos fatos investigados (coautor ou partícipe), caso em que é cabível pedido de inclusão do terminal telefônico interceptado fortuitamente, ampliando-se o número de investigados. Ou então pode ocorrer de o interceptador se deparar com referências a infrações conexas ao *fato* investigado, quando então o objeto da investigação se amplia.

Nestes casos, a transcrição da interceptação telefônica (meio de prova) será válida na medida em que se trata de mero desdobramento dos fatos inicialmente investigados. A propósito, Renato Brasileiro averba que a descoberta do envolvimento de outra pessoa com o crime investigado (continência por cumulação subjetiva – art. 77, I, do Código Processual Penal) é meio probatório plenamente válido na medida em que o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.296/96 “admite a autorização mesmo nos casos em que não tenha sido possível a indicação e qualificação dos investigados”<sup>9</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça já assentou a validade do encontro fortuito de provas conexas em diversos julgamentos. Cita-se, como paradigma, o julgamento do *habeas corpus* 33553/CE, datado de 17/03/2005, em que a Corte decidiu: “É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, *desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação.*” (grifo nosso)

Em seu voto, que acabou sendo seguido pelos demais Ministros, a Ministra Relatora Laurita Vaz fez referência à doutrina de Ada Pellegrini Grinover, que aduz:

Aqui a solução deve ser no sentido da admissão dos elementos obtidos, desde que ligados ao fato que está sendo investigado, até

---

<sup>9</sup> BRASILEIRO, Renato. *ob. cit.* p. 977.

porque o mencionado parágrafo único do art. 2º admite a autorização mesmo nos casos em que não tenha sido possível a indicação e qualificação dos investigados. (GRINOVER, 2001, p. 188)

Esse entendimento foi seguido em diversos julgados posteriores que cristalizaram o posicionamento do Tribunal Superior, a exemplo do HC 33462 (julgado em 29/07/2005), do HC 69552 (julgado em 06/02/2007), do HC 144137 (julgado em 15/05/2012), do HC 125636, (julgado em 17/11/2015), do RHC 42215 (julgado em 16/08/2016) e do AgRg no AREsp 981437 (julgado em 21/02/2017).<sup>10</sup>

No julgamento do *Habeas Corpus* 69552/PR, em 06/02/2007, a Corte debruçou-se sobre a questão da serendipidade em casos de notícia de *infração futura*:

“I - Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. *Habeas corpus* denegado.” (HC 69552/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/02/2007).

---

10 Parâmetros de busca junto ao endereço eletrônico <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>: serendipidade interceptação. Acesso em: 9/8/2017.

Nesse julgado, o Tribunal foi contundente ao declarar que o Estado não pode permanecer inerte ao tomar ciência de um crime que será praticado e que, em se tratando de infrações futuras, a discussão acerca da licitude cinge-se ao meio de prova utilizado para tomar conhecimento dessa suposta infração.

Portanto, no tocante à serendipidade de primeiro grau, ou seja, quando há conexão entre os fatos, a doutrina consultada e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de 2005 a 2017, são assentes ao firmarem a validade da fonte de prova obtida.

#### **4.2. Da validade do encontro fortuito de provas não conexas (serendipidade de segundo grau)**

Também pode ocorrer o encontro fortuito de provas de uma infração totalmente nova, estranha aos fatos investigados, ou seja, sem relação de conexão ou continência com eles. É a chamada “serendipidade de segundo grau”.

Tome-se, a título de exemplo, uma investigação de tráfico de drogas (Lei n.º 11.343/06) em que um interlocutor, até então desconhecido, mantém um diálogo com o investigado e revela detalhes da prática de um crime de roubo de cargas, inclusive apontando sua autoria. A investigação, que inicialmente visava apurar o comércio ilícito de entorpecentes, deparou-se com provável prática de crime patrimonial, ou seja, delito diverso daquele que inicialmente ensejou a interceptação telefônica. Trata-se de fonte de prova que não foi alcançada pela decisão que autorizou o afastamento do sigilo.

A problemática reside no encontro fortuito de provas de infração totalmente diversa daquela que é objeto de investigação, uma vez que a autorização judicial, lastreada em “indícios razoáveis da autoria ou participação” dos investigados em uma infração

---

*específica* (artigo 2º, I, da Lei 9.296/96), por óbvio não contemplou o novo delito encontrado fortuitamente.

Com efeito, o parágrafo único do artigo 2º da Lei de Interceptação dispõe que “em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados [...]”. Ou seja, para preservar a intimidade de terceiros, a decisão que defere a medida cautelar deve conter autorização para se investigar pessoas e fatos *específicos* (parcela subjetiva e objetiva). No caso da serendipidade de segundo grau, as pessoas e/ou fatos novos, conforme ressaltado, não possuem ligação com aqueles inicialmente apurados, o que pode inquinar a investigação de nulidade caso não sejam corretamente manejados.

Para Luiz Flávio Gomes, a validade da prova encontrada fortuitamente depende da *conexão* entre o fato investigado e o fato novo<sup>11</sup>. Por este motivo, é de suma importância a fundamentação da decisão autorizadora, já que ela delimitará a situação objeto da investigação e o(s) sujeito(s) passivo(s), permitindo, assim, avaliar a conexão entre os fatos e, via de consequência, a validade da interceptação.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, por seu turno, argumentam que, ocorrendo a serendipidade de segundo grau, a nova prova não será passível de ser utilizada como justa causa para a propositura de ação penal ou para fundamentar medidas cautelares, uma vez que não decorreu do “desdobramento histórico alusivamente àquele que foi o motivo determinante da medida”. Se for utilizada sem os cuidados devidos, será inválida<sup>12</sup>. Contudo, para os autores, a transcrição da interceptação obtida desta forma deverá ser tratada como *notícia-crime* e, como tal,

---

11 GOMES, Luiz Flávio. Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>>. Acesso em: 4/5/2017.

12 TÁVORA; ALENCAR, *ob. cit.* p. 636.

poderá servir como gatilho de uma nova investigação. Este é, também, o entendimento de Luiz Flávio Gomes.

A conclusão não poderia ser diversa. O sigilo da conversa interceptada fortuitamente, que não possua nenhum grau de conexão com o sujeito/objeto investigados, remanesce como objeto de proteção constitucional (art. 5º, XII). Nestes casos, a prova não poderá ser livremente utilizada, sob pena de nulidade. Poderá, entretanto, ser tratada como *notícia-crime*, impondo-se, nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “a imediata comunicação de tudo ao juiz (princípio do controle judicial), para que delibere a respeito”.

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o adequado manejo da prova não conexa, tratando-a, assim como os doutrinadores mencionados, como notícia-crime:

[...] Não há violação ao princípio da ampla defesa a ausência das decisões que decretaram a quebra de sigilo telefônico em investigação originária, na qual de modo fortuito ou serendipidade se constatou a existência de indícios da prática de crime diverso do que se buscava, *servindo os documentos juntados aos autos como mera notitia criminis, em razão da total independência e autonomia das investigações por não haver conexão delitiva*. (RHC 60871 / MT, J. 04/10/2016) (grifo nosso).

Por seu turno, Renato Brasileiro (2016, p. 977) ressalta que a nova prova encontrada não é, *per se*, ilícita ou ilícita por derivação, uma vez que “a origem da descoberta fortuita está diretamente relacionada a uma interceptação lícita, regularmente decretada pela autoridade judiciária competente”.

Este posicionamento também encontra respaldo no Superior Tribunal de Justiça. No julgamento da APN 425, a Corte Especial do Tribunal estabeleceu o seguinte:

[...] *A captação de conversas telefônicas obtidas dentro dos padrões legais*, mesmo que aclarando realidade nova, pode sustentar

uma persecução autônoma, ainda mais quando o seu conteúdo se mostrar fiel ao transcurso da investigação originária. Inteligência do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, bem assim, da Lei nº 9.296/96. [...]” (APN 425/ES, J. 16/11/2005) (grifo nosso).

No acórdão, o Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, em seu voto vencedor, destacou que:

[...] o importante acerca do conteúdo dos elementos aclarados com a interceptação *é que eles mantenham-se fiéis à legalidade do meio utilizado*, independente de ter ou não ampliado o que inicialmente se proponha com a medida assecuratória. Por outro lado, se a captação, dentro dos padrões legais, mostrou uma realidade nova em torno dos envolvidos e terceiros até então não identificados, e sobre fatos diversos por extensão, nada impede que estes possam sustentar uma persecução autônoma, porque, repita-se, *o que importa é considerar as interceptações telefônicas condizentes com os ditames do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, bem assim, da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.* (grifo nosso).

Como se nota, o critério utilizado pelo Tribunal para atestar a validade da serendipidade de segundo grau foi a *legalidade do meio utilizado*, independentemente da conexão ou não dos novos fatos trazidos à lume. Para embasar seu voto, o Ministro Relator mencionou julgados análogos naquela Corte: *Habeas Corpus* 27119, julgado em 25/08/2003, e *Habeas Corpus* 1634, julgado em 04/02/2002.

Antecipando-se a eventuais conclusões em sentido contrário (de que a prova fortuita seria ilícita desde o seu nascimento), Thiago Pierobom de Ávila faz uma digressão envolvendo a colisão dos princípios envolvidos:

Não se deve perder de vista na resolução da colisão entre princípios fundamentais da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas ilícitas, que este último princípio possui

a teleologia central de evitar as arbitrariedades cometidas pelas instituições encarregadas da persecução penal. Não há arbitrariedade nos conhecimentos fortuitos; ao contrário, os agentes policiais agem de boa-fé. A inadmissão dessas informações consiste numa sacralização do rito sem correspondente ganho dissuasório, em detrimento da verdade e da justiça.<sup>13</sup>

O doutrinador vai além e argumenta que o diálogo fortuito deve ser admitido não apenas como notícia-crime, mas também como “prova documental relativa à existência de determinado diálogo entre duas pessoas.” Trata-se não de um problema de admissão, mas sim de *avaliação da prova*, que será plenamente eficaz para fundamentar uma sentença condenatória, caso confirmada por outras provas.

Por fim, averba: “na ponderação dos interesses envolvidos entre um direito fundamental já (validamente) violado e os interesses do processo criminal em apurar outro ilícito descoberto sem arbitrariedades, deve prevalecer o segundo.”

O Superior Tribunal de Justiça, ainda que não explicitamente, segue o posicionamento do referido doutrinador ao entender, conforme visto, que a interceptação de terceiros, dentro dos padrões impostos pela Lei n.º 9.296/96, é lícita.

Outrossim, da análise de seus julgados, pode-se concluir que a Corte já consolidou um entendimento acerca do tema, manifestando-se pela licitude da serendipidade de segundo grau em diversos julgados. Em 9 de maio de 2017, decidiu o seguinte:

Este Superior Tribunal consolidou a orientação de que a descoberta, em interceptação telefônica judicialmente autorizada, do envolvimento de pessoas diferentes daquelas inicialmente investigadas - o denominado encontro fortuito de provas (seren-

---

13 ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br>>. Acesso em: 4/5/2017.

dipidade) - é fato legítimo, não gerando irregularidade do inquérito policial, tampouco ilegalidade na instauração da ação penal. (RHC 81.964/RS, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 9/5/2017).

A consolidação do entendimento pode ser verificada, entre outros, nos seguintes julgamentos: RHC 50011 (J. 25/11/2014), HC 300.684/RS (J. 17/03/2015), APn 690/TO (j. 15/04/2015), HC 308.019/SP (j. 20/10/2015), AgRg no REsp 1174858/SP (j. 10/03/2016), RMS 32.597/SP (J. 05/04/2016), RHC 81.964/RS (J. 09/05/2017), HC 387899 / RS (J. 13/06/2017).

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, responsável pelo julgamento unificado dos feitos relativos à matéria penal (art. 9<sup>a</sup>, §3<sup>o</sup>, do Regimento Interno), ainda não se debruçou sobre o tema, ao passo que a Corte Especial analisou dois casos. Na APn 675/GO (julgado em 18/11/2015), foi enfática ao decidir que a serendipidade não acarreta, *per se*, nulidade da investigação; na APn 690/TO (julgado em 15/04/2015), reafirmou a tese da licitude quando a interceptação telefônica seguir os ditames legais.

Já no julgamento do RHC 43270/SP, em 17/03/2016, o Tribunal posicionou-se sobre a legalidade tanto da serendipidade de primeiro grau, quanto da de segundo grau:

Não há se falar em desvio de finalidade da interceptação quando, tangenciando-se a linha normal de desdobramentos de uma investigação, depara-se com elementos que podem servir de base para outras investigações ou aprofundamento da investigação em curso, no que a doutrina denomina de “serendipidade” (precedentes).

Com isso, o Superior Tribunal de Justiça, na esteira da doutrina consultada, parece ter sedimentado uma linha argumentativa duradoura em seus julgados, seja tratando a prova encartada como autêntica notícia-crime, seja utilizando como critério a legalidade da interceptação anterior para validar a interceptação

posterior ou, por fim, decidindo expressamente que a serendipidade de segundo grau não gera irregularidade na investigação ou ilegalidade na ação penal.

## 5. Conclusão

O trabalho traçou as diretrizes gerais do que se convencionou chamar “serendipidade”, apresentando suas duas modalidades – primeiro e segundo grau – à luz da teoria das provas em direito processual penal. Buscou-se, num primeiro momento, traçar os comandos constitucionais e legais que regem o tema “interceptação telefônica”, a fim de defini-lo e situá-lo.

Verificou-se que as interceptações, quando precedidas de autorização judicial, e desde que tenham observados os pressupostos legais, são uma exceção à inviolabilidade da intimidade. Em seguida, avaliou-se as diversas possibilidades de mácula da prova na persecução penal, para demonstrar a problemática que envolve esse tipo de produção probatória. Nesse contexto, apresentou-se a teoria da ilicitude das provas, esboçando-se uma linha distintiva entre aquelas consideradas lícitas e aquelas consideradas ilícitas (vício de direito material) ou ilegítimas (vício processual).

Após a contextualização do encontro fortuito de provas (fenômeno conhecido como “serendipidade”), distinguiu-se as provas fortuitas conexas das não conexas, destacando-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da questão.

Ao final, foi possível constatar que o aludido fenômeno – de frequente ocorrência prática – não possui o condão de macular a prova, desde que devidamente manejada, seja para elastecer a linha de investigação até então adotada (serendipidade de primeiro grau), seja para dar início a uma nova investigação a partir da

notícia-crime (serendipidade de segundo grau), sempre tendo como norte que a segurança pública é dever do Estado.

À luz da teoria da colisão de princípios fundamentais, é possível antever uma nova diretriz no manejo das provas não conexas encontradas fortuitamente quando houver urgência na repressão de determinados crimes (ex: homicídio), na medida em que, apesar de serem tidas como notícia-crime, não podem eximir o agente estatal do seu dever de agir ante a fundamental importância que o Direito Penal dá a determinados bens jurídicos.

## 6. Referências

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Universidade de Brasília. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20%20C3%81VILA-%20Provas%20II%C3%AD-citas.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

CAMEIRA, Luciana Vaz. *Mini Penal 2017*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7246-3.

GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Artigo recebido em: 14/8/2018

Artigo aprovado em: 5/12/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190010

**90 - 113**

Artigo

**NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL  
COMO ESTRATÉGIA DE CELERIDADE**

DAVIDSON ALESSANDRO MIRANDA  
NAIANY LEONOR ANDRADE

# NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO ESTRATÉGIA DE CELERIDADE

BUSINESS PROCEDURAL LAW AS A STRATEGY FOR CELERY

DAVIDSON ALESSANDRO MIRANDA

Professor

Fundação de Administração Tecnológica, Brasil  
davidsondemolay@hotmail.com

NAIANY LEONOR ANDRADE

Estudante de Direito

Universidade Tiradentes, Brasil  
naiany.andrade@outlook.com.br

**RESUMO:** Este artigo intitulado “Negócio Jurídico Processual como Estratégia de Celeridade” é uma simples contribuição à Ciência Jurídica, já que o tema tem muito a ser debatido e repensado. Com esta pesquisa enseja-se superar a escassez de publicações sobre os negócios processuais e também criar uma ponte entre as estratégias e o direito. A pesquisa terá como método o estudo bibliográfico, bem como a consulta à legislação e jurisprudência aplicáveis ao tema. Serão apresentadas as discussões sobre a possibilidade de que o negócio jurídico processual seja considerado uma estratégia de celeridade aplicável aos atos processuais. Para isto, expor-se-á um breve histórico e conceito do negócio jurídico processual traçando-se posteriormente os fundamentos para uma estratégia viável. A justiça multiportas e a flexibilização do procedimento serão exploradas como justificação de uma concreta eficácia e aplicação dos negócios jurídicos ao Direito Processual Civil Brasileiro. Por último, estudar-se-á o instrumento estratégico para a gestão jurídica: o calendário processual.

**PALAVRAS-CHAVE:** celeridade; estratégia; negócio jurídico processual.

**ABSTRACT:** This article entitled Business Legal Process as a Strategy of Speed is a simple contribution to Legal Science, since the subject has much to be debated and rethought. This research aims at overcoming the scarcity of publications on procedural business, as well as creating a bridge between strategies and law. The research will have as a method the bibliographic study, as well as the consultation to the legislation and jurisprudence applicable to the subject. It will be presented the discussions on the possibility that the procedural legal business is considered a strategy of celerity applicable to the procedural acts. For this, a brief history and concept of the procedural legal business will be exposed, and the basis for a viable strategy will be outlined later. The multiport courts and the flexibility of the procedure will be explored as justification of a concrete effectiveness and application of the legal business to the Brazilian Civil Procedural Law. Finally, the strategic tool for legal management will be studied: the procedural timetable.

**KEYWORDS:** celeridade; strategy; legal business process.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Breve esboço histórico sobre negócio jurídico processual. 3. Fundamentos para uma estratégia. 4. Justiça coexistencial ou sistema multiportas. 5. Flexibilização do procedimento. 6. Calendário processual. 7. Considerações. 8. Referências.

## 1. Introdução

Diariamente, petições iniciais são protocoladas e, destarte, inicia-se a espera pela justiça. Em contrapartida, há uma imprevisibilidade quanto à duração de um processo judicial até que seja proferida a sentença. Sendo a morosidade um empecilho à tempestividade do procedimento, tratá-la como um desafio é uma atitude primordial para que estratégias sejam pensadas.

O Novo Código de Processo Civil de 2015 consagra nos artigos 190, 191 e 200 o negócio jurídico processual, instituto no qual é possível às partes planejarem estrategicamente cada ato processual, em especial, o princípio da duração razoável do processo, um dos alicerces presentes como Normas Fundamentais do Código Fux, proporcionando eficácia e utilidade aos procedimentos. Os negócios jurídicos processuais são, pois, instrumentos, a fim de que este princípio seja efetivo na prática forense. Amaru Maximiano (2015, p. 325) destaca que estratégia é a seleção dos melhores meios para realizar objetivos. Ter a hipótese de as partes acordarem sobre direitos disponíveis, bem como de elaborar um planejamento dos atos processuais, proporciona economia de tempo e custas processuais. Portanto, os negócios jurídicos no processo são um meio de atingir, por um tempo razoável, o alvo: a solução da lide, atualmente denominada demanda.

O objetivo deste artigo é demonstrar a inovação dos artigos presentes no Código de Processo Civil de 2015 como estratégia de celeridade em atos processuais, inclusive, especificamente, correlacionar os Negócios Jurídicos Processuais e as estratégias, com o fim de que os primeiros sejam um instrumento atenuante em face da morosidade judicial. Para tanto, a presente pesquisa justifica-se pela possibilidade de empregar essa inovação como uma estratégia viável e concreta ao colaborar com operadores do direito, seja na prática forense, seja na apreensão de conhecimento.

Para isso, este artigo é composto por cinco partes. Na primeira, serão apresentados o breve histórico e o conceito do negócio jurídico no processo. Na segunda, serão estabelecidos os fundamentos para uma estratégia. Na terceira, será examinada a justiça coexistencial ou multiportas. Na quarta, aborda-se a flexibilização do procedimento como a justificativa legal da justiça coexistencial e dos negócios jurídicos processuais. E, finalmente, na quinta, o calendário processual será a materialização de toda a pesquisa deste artigo.

## 2. Breve esboço histórico sobre o negócio jurídico processual

Numa viagem histórica, é possível situar a origem do negócio jurídico no Direito Romano Clássico, pois era utilizado na relações negociais. O conceito era vago, abstrato e amplo, não havia uma categorização de forma sistemática. Apenas no século XIX os juristas alemães conhecidos como os pandectistas delineararam e compilaram o conhecimento sobre tema. (WIEACKER, 2004, p. 254).

Conforme ratificou Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (2011):

Se a noção de negócio jurídico processual, que nasceu a partir de WACH como fruto da expansão do pandectismo, no fim do século XIX e início do século XX e teve sua crise dogmática anunciada por DENTI, na Itália, na segunda metade do século passado, agora parece ressurgir com vigor na Europa, especialmente no contexto de temáticas como a “contratualização” da justiça, acordos das partes no processo, acordos para o processo (...).

O desbravamento deste tema processual fora sistematizado, no Direito Comparado, em especial no Direito Europeu, por ilustres doutrinadores, dentre eles, o alemão Ritter Hugo, os italianos Emilio Betti, Luigi Cariota, Francesco Carnelutti. No Brasil, cita-se Caio Mario da Silva Pereira, Marcos Bernardes de Mello, Orlando Gomes, Fredie Didier, Teixeira de Sousa, Paula Costa e Silva.

O conteúdo disposto no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 preleciona a conceituação legislativa do negócio jurídico processual:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (BRASIL, 2015).

De acordo com o processualista Didier (2015, p. 376-377), o negócio processual é um ato de vontades em que com base num suporte fático, é conferido ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados legalmente, certas situações jurídicas processuais.

Portanto, o negócio processual seria um ato de expressão de poder, cujo escopo é impulsionar uma conduta alheia através de seu efeito jurídico (CARNELUTTI, 2000, p. 120-123). Nesse mesmo sentido, o magistrado Carlos Bandeira (2015, p. 38) assevera que:

O conceito pode abranger tanto declarações de vontade que integram a sequência do procedimento (v.g. o plano de recuperação judicial) como os negócios jurídicos extraprocedimentais (ex. a transação extrajudicial). Nesse sentir, são negócios jurídicos processuais tanto os preparatórios, que se celebram antes da demanda (v.g. pacto de competência), como os interlocutórios, que só podem ser concluídos na pendência de uma demanda (v.g. convenção de suspensão do processo).

Leonardo Cunha (2015, p. 24-67) corrobora com o entendimento de que o negócio jurídico processual é “a possibilidade que as par-

tes têm de ajustar as regras processuais às peculiaridades da causa, além de negociarem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

### 3. Fundamentos para uma estratégia

O princípio da duração razoável do processo é ofuscado pela evidente morosidade jurídica. A economia processual e a duração razoável de atos do procedimento são efeitos imediatos de convenções, como a tratada neste artigo. Conforme o economista Michael Porter (1996), “estratégia é a criação de uma posição ímpar e valiosa, envolvendo um conjunto diverso de atividades”. Logo, os negócios processuais proporcionam alcançar os escopos citados e, ainda, coloca cada sujeito do processo como merecedor de uma tutela adequada aos seus interesses. Dois importantes princípios são os alicerces para que os negócios processuais sejam instrumentalizados como uma estratégia de celeridade: o princípio da duração razoável do processo e o do autorregramento da vontade.

O princípio da duração razoável do processo é a expressão de um direito fundamental, consoante o disposto na Constituição da República de 1988: “Art. 5º (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” O ilustre Rui Barbosa, no seu discurso para os bacharelandos de 1920 na Faculdade de São Paulo, enfatizou:

(...) Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juizes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. (BARBOSA, 1997, p. 675).

Cândido Rangel Dinamarco (1994, p. 232) aponta que o juiz detém um papel de gestor frente a prevenção dos males causados pela abusiva duração do processo; nas suas palavras: “O tempo é o inimigo do processo”. Inclusive, está disposto no artigo 139, inciso II do CPC: “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe velar pela rápida solução do litígio”.

Segundo Didier (2014, p. 67), a duração de um processo dependerá da sua complexidade, isso quer dizer que a demora deve ser igual ao tempo necessário à solução do caso. Logo, é primordial obediência às garantias processuais como o contraditório e o direito aos recursos. Percebe-se que apenas o error in procedendo acarretará a morosidade processual, pois ocorrerá quando atos constituírem falhas no procedimento, na maioria das situações, causando a morosidade. Em contrapartida, o error in iudicando acarretará o direito processual de utilizar-se das garantias frente ao erro de julgamento, o que é uma consequência procedimental. Vale ressaltar que este princípio deve ser garantido, à medida que se resguardam os direitos inerentes ao Estado Democrático de Direito, mais especificamente o princípio do devido processo legal. Como instrui Dierle Nunes:

É de se verificar que a quantidade média de processos que um juiz brasileiro possui sob sua “direção” impõe-lhe uma análise superficial dos casos que lhe são submetidos, uma vez que o sistema de “prestação jurisdicional” faz com que este atue como se o que importasse não fosse a aplicação de tutela constitucional e democraticamente adequada, mas sim a prestação de serviços rápidos e em larga escala. (NUNES, 2006, p. 49).

Em consonância, Marinoni (2009, p. 89) aduz que:

O direito à duração razoável faz surgir ao juiz o dever de, respeitando os direitos de participação adequada das partes, dar a máxima celeridade ao processo. E dar a máxima celeridade ao processo implica em não praticar atos dilatórios injustificados, sejam eles omissivos ou expressos. Deixe-se claro, ainda, que o

juiz tem o dever de controlar a constitucionalidade das regras processuais à luz do direito fundamental à duração razoável, podendo deixar de aplicá-las em sua literalidade mediante o emprego da técnica da “interpretação conforme.

A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais estabelece claramente no § 1º do artigo 60 “(...) a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.” (CAPPELLETTI, 1988, p. 21).

Já o princípio do autorregramento (ou autonomia) da vontade é adstrito ao direito fundamental à liberdade, previsto no art. 5º, caput, da CR/88, e também, à necessidade de que haja uma plena participação no processo dos integrantes da relação jurídica, segundo consagra o CPC/2015. Este princípio é um dos pilares para a validade e regramento do Negócio Jurídico Processual, como depreende-se ao verificar a jurisprudência:

EMENTA: AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO – NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL – INOBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ – RELAÇÃO JURÍDICA DIAGONAL. Cláusula que previu o “negócio jurídico processual” que se limitou a prever benefícios ao locador, como a redução dos prazos, desocupação do imóvel de forma imediata e sem garantia, recursos apenas com efeito devolutivo e custeio de eventuais provas sempre pelo locatário, a quem não foi prevista qualquer garantia ou vantagem. Em verdade, não se configurou negócio processual fruto de autonomia de vontades, mas sim de um modo de afastar a aplicação da lei específica quando esta se mostrava desfavorável ao autor da ação de despejo ou credor dos respectivos alugueis. Cláusula que dispensa o dever de prestar caução para fins de liminar que deve ser afastada. Declaração de invalidade que pode ser feita de ofício pelo julgador. Data de Julgamento: 21/03/2018. RECURSO IMPROVIDO. (TJ-SP, 2018, *on-line*)<sup>1</sup>

1 TJ-SP. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Nº 2233478-88.2017.8.26.0000. SP, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 21/03/2018.

Com base nestes princípios, o CPC/15 trouxe a possibilidade de celebrar negócios jurídicos processuais, estipulando alterações quanto aos ônus, aos poderes, às faculdades e aos deveres, antes ou durante o processo (art.190). Inclusive com viabilidade para criação de um calendário processual, fixando datas para a realização dos atos processuais. Conforme disposto no artigo 191 do CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015):

Art. 191.

De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Nesse contexto, o artigo 200 do CPC, consagra a efetividade dos acordos inter partes:

Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

Cabe mencionar que Leonardo Cunha (2014), ainda elenca outros dispositivos exemplificativos, os quais autorizam matérias específicas do procedimento passíveis de um acordo:

As partes podem eleger o foro competente (NCPC, art. 63), convenionar a suspensão do processo (NCPC, art. 313, II), negociar o adiamento da audiência (NCPC, art. 362, I), acordar sobre a distribuição diversa do ônus da prova (NCPC, art. 373, parágrafo

fos 3 e 4), convencionar que a liquidação da sentença seja por arbitramento (NCPC, art. 509, I).

Se há uma previsão normativa subjetiva no novo CPC de 2015, significa que os negócios são típicos, estando à disposição daqueles, cujo objetivo seja uma tutela jurisdicional mais célere. Em contrapartida há que se ponderar a possibilidade de formação de negócios jurídicos processuais atípicos, em face à generalidade do caput do art.190 do CPC. Nesse sentido Fredie Didier (2016, p. 59-86) explica que o negócio processual atípico trata de situações jurídicas processuais (ônus, faculdades, deveres e poderes), sendo que tais situações são atos processuais, os quais podem sofrer redefinição de sua forma ou da ordem de encadramento dos atos, por exemplo. Vale destacar que consoante Victor Fairen Guillen (1992, p. 335), o negócio jurídico surtirá tanto efeitos processuais quanto extraprocessuais: “(...)un negocio jurídico procesal, en la formación de la voluntad, naturalmente, sí que surte efectos procesales y extraprocessales”.

#### 4. Justiça coexistencial ou sistema multiportas

Os meios alternativos de justiça foram recepcionados pelo Novo Código de Processo Civil (lei 13.105/2015) e possuem diante da crise de eficiência no sistema jurídico. A conciliação e a mediação são formas autocompositivas de conflitos tratadas como possíveis soluções em face da lentidão processual desde o século XX, no Brasil. Nessa perspectiva a processualista Ada Grinover explana que:

O Brasil foi, de certo modo, precursor do movimento de retorno aos métodos consensuais de solução de conflitos, quando determinou, na Constituição imperial, que nenhuma causa seria submetida ao Poder Judiciário, se antes não se tentasse a con-

ciliação. Mas, de duas, uma: ou o momento não era oportuno, ou foi infeliz a atribuição do encargo aos juizes de paz, que se transformaram rapidamente em autoridades celebrantes de matrimônios. (GRINOVER, s.d, p. 52).

O sistema multiportas<sup>2</sup>, adotado pelo Código de Processo Civil, fundamenta-se na flexibilidade do processo, em razão dela, a resolução da demanda deixa de ser uma imposição estatal e passa a ser a harmonia de interesses dos sujeitos jurídicos. O uso dos mecanismos alternativos de conflitos pode se dar por três formas, consoante Richard Reuben<sup>3</sup> : (1) pela vontade das partes; (2) por força de lei; e (3) por determinação judicial.

Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 798) explica que o mais importante não é ofertar uma decisão de mérito, mas sim diminuir os conflitos residuais não suscetíveis de tutela jurisdicional, em outras palavras, ter um julgamento de mérito não significa que se alcançou resultados justos e efetivos. Desta forma, o citado autor conclui que o acesso pleno à justiça e ao “processo civil de resultados” ocorre quando as partes participam do processo, buscando a equilíbrio dos interesses. Assim, Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2011, p. 230) ressalta a importância dos meios consensuais de solução de conflitos em detrimento da aplicação imediata da jurisdição:

---

2 O sistema multiportas ou tribunal multiportas, baseado no sistema americano: Multi-door Courthouse System. Conforme Thiago Rodovalho, a expressão multi-door courthouse foi originalmente usada pelo Prof. Frank Sander (Harvard) em 1976, numa conferência publicada em 1979 (Frank Sander. Varieties of dispute processing, Minnesota: West Publishing, 1979, pp. 65/87). RODOVALHO, Thiago. Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatória. Consultor Jurídico. 24 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

3 REUBEN, Richard. Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice. UCLA Law Review, Los Angeles, v. 47, p. 949-971, 2000. Disponível em: <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uclalr47&div=29&g\\_sent=1&collection=journals](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uclalr47&div=29&g_sent=1&collection=journals)>. Acesso em: 12 out. 2017.

O que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica.

Nessa lógica, Daniela Monteiro Gabbay (2011, p. 78) argumenta em sua tese de doutorado que:

Essa dinâmica relaciona-se com o papel pedagógico exercido pelo Judiciário, como um condutor dos primeiros passos rumo à institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos, mas que tende a se retirar quando as partes se revelam ‘preparadas’ para caminhar por conta própria, decidindo sobre a melhor forma de solucionar seus conflitos. Nessa perspectiva, é como se o papel do Judiciário em relação aos meios autocompositivos fosse instrumental, na medida em que se coloca mais ou menos presente dependendo do momento e do nível de aceitação dos meios alternativos de solução de conflitos pelas partes e pela sociedade.

Sobreleva-se, na doutrina pátria, que pacificar é a finalidade precípua da jurisdição, em especial do sistema processual, nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 30). Inclusive, para os referidos autores, é um escopo social, cujos efeitos abrangem a sociedade, a vida dos seus membros e a felicidade pessoal destes. De sorte enfatiza-se que as vantagens obtidas, por exemplo numa conciliação são iguais àquelas resultantes de uns acordos entre as partes com o fito de que os atos processuais sejam mais céleres.

É imprescindível enfatizar que como preleciona o professor Eligio Resta, da Università di Roma Tre, (2004, p. 119): “a conciliação tem o poder de desmanchar a demanda, resultado que, na maioria dos casos, não é alcançado com a intervenção forçada do Poder Judiciário.” Inclusive, para Barbosa e Silva (2015, p. 13), sobreleva-se que “os métodos consensuais de solução de conflitos são, indis-

cutivamente, vias promissoras tão esperadas, no auxílio à desburocratização da Justiça, ao passo em que permitem um exercício democrático de cidadania e uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho.” Destarte, a recepção dos métodos consensuais pelo Novo Código de Processo Civil de 2015 enseja a viabilidade de aplicação dos negócios processuais à prática forense.

## 5. Flexibilização do procedimento

Se o Direito for comparado a um jogo, o processo serão as regras. É evidente que as regras estão previamente definidas, pois o ordenamento jurídico é fruto de um processo legislativo e logicamente reger-se-á pelo Direito Público. De um lado há uma aparente inflexibilidade procedimental, de outro, a necessidade do autorregramento das vontades pelas partes com fins a atingir a justiça. Há, portanto, uma distinção importante entre a formação do direito processual e a constituição da jurisdição. Quanto à formação, indica Carnelutti (1999, p. 38) que “(...)o direito se produz, sim, super partes, mas prepara-se inter partes.” Ainda segundo Carnelutti (1999, p. 150), a jurisdição é conceituada como uma fonte jurídica, paralela à legislação.

Como ensina Arruda Alvim Netto (2003, p. 140), procedimento é o encadeamento, ou melhor, conjunto de atos, fatos e negócios processuais plenamente regulados pelo Estado através da função legislativa. Assim, o tempo, a forma e o lugar do citado encadeamento são determinados previamente pelo legislador. Em contrapartida, Chiovenda (1998, p. 99) aponta a possibilidade de flexibilização procedimental, respeitando-se a força cogente das normas:

(...) não existe, pois, um processo convencional, quer dizer, ao juiz e às partes não é permitido governar arbitrariamente o processo; mas em certos casos é livre às partes desatenderem a uma norma processual, já por acordo expresso ou tácito, já deixando de assinalar-lhe a observância. Se as partes gozam ou não dessa

liberdade, deve ressaltar dos termos expressos da lei ou do escopo da norma determinada: na dúvida, as normas processuais devem reputar-se cogentes.

A inflexibilidade do procedimento é incompatível com as Normas Fundamentais do CPC/15 e com a previsão da defesa e proteção dos Direitos e Garantias Constitucionais, como também com as normas, as quais compõem o CPC. Nessa perspectiva, Bedaque (2011, p. 74) vai ao encontro desse entendimento:

Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige que sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo.

A flexibilização do procedimento não é absoluta, uma vez que deverá ser respeitado o Ordenamento Jurídico, sendo este o regulador da legitimidade de um acordo processual. Como observa-se na Apelação Cível, julgada em 26 de outubro de 2017 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS):

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. ACORDO PARA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO, com realização de nova audiência, a partir da qual correria o prazo para contestar. Negócio jurídico processual válido. art. 190 do CPC, não obstante, juízo de origem conduziu o processo ao arrepio do acordado pelas partes, em inequívoco prejuízo à ré S&K, cujo prazo contestacional foi tolhido. error in procedendo. cerceamento de defesa. ocorrência. deram provimento ao apelo da ré S & K produtos para saúde Ltda., restando prejudicado o recurso da parte autora. unânime. (TJ-RS, 2017, *on-line*)<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> TJ-RS. Apelação Cível nº 70075492462, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 26/10/2017.

Para o processualista Barbosa Moreira (2001, p. 11), “falar em privatização do processo é uma expressão, nalguns casos, inadequada; noutros, falsa; em todos, perigosa.” Por essa razão, Pedro Brito (1997, p. 34) adverte:

Assinala-se ao sistema da liberdade de forma uma maior celeridade no andamento do processo quando sejam atribuídos poderes ao juiz com esse objetivo, enquanto ao sistema com formalismos predeterminados se assaca a sua morosidade por eventualmente se realizarem atos desnecessários, mas fixados na lei (...). A forma, quando degenera em mero formalismo constitui, aliás, um dos obstáculos a um verdadeiro acesso à Justiça, o que contradiz a função do Estado nesta área.

Mais uma vez, percebe-se que a flexibilidade dos atos processuais promove uma justiça mais efetiva e menos morosa. Destarte, os negócios processuais são, juntamente com os meios de solução de conflitos consensuais, instrumentos estratégicos em face da lentidão estatal. A flexibilização do procedimento resguarda as garantias do Estado Democrático de Direito, assim como os princípios da duração razoável do processo e o do autorregramento da vontade. Afinal, como ensina Carnelutti (1930, p. 356): “quanto menos dura a doença, é mais vantajoso para a sociedade”, ou melhor, se a lide é uma doença social, deverá ser curada rapidamente.

## 6. Calendário processual

De comum acordo, o juiz e as partes fixam previamente datas para a prática de atos processuais, logo não haverá, por exemplo, a necessidade de citação ou intimação, segundo previsto no art.191 do CPC. O parágrafo primeiro desse artigo dispõe sobre a criação inclusive de um calendário, previamente, convencionado; o qual vinculará, não só o juiz, mas também os sujeitos do processo. Apenas excepcionalmente as datas poderão ser modificadas, o que gera segurança jurídica para os envolvidos na

relação negocial. O calendário processual é, pois, o resultado de um excelente negócio jurídico e o instrumento central de uma eficiente celeridade processual. Adriano Cordeiro (2016, p. 122) em sua tese de doutorado, acentua:

Ele provoca uma alteração substancial das rotinas cartoriais, com a adoção de agenda em que as datas limites dos atos do processo ficam previamente estabelecidas. O êxito de uma calendarização processual como negócio realizado, segundo artigo 191 do NCPC, pressupõe maior flexibilização do procedimento e, segundo Pedro Henrique Nogueira, tem como momento propício para sua realização, a audiência de conciliação.

Leonardo Cunha (2015) aponta, inclusive, duas importantes consequências destas convenções: redução dos prazos peremptórios e fixação de calendário. A priori, o juiz poderá, com a concordância das partes, reduzir prazos peremptórios (art. 222, parágrafo 1º) considerada uma hipótese de negócio plurilateral típico, celebrado entre juiz, autor e réu. O autor acima frisa, também, o quanto o calendário, inspirado nas experiências italiana e francesa, é uma enorme novidade do CPC (art.191).

O calendário insere aos demandantes como protagonistas na resolução dos conflitos, possibilitando ao juiz, também, controlar “informalmente” a validade dos atos processuais. Elisa Picozza (2009, p. 1654) defende que, por intermédio dos calendários, “o juiz deve criar um contraditório informal com as partes sobre a organização dos cumprimentos sucessivos, em modo de perceber – na medida do possível – as suas preferências”. Como explica Michel (1990, p. 252-271), “estratégia é a decisão sobre quais recursos devem ser adquiridos e usados para que se possam tirar proveito das oportunidades e minimizar fatores que ameaçam a consecução dos resultados desejados”. Conforme Diogo Assumpção Rezende de Almeida (2015, p. 213), os calendários processuais “são eficientes à adequação do rito, ao enfrentamento da morosidade do processo civil, com a eliminação de tempos

mortos e a maior segurança decorrente da previsibilidade da duração do processo nesse modelo”.

É imprescindível mencionar que há necessidade de atenção para que fatores externos não prejudiquem a fluência do calendário processual; entre tais fatores, cita-se o recesso forense. Por essa razão, durante o planejamento do calendário, é primordial atentar-se ao funcionamento do Tribunal de Justiça, conforme nota-se no recurso de apelação a seguir, cujo relator foi o ilustre Custódio De Barros Tostes no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. REVELIA DECRETADA PELA ORIGEM. CALENDÁRIO PROCESSUAL firmado pelas partes pelo qual a contestação deveria ser entregue em 20/12/2016, protocolo da peça apenas em 23/01/2017, após o recesso forense. posição da maioria desta eg. câmara no sentido de reconhecer sua tempestividade. negócio jurídico processual que deve ser limitado pelas chamadas externalidades que impõem custos a terceiros. magistério da doutrina e enunciado nº 36 da ENFAM sobre o novo código de processo civil suspensão dos prazos entre o dia 20 de dezembro e 20 de janeiro, na forma do artigo 220 da lei adjetiva, que, por integrar o próprio funcionamento dos tribunais, não pode ser afastado por convenção dos litigantes. Revelia afastada. Necessidade de instruir o feito e analisar as objeções e exceções formuladas pelo réu. Ressalva do voto do relator quanto à revelia. anulação da sentença por unanimidade. afastamento da revelia por maioria. (TJ-RJ,2017, *on-line*)<sup>5</sup>

Por fim, de acordo com Érico Andrade (2011, p. 79), a calendarização proporciona o gerenciamento processual, o qual provoca dois reflexos diversos: a) é instrumento de aceleração processual, com redução de custos; b) garantir, para cada causa, o percurso processual mais adequado, por meio da flexibilidade ou adaptabilidade procedimental: os procedimentos não devem mais ser considerados abstratos,

5 TJ-RJ .APELAÇÃO: 00112116320168190003 RIO DE JANEIRO. ANGRA DOS REIS .1 VARA CIVEL, Relator: CUSTÓDIO DE BARROS TOSTES, Data de Julgamento: 17/10/2017, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/10/2017.

mas únicos para cada caso. Assim, se as partes terão um calendário para a prática de cada ato processual, o advogado, por consequência, poderá administrar melhor o seu tempo e trabalho.

## 7. Considerações

Esta pesquisa abordou o negócio jurídico processual como uma estratégia de celeridade em face da cotidiana extrapolação aos prazos peremptórios. Entretanto, mesmo o negócio processual estando instituído nos artigos 190, 191 e 200 do CPC/15, sua utilização é rara. Há um receio na flexibilidade do procedimento, não só pelas partes, como também pelo juiz. Há entre os sujeitos processuais, evidentemente, um objetivo: a aplicação da tutela jurisdicional sobre o litígio, enquanto isso o tempo deve ser a matéria-prima da efetividade dos direitos pleiteados. Desse modo, pode-se considerar o negócio processual uma multiporta a ser explorada, uma estratégia para as partes, o advogado e o magistrado.

O esforço histórico esboçado inicialmente mostra que os negócios jurídicos compunham o Direito Romano Clássico, sendo que neste momento histórico eram apenas destinado às negociações; somente no século XIX os pandectistas sistematizaram os negócios no procedimento jurídico. De sorte que falar em estratégia é justamente estabelecer uma meta, a qual deve ser, neste tema elencado, a justiça. Considerando a existência de dois polos no processo (ativo e passivo), é possível encontrar um equilíbrio jurisdicional, ou melhor, estabelecer uma decisão que beneficie as partes, sem que haja a figura do maniqueísmo<sup>6</sup>. Buscar um equilíbrio é perscrutar a harmonia de interesses, para tanto o Novo Código de Processo Civil consagrou o método consensual de solução de conflitos, já que o objetivo é tornar os sujeitos processuais protagonistas a perseguirem a melhor solução possível para

---

6 Conforme Raymundo de Lima, psicanalista e professor da UEM, "O maniqueísmo é uma forma de pensar simplista em que o mundo é visto como que dividido em dois: o do Bem e o do Mal" (LIMA, 2001).

suas demandas. Em contrapartida, não dever haver temor quanto à flexibilização procedimental, pois esta é relativa; importante salientar que o Estado continuará a exercer a função jurisdicional, bem como o juiz a desempenhar a função de gestor do processo. Outrossim, não só a calendarização através do negócio processual é a efetivação da autonomia das partes, como também é uma estratégia de promoção à duração razoável do processo.

A dedicação árdua à escrita deste artigo ocorreu para que estratégias sejam estudadas e aplicadas ao Direito. Neste ponto, cabe ressaltar que ainda existe um abismo ente as estratégias e o Direito, pois não há livros ou artigos científicos que os relacione diretamente, o que tornou esta obra um estímulo ao enfrentamento de obstáculos e lacunas. Portanto, o atual cenário jurídico de morosidade é oportuno para que o negócio jurídico processual proporcione celeridade na resolução das demandas, bem como possibilite a elaboração, inclusive, de um planejamento. Enfim, lança-se aos operadores do Direito, estudantes e pesquisadores o desafio de avaliação e implementação dos negócios processuais no sentido de tornar a “máquina jurídica” mais célere; além do estudo das estratégias de forma a interligá-las à ciência jurídica. Como o grande Júlio César diria: “*Alea jacta est, os dados estão lançados*”.<sup>7</sup> Destarte, celeridade, eficiência, gestão processual são ações a serem perseguidas no Direito brasileiro que inaugurarão, pois, uma nova “era” no processo civil.

## 8. Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A contratualização do processo: as convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTR, 2015.

---

<sup>7</sup> Frase atribuída à Júlio César pelo historiador Suetônio durante a Guerra Civil Romana em seu livro “A Vida dos Doze Césares”.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Manual de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da contratualização do processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 193, mar. 2011.

BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. O Papel do juiz no Controle dos Negócios Jurídicos Processuais e o Art. 190 do Novo Código de Processo Civil. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, 2015, p.38.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da Silva. Os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/15). 2015. p.13. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5\\_of\\_artigo.pdf](http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2017.

BARBOSA, Rui. Escritos e discursos seletivos. 1. ed. 3. reimp. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. p. 675.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 74.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 5 de outubro 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: 21 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 21 set. 2017.

BRITO, Pedro Madeira de. Aspectos do Novo Processo Civil: o novo princípio da adequação formal. Lisboa: Lex, 1997. p. 34.

---

CAPPELLETTI, Mauro [et al.]. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>>. Acesso em: 12 out. 2017.

CARNELUTTI, Francesco. Lezioni Di Diritto Processuali Civile. Padova. CEDAM. vol. 2, 1930, p.356.

CARNELUTTI, Francesco. Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro – n. 10 – ago./dez. 2014 – ISSN 2176-977X (148), 1999, p. 38.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Direito Processual, III. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 200. p.121-126.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHASE, Oscar G. Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Arenhart e Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: 1998, p. 99.

CORDEIRO, Adriano Consentino. Negócios jurídicos Processuais e as Consequências do seu Descumprimento. 2016.p.122. Disponível em :< <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45157/R%20-%20T%20-%20ADRIANO%20CONSENTINO%20CORDEIRO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 25 out. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro – texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, novembro de 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 24-67.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil. Moderno. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 232.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios auto compositivos de solução de conflitos. Tese (Doutorado na área de Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. Não publicada.

GUILLÉN FAIRÉN, Víctor. Teoría general del derecho procesal. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo Código de Processo Civil. Prodireito. Direito Processual Civil. Ciclo 1. v.1. p. 52. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/1/art20160105-01.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

LIMA, Raymundo de. O maniqueísmo: o bem, o mal e seus efeitos ontem e hoje. Revista Espaço Acadêmico, Ano I, nº7, dez. 2001. Disponível em <<http://www.espacoacademico.com.br/007/07ray.htm>>. Acesso em: ago. 2018.

---

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, v.1, n.4, out. e nov./2009. p.89. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4304/artigo-5-revisado.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. Teoria geral da administração. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 325.

MICHEL, K. Esboço De Um Programa De Desenvolvimento Administrativo Intrafirma Para A Administração Estratégica. In: AN-SOFF, H.; DECLERCK, R.; HAYES, R. (Orgs.). Do Planejamento Estratégico à Administração Estratégica. São Paulo: Atlas, 1990, p. 252-271.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo? In: Temas de Direito Processual: sétima série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, p. 7-18.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. 243f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador. p.12. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

NUNES, Dierle José Coelho. Direito Constitucional ao Recurso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 49.

PICOZZA, Elisa. Calendário del Processo. Rivista di Diritto Processuale, Roma, v.64, seconda serie, n.6, p.1654, novembre 2009.

PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e a mediação Reflexões e ponderações Revista de informação Legislativa. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf>> Acesso em: 12 out. 2017.

---

PORTER, Michael. What is Strategy? Harvard Business Review Brasil, 1996.

RESTA, Eligio. O Direito Fraterno. Trad. Sandra Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

REUBEN, Richard. Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice. UCLA Law Review, Los Angeles, v. 47, p. 949-971, 2000. Disponível em: <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uclalr47&div=29&g\\_sent=1&collection=journals](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uclalr47&div=29&g_sent=1&collection=journals)>. Acesso em: 12 out. 2017.

RODOVALHO, Thiago. Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatória. Consultor Jurídico. 24 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

TJ-RJ. Apelação nº 00112116320168190003, 1 Vara Cível, Relator: Custódio De Barros Tostes, Data de Julgamento: 17/10/2017, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 20/10/2017. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511625510/apelacao-apl-112116320168190003-rio-de-janeiro-angra-dos-reis-1-vara-civel?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

TJ-RS. Apelação Cível nº 70075492462, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 26/10/2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516772765/apelacao-civel-ac-70075492462-rs>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

TJ-SP. Agravo de Instrumento nº 2233478-88.2017.8.26.0000. SP 2233478-88.2017.8.26.0000, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 21/03/2018, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/03/2018 disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561196858/22334788820178260000-sp-2233478-8820178260000/inteiro-teor-561196925?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

Artigo

**Negócio jurídico processual como estratégia de celeridade**

Davidson Alessandro Miranda | Naiany Leonor Andrade

---

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Tradução A.M Botelho Hespana. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 254.

Artigo recebido em 11/8/2018

Artigo aprovado em 14/5/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20190011

**115 - 152**

Artigo

**O REGIME DE TRANSIÇÃO  
DO ARTIGO 23 DA LINDB  
ASPECTOS MATERIAIS, PROCESSUAIS  
E A RELAÇÃO COM O  
PROCESSO ESTRUTURAL**

ISMAEL FERNANDO POLI VILLAS BOAS JUNIOR

# O REGIME DE TRANSIÇÃO DO ARTIGO 23 DA LINDB ASPECTOS MATERIAIS, PROCESSUAIS E A RELAÇÃO COM O PROCESSO ESTRUTURAL

THE TRANSITION REGIME OF ARTICLE 23 OF THE LINDB  
MATERIAL AND PROCEDURAL ASPECTS  
AND RELATIONSHIP WITH THE STRUCTURAL INJUNCTIONS

ISMAEL FERNANDO POLI VILLAS BOAS JUNIOR

Mestrando em Direito  
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil  
ismaelfvb@hotmail.com

**RESUMO:** O presente artigo, ao analisar o regime de transição trazido pelo recém-adicionado artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), busca compreender as razões da reforma legislativa sob o cotejo de obra doutrinária oficial do Senado Federal. Analisam-se os aspectos materiais, seus pressupostos, condições e conteúdo normativo, além das implicações para o processo civil, como a natureza da decisão judicial que o fixa, a competência judiciária, o tratamento pelos tribunais, o regime recursal, entre outras. Expõe-se o entendimento doutrinário nacional e estrangeiro sobre os chamados processos estruturais, traça-se uma comparação entre suas características e aquelas do regime de transição, identifica semelhanças e diferenças entre os institutos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regime de transição – LINDB – Segurança jurídica – Decisões públicas – Processos estruturais.

**ABSTRACT:** This article aims, to analyze the transition regime brought by the recently added article 23 of the LINDB, it searches the comprehension of the reasons to the legislative reform through the collation of official doctrinal work by the Federal Senate. It analyzes the material aspects, such as its premises, its conditions and normative content, as well as the consequences to the civil procedure, like the nature of the decision that establishes it, the judiciary competence, the treatment by courts, the appeal regime, etc. Exposing the national and foreign doctrinal understanding around the structural injunctions, it traces a comparison between its characteristics and the ones from the transition regime, identifying similarities and differences.

**KEYWORDS:** Transition Regime – LINDB - Legal Security – Public Decisions – Structural Injunctions.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. As razões da reforma. 3. O regime de transição do artigo 23 da LINDB. 3.1 Aspectos materiais. 3.1.1. Hipótese de incidência ou alcance normativo. 3.1.2. Natureza jurídica. 3.1.3. Conteúdo. 3.2. Aspectos processuais. 3.2.1. Pressuposto processual. 3.2.2. Posição ou momento processual. 3.2.3. Classificação do ato processual e recorribilidade. 3.2.4. Competência, apelação, efeito suspensivo e atuação dos tribunais. 3.2.5. Conexão e reunião de processos. 3.2.6. Nulidades. 3.2.7. Fundamentação das decisões. 3.2.8. Cooperação, contraditório e consensualidade. 4. O processo estrutural. 5. Regime de transição e processo estrutural. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1. Introdução

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/1942), assim denominada desde 2010 por força da Lei 12.376, contém normas sobre a aplicação e interpretação de outras normas jurídicas, sendo, por isso, chamada de *Lex Legum*. De fato, seus dispositivos contêm a disciplina geral da vigência das leis (artigo 1.º), do conflito entre normas (artigo 2.º), do preenchimento de lacunas normativas (artigo 4.º), da aplicação das leis no espaço (artigo 7.º ao 9.º), dos limites da jurisdição (artigos 12 a 17), entre outras. Trata-se de um diploma de sobredireito, cuja finalidade é orientar a tarefa do operador do Direito no manejo das normas jurídicas brasileiras. Não se olvida de que essa tarefa também é exercida pela Constituição. Mas cabe observar que essa o faz mais por sua posição hierárquica fundamental, especialmente em uma carta analítica como a de 1988, do que pela sua função operacional e instrumental.

À LINDB foram acrescentados diversos artigos da Lei 13.655, a qual entrou em vigor em 26 de abril de 2018. Trata-se de alteração oriunda do Projeto de Lei 349/2015, proposto pelo senador Antônio Anastasia. O objetivo da alteração, conforme o próprio idealizador, seria “aumentar a qualidade das decisões públicas e de seu controle”, com foco “na segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público”.<sup>1</sup>

Ao se traçar um panorama dos dispositivos acrescentados à LINDB, em especial aquele previsto pelo artigo 23, que trata da disciplina do regime de transição a ser estabelecido por determinadas decisões judiciais, controladoras ou administrativas, comparando-o, ao final, com a noção de processo estrutural ou de interesse público importada da doutrina estrangeira, busca-se entender as razões e finalidades da inserção do regime de transição no direito positivo brasileiro.

---

1 ANASTASIA, Antônio Augusto. *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

Trazidas algumas considerações doutrinárias a respeito dos processos estruturais ou de interesse público, passa-se à análise dos aspectos materiais e processuais do regime de transição. Ao final, comparam-se as características desse com o processo estrutural.

## **2. As razões da reforma**

Na apresentação do projeto de lei que posteriormente viria a ser aprovado para alterar a LINDB, Anastasia identifica que um dos problemas do Brasil é “a incapacidade de o Estado gerar confiança nas pessoas, nas empresas e no chamado Terceiro Setor”, sendo certo que, sem uma melhora no ambiente institucional, o “Estado será um inimigo, jamais um parceiro”.<sup>2</sup>

Assim, partindo da premissa de que alterações nas regras e na atuação dos órgãos de controle público são normais e necessárias em um Estado de Direito, referido ambiente institucional “tem de ser capaz de conciliar as mudanças e controles com o valor da segurança jurídica, evitando que pessoas e organizações vivam em permanente risco e instabilidade”.<sup>3</sup>

Por isso, o projeto de lei seria orientado pela tarefa de “consolidar e melhorar as regulações e controles públicos existentes e, ao mesmo tempo, proteger as pessoas, organizações e servidores contra incertezas, riscos e custos injustos”.<sup>4</sup>

Sundfeld e Neto, depois de listarem os vários dispositivos inovadores trazidos pelo projeto de lei, concluem que se trata de normas nacionais válidas para os poderes em todos os níveis federativos sobre criação, interpretação e aplicação do direito pú-

---

<sup>2</sup> *Idem.* p.5.

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> *Idem.* p.6.

blico, motivo pelo qual a LINDB seria realmente o diploma legal adequado para sua veiculação.<sup>5</sup>

Por fim, Neto e Moreira asseveram a relevância da segurança jurídica e da eficiência, considerando que o direito público atual seria dinâmico, mutável, espiralado (desenrola-se a partir da Constituição e atinge multiplicidade de planos jurídicos), pluris-subjetivo e diacrônico.<sup>6</sup>

Disso decorreria a necessidade de “compreender o Direito sob o ponto de vista que cogite do futuro e da plurissubjetividade dos efeitos das decisões”. Ademais, embora seja comum que “a interpretação sobre normas administrativas mude com o tempo ou que haja divergência entre órgãos”, não poderia o cidadão ficar à mercê destas divergências e, por isso, diante da mudança de interpretação, torne-se necessário que “o órgão preveja um regime de transição proporcional, equânime e eficiente”.<sup>7</sup>

De todas essas considerações, conclui-se que a alteração da LINDB é resultado da constatação de uma crise de desconfiança e instabilidade nas relações administrativas entre a Administração e particulares, entre a Administração e entidades em cooperação, ou mesmo entre administradores e controladores. Além disso, entende-se que o seu objetivo é conferir segurança jurídica a essas relações, bem como eficiência à atividade administrativa, o que pretende alcançar mediante instituição de normas gerais para a criação, interpretação e aplicação do direito público.

---

5 SUNDFELD, Carlos Ari; NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro*. In ANASTASIA, Antônio Augusto (coord.) *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 7-8.

6 NETO, Floriano de Azevedo Marques; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o estado de direito contemporâneo. In ANASTASIA, Antônio Augusto (coord.) *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 9-12.

7 *Idem*.

### **3. O regime de transição do artigo 23 da LINDB**

#### **3.1. Aspectos materiais**

O artigo 23 da LINDB estabelece:

A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

De plano, a norma em referência instituiu um dever a ser observado pelos agentes administrativos, controladores e judiciais. Trata-se efetivamente de uma obrigação cogente e não de uma mera faculdade, conclusão corroborada não apenas pela literalidade da redação legal com o uso da expressão *deverá*, mas também pelo veto presidencial ao parágrafo único previsto originalmente no diploma legal.

Esse parágrafo único previa que “se o regime de transição [...] não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento [...]”. Em mensagem de veto 212/2018<sup>8</sup>, esclareceu a Presidência da República que, enquanto o *caput* havia estabelecido a obrigatoriedade do regime de transição quando verificadas suas hipóteses, o parágrafo único vinha trazer direito subjetivo a esse regime, o que reduziria a força cogente da própria norma, ao pressupor situações em que não se teria aplicado a regra do *caput*.

Assim, verificadas suas hipóteses, o regime de transição representa uma obrigação da autoridade que prolata a decisão administrativa, controladora ou judicial.

---

8 Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm).

### 3.1.1. Hipótese de incidência ou alcance normativo

Prosseguindo na análise do dispositivo, vê-se que a hipótese de incidência se decompõe em dois pressupostos e uma condição. Pressupõe-se o *estabelecimento de interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado*, o que afasta da disciplina do artigo em comento decisões que i) não inovam interpretação ou orientação normativa e aquelas que ii) se valem de normas de conteúdo determinado.

Sobre as primeiras, é de se ver que, sendo objetivo da reforma garantir segurança e eficiência na aplicação do direito público, não se mostra necessária a fixação do regime de transição quando essa aplicação resultar da mera reiteração de interpretação ou orientação já conhecida ou consolidada, se bem que não haveria aí qualquer infração à segurança das relações. Ao contrário, nessa circunstância, a instituição de um regime de transição poderia violar justamente a confiança depositada pelas partes de que aquela interpretação que já prevalecia continuasse valendo.

Em relação à indeterminação das normas, parece que o legislador pretendeu limitar a incidência do regime de transição às situações que envolvem a aplicação inovadora de princípios, em geral, e de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados.<sup>9</sup> Os princípios poderiam ser considerados *prima facie* indeterminados, em razão de prescreverem um estado ideal de coisas (*Idealzustand*) e a adoção das condutas que melhor promovam esse estado, mas sem especificarem, em abstrato, qual das condutas possíveis deve ser adotada, o que somente poderia ser aferido no

---

9 Conforme Ávila, princípios e regras são espécies do gênero norma, diferenciando-se por diversos aspectos. Os primeiros seriam normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivos, com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Já as regras seriam normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e construção conceitual dos fatos. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102.)

caso concreto. Já as regras cuja aplicação se basearia na subsunção dos fatos ao enunciado linguístico normativo, teriam pretensões de decidibilidade e, a depender do grau de especificação da linguagem utilizada, não deixariam margem à adoção de duas ou mais posições hermeneuticamente válidas. Exceção a essa preliminar determinação das regras ocorre justamente quando seu enunciado apresenta conceitos jurídicos indeterminados, os quais, por sua própria natureza, ostentam conteúdo semântico abrangente, aberto e polissêmico. Por isso, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, fértil em controvérsias, parece razoável entender que o artigo 23 da LINDB, ao tratar de *norma de conteúdo indeterminado*, refira-se aos princípios, em geral, e às normas que contenham conceito jurídico indeterminado.

O segundo pressuposto do regime de transição é *a imposição de novo dever ou novo condicionamento de direito*. Mais uma vez, sobreleva-se a ideia de inovação da ordem jurídica, já que o dever ou o condicionamento do direito devem ser *novos*, sendo de se desconsiderar, então, deveres e condições já previstos de forma consabida e consolidada, conforme as *orientações gerais*.<sup>10</sup> A norma não especifica os destinatários dos novos deveres ou condicionamentos de direitos, de modo que esses podem ser particulares, administradores ou a própria Administração. Em que pese a redação legal se referir a *condicionamento*, termo derivado de *condição*, não parece que a hipótese de incidência do regime de transição diga respeito tão somente às condições *strictu sensu* em sua acepção civilista tradicional, mas abarca também os ônus, os encargos e quaisquer outros óbices, contraprestações e requisitos a que se submetem os direitos.

---

10 Termo utilizado e conceituado pela própria LINDB em:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

É notável que o novo direito não se enquadra no pressuposto normativo, que se restringe às hipóteses de novos deveres ou condicionamento de direitos. O silêncio é, aqui, eloquente: não há sentido submeter o exercício de um direito a um regime de transição, se desse direito não resultar um dever para alguém. Não há qualquer violação de segurança jurídica e, portanto, o direito potestativo, reconhecido pela decisão que altera orientação normativa anterior, é imediatamente exercitável.

Além dos dois pressupostos, o regime de transição se vincula à condição de que seu estabelecimento seja indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente, sem prejuízo aos interesses gerais.

Então, o regime de transição é obrigatório quando sua presença for indispensável, essencial, fundamental, verdadeira *conditio sine qua non* da obtenção de proporcionalidade, equidade, eficiência e tutela dos interesses gerais no cumprimento do novo dever ou condicionamento de direito. Não basta, portanto, que apenas contribua ou seja conveniente para o atingimento desses objetivos.

Sobre os atributos listados, tem-se como proporcionalidade o postulado normativo que exige a análise, quando da aplicação de outra norma, da adequação do meio utilizado ao fim pretendido, da necessidade de sua utilização e da existência de outros meios menos gravosos para tal.<sup>11</sup>

A equidade seria, conforme Reale citando Aristóteles, “a justiça do caso concreto, enquanto adaptada, ‘ajustada’ à particularidade de cada fato ocorrente”.<sup>12</sup> Dito de outra forma, seria a aplicação ideal da norma ao caso concreto, evitando-se a aplicação mecânica de lei genérica, quando essa puder resultar em injustiça.<sup>13</sup>

---

11 AVILA, Humberto. *Op. Cit.* p. 204-217.

12 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

13 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva. Equidade*. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2011, p. 352-353.

---

A eficiência, em sua acepção estrita, seria a otimização dos resultados da melhor utilização dos meios escassos disponíveis, apresentando as facetas de produtividade, economicidade, celeridade, qualidade, continuidade e desburocratização.<sup>14</sup>

A referência aos interesses gerais, expressão que se repete em outros dispositivos acrescentados à LINDB pela Lei 13655/2018 (artigos 21, parágrafo único, 26, *caput* e §1.º, inciso I) parece guardar sinonímia com a expressão interesse público. Vislumbra-se, *prima facie*, fungibilidade de termos, sendo certo que ambos assumem uma certa vacuidade, dada a abertura do seu conteúdo semântico. De qualquer maneira, a norma em comento determina a instauração do regime de transição para tutelar eventual prejuízo ao interesse público / interesses gerais.

Assim, as condições e pressupostos a que se submete a disciplina do regime de transição revelam o caráter pragmático da alteração da LINDB, pois a instauração do regime de transição, apesar de pressupor mudança de interpretação normativa e imposição de dever ou novo condicionamento de direito, depende efetivamente da necessidade de garantir proporcionalidade, equidade e eficiência ao cumprimento desse dever ou novo condicionamento. Liga-se, portanto, mais à execução (cumprimento do novo dever ou novo condicionamento) do que à declaração (mudança de interpretação normativa).

Disso se conclui, para fechar o raciocínio sobre a hipótese de incidência do regime de transição, que, embora a redação legal se refira a uma *decisão* administrativa, controladora ou judicial, da qual resulte interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, tem-se que o dispositivo não comporta aqui leitura literal porque atos que decidem uma questão controvertida são capazes de produzir orientações baseadas em nor-

---

14 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 182/183.

mas de conteúdo indeterminado e de imporem deveres ou novo condicionamento de direitos. De fato, no âmbito administrativo, também pareceres jurídicos e atos administrativos normativos são capazes de produzir tais efeitos. Com isso, tendo em vista a orientação eminentemente pragmática do dispositivo do artigo 23 da LINDB, a sua leitura literal, para excluir de sua incidência atos administrativos não estritamente decisórios, deve ser afastada, sob pena de violação de sua própria finalidade. Em suma, na sede administrativa, também os atos não decisórios, mas que atendam aos pressupostos já elencados, deverão ensejar a fixação do regime de transição. Adiante se verá que o mesmo não se aplica aos atos judiciais (veja-se item 4.2.1).

Assim, o regime de transição tem como pressupostos a prática de ato administrativo ou decisão judicial ou controladora que apresente nova interpretação ou orientação sobre princípios, em geral, ou regras cujos conceitos jurídicos indeterminados resultem na imposição de dever ou novo condicionamento de direito a particulares, a administradores ou à própria Administração, e se condiciona à sua essencialidade para garantir que o cumprimento desse dever ou novo condicionamento seja revestido de atributos como a proporcionalidade, a equidade e a eficiência, bem como para tutelar o interesse público.

### **3.1.2. Natureza jurídica**

Pode ser classificada como instrumental, obrigatória e aberta.

Instrumental porque o regime de transição não representa um direito em si, noção que foi, inclusive, afastada expressamente pelo veto presidencial ao parágrafo único do artigo 23, mas configura antes um meio para se garantir a qualidade da atividade satisfativa do comando decisório, seja administrativo, controlador ou judicial.

O regime de transição é obrigatório, como visto alhures, e, portanto, um dever da autoridade administrativa, judicial e controladora. Apresenta, ainda, a característica da abertura, pois seu conteúdo, isto é, aquilo que deve o regime de transição significar ou prever, não é predefinido ou sequer esboçado pela norma de regência.

### 3.1.3. Conteúdo

Nem a redação do artigo 23 da LINDB nem tampouco as demais disposições da Lei 13655/2018 define em que consiste o regime de transição.

Silveira, ao tratar desse dispositivo na obra coordenada pelo seu idealizador no Senado, afirma que o regime de transição se insere no contexto de superação do sistema binário de nulidades no sistema administrativo, dada a incapacidade de uma fórmula geral (*one size fits all*) de invalidação ou convalidação de atos administrativos de proporcionar a avaliação das circunstâncias de cada caso. Assim, o regime de transição seria forma de garantir a segurança jurídica e a perspectiva democrática em favor dos administrados.<sup>15</sup>

Essa avaliação não está equivocada. Contudo, não esgota todas as possibilidades da norma em comento, já que o regime de transição, na redação final do artigo 23 da LINDB, parece ostentar uma abrangência maior do que o microsistema de nulidades dos atos administrativos. Embora efetivamente o regime de transição deva aplicar-se quando do controle judicial de legalidade de atos administrativos resultar interpretação normativa inovadora que importe dever ou novo condicionamento de direito, igualmente se vislumbra a aplicação do regime de transição em outras hipóteses.

---

15 SILVEIRA, Marilda de Paula. *Artigo 22*. In ANASTASIA, Antônio Augusto (Coord.) *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 23-24.

Ademais, pelo que se viu, o regime de transição não pressupõe a nulidade de um ato, mas sim a alteração sobre a hermenêutica normativa que ensejar dever ou novo condicionamento de direito, e se volta à garantia de qualidade no seu cumprimento.

Além disso, não há, no enunciado normativo sob análise, qualquer elemento que permita concluir que o regime de transição apenas deve ser aplicado em favor dos administrados, ou mesmo em uma relação em que a administração pública esteja envolvida. Não obstante se trate de projeto de lei destinado a “aumentar a qualidade das decisões públicas e de seu controle”<sup>16</sup>, a norma foi positivada na LINDB, diploma legal que cuida das diretrizes para a aplicação do ordenamento jurídico em geral. Talvez em virtude justamente dessa circunstância, a redação do artigo 23 não especifica os destinatários do novo dever ou do condicionamento de direito, o que leva a crer que esses podem ser particulares, administradores ou a própria Administração, indistintamente. Por fim, se a intenção da nova norma é garantir segurança jurídica e eficiência à aplicação do direito público<sup>17</sup>, não faria sentido, e antes militaria em sentido contrário a essa finalidade, reduzir o âmbito de alcance do seu conteúdo a apenas um desses sujeitos de direito, especialmente se considerada, ainda, a necessidade de tutelar os “interesses gerais”.

Repise-se, toda vez que presente a hipótese de incidência, deverá ser aplicado o regime de transição. Transição significa movimento de um ponto a outro no espaço e no tempo, mas representa, também, a alteração da própria coisa ou ser para uma nova versão de si mesmo. Denota travessia, mudança, transformação, dinâmica e progressão. A adolescência é a transição da infância para a vida adulta, da mesma forma que o outono é a transição do verão para o inverno. Destarte, o regime de transição implica

---

16 ANASTASIA, Antônio Augusto. *Op. Cit.* p. 5.

17 *Idem.* p.6.

instauração de um estado de coisas provisório, progressivamente transformado em direção a um estado de coisas almejado.

A princípio, poder-se-ia pensar que o regime de transição é meramente a modulação de efeitos da decisão, tal como previsto no direito brasileiro para as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade na Lei 9.868/1999. Entretanto, se o legislador se valeu aqui de outro termo, não parece ter sido em vão. Assim, a produção de efeitos diferida no tempo pode ser possibilidade a caracterizar o regime de transição, mas não a única.

O regime de transição não está vinculado apenas às razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, requisitos da modulação de efeitos na Lei 9.868/1999, mas, também, à garantia de proporcionalidade, equidade e eficiência ao cumprimento do dever ou novo condicionamento de direito. Considerados esses objetivos, e lembrando que proporcionalidade implica a análise da adequação do meio utilizado ao fim pretendido da necessidade de sua utilização e da existência de outros meios menos gravosos para tal, bem como que a equidade exige a adaptação da justiça às particularidades do caso concreto e a eficiência demanda a otimização dos resultados a partir de melhor uso dos meios escassos disponíveis, é possível que a mera modulação de efeitos seja suficiente à consecução dessas finalidades. Em verdade, para se atingirem essas qualidades no cumprimento da decisão pode ser necessário, para além do diferimento da sua eficácia no tempo, a adoção, pela autoridade administrativa, controladora ou judicial, de uma postura proativa e comprometida com os recursos disponíveis e o resultado almejado. Eventualmente, haverá na oitiva cooperação dos envolvidos e de especialistas, a fixação de um plano de trabalho, a fiscalização de seu cumprimento, flexibilização das diretrizes iniciais em face das dificuldades reais encontradas.

Em suma, o conteúdo do regime de transição mantém íntima relação com a natureza dos seus objetivos e só pode ser especificado perante o caso concreto, devendo representar ali a melhor medida para atendê-los. De fato, é impossível uma predefinição

abstrata daquilo que melhor atenderá às exigências da equidade e proporcionalidade, senão quando confrontadas com as necessidades do caso concreto, sob pena de verdadeira contradição em termos. Essa aparente indefinição não significa, porém, a discricionariedade da autoridade administrativa, controladora ou judicial ao fixar o regime de transição, pois estarão ainda vinculadas à consecução daqueles objetivos, sendo seus atos, portanto, passíveis de controle, caso se distanciarem pragmática ou ideologicamente deles. Dito de outra forma, se a decisão proferida no âmbito do regime de transição não estiver contida no escopo de garantir proporcionalidade, equidade e eficiência ao cumprimento do dever ou condicionamento de direito, ou se não contribuir para o atingimento desse estado de coisas, poderá ser reformada pelos meios processuais disponíveis.

### **3.2 Aspectos processuais**

Como visto, a LINDB é diploma legal que versa sobre normas gerais destinadas a disciplinar a criação, interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico. Natural, portanto, que suas disposições repercutam nos mais diversos ramos do Direito. No caso do artigo 23, porém, percebe-se a produção de efeitos notáveis sobre o direito processual, sem que isso tenha sido acompanhado, entretanto, de maiores diretrizes normativas sobre a ordenação desses efeitos.

Dessa forma, passa-se a estudar, ainda que preliminarmente, os aspectos processuais do regime de transição previsto por referido artigo, especificamente quanto à sua repercussão para o processo civil judicial.

#### **3.2.1 Pressuposto processual**

Já se afirmou que o regime de transição opera de forma condicional, isto é, se e somente se indispensável para a garantia da pro-

porcionalidade, equidade e eficiência ao cumprimento de dever ou novo condicionamento, exurgido de mudança na interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado. Por isso, foi dito que ele se ligaria mais à execução (cumprimento do dever ou novo condicionamento) do que à declaração (mudança de interpretação normativa), já que sua função seria conferir aqueles atributos à satisfação do dever ou novo condicionamento.

O regime de transição pressupõe efetivamente, no processo judicial, uma decisão em sentido estrito<sup>18</sup>. Isso porque, por excelência, impor deveres ou condicionar direitos, em interpretação de normas jurídicas, é a decisão proferida em observância ao devido processo legal. Os chamados atos meramente ordinatórios, apesar de efetivamente produzirem efeitos na esfera jurídica dos envolvidos, não têm, em tese, o condão de inovarem direitos e deveres.

Além disso, mais do que uma decisão, é necessário que se trate de uma decisão de mérito, pois sentido não haveria de se projetar o atingimento equânime, proporcional e eficaz de um estado de coisas provisório, cuja precariedade exige sempre que se lhe desprenda tratamento compatível a possível reversão. Como se não bastasse, o regime de transição representa inegável antagonismo à satisfação ou preservação imediata do direito material envolvido, o que conflitaria de maneira inadmissível com a urgência e cautelaridade das tutelas provisórias. Pense-se, por exemplo, no regime de transição com cumprimento progressivo e diferido no tempo, de uma liminar que determine imediata realização de procedimento cirúrgico em paciente com risco de morte. Ao intérprete é vedada a interpretação que conduza ao absurdo.

### **3.2.2 Posição ou momento processual**

Apesar de pressupor a existência de uma decisão de mérito, a fixação do regime de transição não necessariamente precisa in-

---

<sup>18</sup> Ao contrário dos atos administrativos, sobre os quais se discorreu anteriormente no item 4.1.1.

tegrar o corpo do *decisum*, ou seja, a norma do artigo 23 não adicionou novo capítulo obrigatório à sentença, além daqueles previstos nos incisos do artigo 489 do Código de Processo Civil. Destarte, embora o estabelecimento do regime de transição seja um dever, quando verificada a hipótese de incidência, isso não significa que a sua descrição deva constar do mesmo ato sentencial que lhe deu ensejo. Pode ser, se conveniente, mas não tem de sê-lo forçosamente. De fato, acerca da natureza pragmática do instituto, voltado a adequar o cumprimento dos deveres e condicionamentos de direito às exigências da equidade, proporcionalidade e eficiência, o estabelecimento do regime de transição pode demandar a prolação de sucessivas decisões negociadas, planejadas e, especialmente, revisáveis. Assim, pode ser impossível condensar todas essas atividades no próprio ato decisório que originou a necessidade do regime de transição.

### **3.2.3. Classificação do ato processual e recorribilidade**

Por não se incluir obrigatoriamente na sentença ou acórdão nem encerrar o processo, o ato judicial que fixa o regime de transição deve ser qualificado como decisão interlocutória. Não se pode confundir o regime de transição com a pressuposta sentença de mérito. Voltado à disciplina do cumprimento da sentença que lhe é anterior, desafia a interposição do recurso de agravo de instrumento, conforme permissivo do artigo 1.015, parágrafo único, do CPC/2015, isto é, decisão interlocutória proferida na sede de liquidação ou cumprimento de sentença.

### **3.2.4. Competência, apelação, efeito suspensivo e atuação dos tribunais**

Não há, na redação do artigo 23 da LINDB, qualquer indicativo sobre competência para a fixação do regime de transição, isto é,

autoridade judiciária que teria atribuições para tal. Assim, à mínima de uma restrição normativa expressa, entende-se que tanto os juízes de primeira instância quanto de tribunais das justiças estaduais, federal e especializadas, bem como das cortes superiores, terão o dever de adotar o regime de transição quando se lhes depararem a hipótese de incidência.

Questão interessante surge quanto às situações em que o regime de transição houver sido fixado por decisão de primeira instância cuja prolação de sentença se tenha sujeitado a recurso de apelação dotado de efeito suspensivo (artigo 1.012 do CPC/2015). A interposição de recurso de apelação em face da sentença que ensejou a fixação do regime de transição tem o poder de, via de regra, suspender sua eficácia. A princípio, essa circunstância pode causar estranheza e, de fato, há que se debruçar sobre o tema.

A doutrina muito discute a conveniência de subsistir tal efeito suspensivo automático da apelação, e “o legislador ensaiou mudar o sistema, mas a alteração não avançou”<sup>19</sup>. No sistema atual, não há como conciliar, em regra, a implementação do regime de transição na pendência de apelação com efeito suspensivo. Em parte, pelo mesmo motivo aduzido alhures da incompatível precariedade das tutelas provisórias e o regime de transição. Mas esse fundamento é apenas parcialmente aplicável pois, diferentemente das tutelas provisórias, a sentença de mérito ostenta pretensão de definitividade, embora sujeita a recurso com amplo efeito devolutivo. O cerne da questão está, então, em pensar que o efeito suspensivo pode abarcar os capítulos da sentença relativos à declaração da interpretação ou orientação sobre norma jurídica de conteúdo indeterminado e/ou imposição de novo dever ou condicionamento de direito. Como visto, esses pressupostos, caso abrangidos pelo efeito suspensivo da apelação, tornam sem eficácia o regime de transição, por arrastamento lógico.

---

19 GONÇALVES, Glaucio Maciel. *Recursos “ordinários”*. In THEODORO JR, Humberto. *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.222.

Entretanto, se a insurgência recursal for dirigida apenas a capítulos independentes que não digam respeito à alteração da orientação normativa ou à imposição de novo dever ou condicionamento de direito, não haverá qualquer óbice à produção de efeitos do regime de transição. Assim, no cúmulo de ações em um mesmo processo, o recurso de apelação que impugne o julgamento de pedidos autônomos não prejudica a execução definitiva do comando sentencial em relação aos demais, pois a extensão do efeito devolutivo é limitada horizontalmente à matéria relativa ao capítulo impugnado (artigo 1013, parágrafos 1.º e 2.º do CPC/2015). Coisa julgada parcial e interposição de recurso de cognição delimitada voluntariamente<sup>20</sup> que não questionem os capítulos referentes à declaração da interpretação ou orientação nova sobre norma jurídica de conteúdo indeterminado e imposição de dever ou condicionamento de direito em nada prejudica a fixação e implementação do regime de transição.

Note-se que a mera suspensão dos efeitos da sentença no que toca a esses pressupostos não retira a possibilidade da fixação do regime de transição pelo juízo sentenciante, tampouco a obrigatoriedade de o fazer durante o cumprimento da sentença. A suspensão opera efeitos no plano da eficácia, não da validade ou existência. Desse modo, é perfeitamente imaginável situação em que o magistrado de primeira instância, ao sentenciar, fixe o regime de transição, que remanesce com eficácia suspensa até a confirmação da sentença em segundo grau e eventual manifestação dos tribunais superiores. Voltando os autos para a fase de cumprimento, passa a vigorar o regime de transição fixado.

Nesse ponto, é possível questionar se os tribunais, em instância recursal, poderiam no regime de transição, desde logo, decidir aplicar a teoria da causa madura. Não parece haver óbice a isso,

---

20 DIDIER JR., Fredie. *Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In Grandes Temas do Novo CPC: Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Volume 12. DIDIER JR., Fredie; Cabral, Antonio do Passo (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2018. p. 89/92.

o que não significa que as cortes não façam uso dessa faculdade com cautela. De fato, ainda que em sede recursal o órgão jurisdicional que julgue a interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado e impõe novos deveres ou condicionamentos de direitos seja competente para lhe fixar as diretrizes de cumprimento, não seria aconselhável que isso passasse das diretrizes gerais iniciais, porquanto o regime de transição, sendo incidente afeito à execução e destinado a lhe garantir equidade, proporcionalidade e eficiência, pode exigir atencioso cuidado, fiscalização e acompanhamento. Tais exigências podem ser mais bem concretizadas pelo juízo do cumprimento de sentença, sendo inconveniente que cada intercorrência prática seja levada para decisão em órgão colegiado.

Além disso, a manifestação colegiada e o duplo grau de jurisdição restarão sempre preservados pela possibilidade, já referida, de interposição de agravo de instrumento em face das decisões do juízo singular. Ademais, o acesso aos tribunais superiores também estará garantido pela via da reclamação, caso tenham eles fixado as diretrizes do regime de transição. O mandado de segurança também é forma de controlar eventual ato coator praticado pelo juízo singular. Em suma, nas ações de competência originária de tribunais, indiscutível sua competência para a fixação e o acompanhamento direto do regime de transição. Quando conhecerem da questão em grau recursal, melhor que se atenham à fixação de diretrizes gerais, deixando o acompanhamento direto para o juízo singular e conhecendo de eventuais impugnações pela via de agravo, reclamação ou mandado de segurança.

### **3.2.5. Conexão e reunião de processos**

O regime de transição aparece como forma de garantir o melhor cumprimento de deveres ou condicionamentos de direito surgidos de mudança na interpretação ou orientação de normas

jurídicas. Liga-se aos objetivos gerais de segurança jurídica e de eficiência da reforma da LINDB.

Assim, seria impensável a coexistência de um regime de transição aplicável a um ou mais sujeitos e inaplicável a outros, que se submetem aos mesmos deveres ou condicionamentos de direitos, mas sem o correspondente regime de transição. A incidência do regime de transição só para uns importaria evidente violação à segurança jurídica, finalidade última da norma em comento.

Quando o regime de transição disser respeito a bens jurídicos indivisíveis ou a interesses coletivos e difusos, não haverá qualquer dificuldade. Pense-se na imposição de dever urbanístico ou ambiental a todos os habitantes de um local, indistintamente, na fixação de tarifas módicas em serviços públicos e, também, no condicionamento de direitos que atingem um sem-número de pessoas, como a imposição de requisitos para o ingresso nas carreiras públicas, para contratação com o poder público ou exercício de determinada atividade que exija autorização. Em qualquer dos casos, uma única decisão submeterá todos os possíveis afetados.

Entretanto, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a situação pode agravar-se com a indesejável violação à igualdade pelo tratamento diferenciado daqueles em idêntica situação. Tendo isso em mente, e sem que se pretenda enveredar, neste momento, para temas como a ampliação subjetiva da coisa julgada, é possível apontar para a inegável ocorrência de conexão entre as ações, uma vez fixado o regime de transição em uma delas. Assim, trabalhar a ideia de prevenção do juízo que fixou o regime de transição para o conhecimento e julgamento das demais ações versando sobre o cumprimento dos mesmos deveres e condicionamento de direitos, que deverão ser reunidas para o seu acompanhamento conjunto, não seria uma prevenção para definir competência na fase cognitiva, mas sim para a fase de cumprimento de sentença, desde que isso não represente óbice

à consecução das finalidades do instituto (garantia da proporcionalidade, equidade e eficiência) em razão de deslocamentos territoriais, comunicação com as partes, etc.

### **3.2.6. Nulidades**

Considerando que o regime de transição é obrigatório quando verificadas as suas hipóteses normativas, a decisão que deixa de fixá-lo padece de nulidade. Entretanto, essa nulidade não contamina todo o processo e certamente não vicia os capítulos declaratórios da sentença. Como visto, o regime de transição somente apresenta eficácia no processo judicial na fase de cumprimento de sentença, de modo que sua ausência prejudica exatamente tais atos executórios, não repercutindo nos atos cognitivos e declaratórios realizados antes.

De se refletir, ainda, que o regime de transição representa um diferimento temporal ou procedimental na satisfação das obrigações estatuídas pela sentença, as quais normalmente têm execução imediata, mas que, com o uso dos meios coercitivos disponíveis, passam a ter sua exigibilidade desmembrada ou fragmentada, pois são cumpridas de forma progressiva, parcelada ou diferida no tempo. Assim, a ausência do regime de transição, quando a presença for obrigatória, configura hipótese de inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, nos termos do artigo 525, inciso III, e 535, inciso III, ambos do CPC/2015. Dessa forma, o executado que se sentir lesado pela ausência da fixação do regime de transição poderá alegá-lo em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

### **3.2.7 Fundamentação das decisões**

As decisões que fixam o regime de transição ou que decidem sobre

incidentes no curso de sua implementação ostentam uma natureza especial e distinta dos demais atos judiciais e, por isso, exigem fundamentação idônea que se adapte à realidade. Com efeito, a grande maioria dos atos judiciais é, acima de tudo, cognitiva e interpretativa. O juiz deve conhecer os fatos e julgar suas repercussões jurídicas à luz da interpretação das normas aplicáveis e da subsunção dos comandos legais abstratos às circunstâncias do caso concreto, construindo sentido jurídico à decisão da controvérsia.

No regime de transição, a atividade exercida pelo juiz é primordialmente estratégica e voltada à consecução ótima de resultados. Deveras, o regime de transição tem como finalidade garantir que a concretização de deveres jurídicos se dê de forma proporcional, equânime e eficiente. Exige, portanto, avaliações pragmáticas, controle empírico de produtividade, economicidade, simplicidade e celeridade, considerando a situação concreta das partes e os recursos disponíveis.

As decisões judiciais que versam sobre o regime de transição não podem guardar fundamentação presa ao raciocínio lógico-jurídico ligado à atividade cognitiva e interpretativa. Devem ser motivadas segundo critérios de eficiência, proporcionalidade e equidade ligados à atividade finalística e pragmática, sem, no entanto, desbordar para a ilegalidade. Dentro das molduras normativas, os argumentos judiciais utilizados para estabelecer o regime de transição devem observância à sua natureza e às finalidades, sob pena de nulidade a ser controlada pelas recursais e impugnativas já mencionadas.

### **3.2.8. Cooperação, contraditório e consensualidade**

O princípio da cooperação rege todo o processo civil brasileiro como norma que lhe é fundamental (artigo 6.º do CPC/2015). Dele se projetam diversos deveres não somente para as partes,

---

mas também para o juiz, os quais densificam a noção de contraditório.<sup>21</sup> Por essa razão, a decisão judicial relativa ao regime de transição se deveria dar em cooperação com as partes, embora o novo sistema processual exija que se busque, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (artigo 3.º, §2.º, CPC/2015), o que apenas reforça a necessidade do estabelecimento do diálogo entre as partes e o juízo no âmbito do regime de transição.

Realmente, uma vez que o novo dever ou condicionamento de direito já foi imposto, é possível pensar que as partes cheguem a um acordo sobre a melhor forma de lhe dar cumprimento. Com isso, a solução negociada e consensual pode apresentar diversos atrativos, pois torna desnecessário intervenção judicial com medidas coercitivas, evita-se a oneração do processo e lhe pode conferir maior celeridade.

Simplicidade, economicidade e celeridade, se atributos obtidos pela consensualidade e negociação, representam instrumentos eficientes para o juiz não só quando da fixação do regime de transição, mas também durante seu acompanhamento.

#### **4. O processo estrutural**

Ao longo do século XX se observaram profundas alterações no processo civil. Conceitos e modelos tradicionalmente fixados e enraizados na cultura jurídica ocidental, de domínio liberal e positivista desde o século XVIII, têm sido relativizados para adequar o processo às novas exigências da dinâmica social. Sem o abandono das práticas processuais clássicas, permitiu o reconhecimento às vezes desordenado de gestação pretoriana de novas práticas judiciais destinadas a moldar a função jurisdicional às demandas de interesse público ou coletivo.

---

21 THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82-126

No âmbito do *common law*, Chayes identificou as características do modelo tradicional do processo civil e as comparou com os atributos dos processos que ele denomina litígios de direito público.<sup>22</sup>

O tradicional processo civil norte-americano seria: a) bipolar, dois interesses unitários e opostos; b) retrospectivo, voltado à verificação de fatos ocorridos e suas consequências jurídicas; c) interdependente com o direito material, na medida em que o remédio processual derivaria do escopo da violação ao direito substantivo; d) limitado em alcance, pois os comandos judiciais atingiriam apenas as partes; e) iniciado e controlado pelas partes que detêm a iniciativa de delimitar os fatos, produzir as provas e formular os pedidos e questões a serem decididas pelo juiz.<sup>23</sup>

Esse modelo processual de cunho privatístico passou a sofrer críticas a partir de 1875, em face do crescimento da regulação legislativa e intervenção estatal nos arranjos sociais e econômicos bem como da necessidade de questionar o caráter lógico e dedutivo da jurisdição. Por causa de suas consequências políticas, alterações teriam surgido no sistema processual, as quais não seriam apenas reformas pontuais destinadas a conferir maior eficiência à adjudicação, dentro, ainda, do modelo tradicional, mas elementos de um novo modelo de ação judicial e de função jurisdicional.<sup>24</sup>

As características desse modelo seriam: a) o escopo da ação não é dado exogenamente, mas fixado pelas cortes e pelas partes; b) a estrutura de partes não é rigidamente bilateral, mas dispersa e amorfa; c) a inquirição de fatos não é histórica e adjudicativa, mas preditiva e legislativa; d) o remédio judicial não é uma compensação pela violação do direito, mas é prospectivo, flexível e

---

22 CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K.; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.31-69. Publicação original em Harvard Law Review, volume 89-1976, p.1.281-1.316.

23 *Idem*. p. 33-34.

24 *Idem*. p. 39-40.

---

aberto; e) o remédio não é imposto, mas negociado; f) a sentença não encerra o envolvimento judicial no assunto, mas requer a contínua participação da corte para administrar sua execução; g) o juiz não é passivo, já que se envolve na avaliação de fatos e na delimitação do litígio; h) o objeto litigioso não é uma matéria privada entre particulares, mas uma disputa sobre a operação de políticas públicas.<sup>25</sup>

Fiss também trabalhou a questão do novo modelo de processo civil verificado nos Estados Unidos<sup>26</sup>, especialmente durante a década de 1960, com a Corte Warren<sup>27</sup>, o qual denominou processo estrutural, em oposição ao modelo clássico, que chama de solução de controvérsias. A análise do autor restringe a ocorrência do processo estrutural aos casos em que o judiciário altera a estrutura e a organização de burocracias da Administração ao dar concretude aos valores constitucionais abstratos.<sup>28</sup>

Para Fiss, a função primeira da atividade jurisdicional seria exatamente “conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais”,<sup>29</sup> sendo a eliminação de controvérsias entre as partes mera consequência do exercício dessa função.<sup>30</sup> Daí dis-

---

25 *Idem.* p. 53.

26 FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 25-104.

Também em: FISS, Owen. *As formas de justiça*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017, p.119-174.

27 Warren Court é a denominação da composição da Suprema Corte dos Estados Unidos da América enquanto presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren, entre os anos de 1953 e 1969.

28 *Idem.* p. 2.

29 *Idem.* p. 9.

30 De fato, ele questiona a postura dogmática que considera a solução de controvérsias como função histórica dos juizes, descrita metaforicamente pela narrativa de dois indivíduos que, ao chegarem a um impasse sobre um pedaço de terra, submetem a disputa a um terceiro imparcial para evitar o uso da força entre eles, de modo que as cortes seriam a institucionalização desse terceiro imparcial. O autor trata a alegoria como uma “estória que não captura a lógica social das cortes” e propõe a substituição por outra: “o soberano envia seus oficiais por todo o território para divulgar o direito e verificar se ele está sendo observado”. Assim, considerando

cordar de Chayes de que haveria um modelo tradicional (solução de controvérsias) e um novo modelo (processo estrutural ou de litígios de direito público). Conforme Fiss, a função jurisdicional sempre teria sido a mesma, de modo que evoluída teria sido a forma de adjudicação.<sup>31</sup>

Já quanto ao processo civil italiano, Bonato<sup>32</sup> descreve a jurisdição administrativa historicamente atrelada à função de exercer o controle de legalidade dos atos administrativos e declarar, eventualmente, sua anulação. Informa, entretanto, a existência de instrumento processual denominado juízo de conformidade (*Giudizio di Ottemperanza*), previsto no direito positivo desde 1971, que permite ao juízo administrativo, verificado o inadimplemento da Administração, fazer-se substituir para corrigir a violação, determinando a prática e o conteúdo de atos ou mesmo praticando ele mesmo os atos. Trata-se, portanto, de procedimento de natureza mista, isto é, sucessivamente cognitivo e executivo, de formação progressiva. Para trazer efetividade à execução do comando sentencial, o juízo pode valer-se da nomeação de um comissário judicial *ad acta* para o representar como *longa manus* do órgão judicial.

No Brasil, Grinover<sup>33</sup> fala da existência dos conflitos de interesse público ou estratégicos como sendo aqueles “que se destinam à implementação de direitos fundamentais coletivos, implicando

---

que a função jurisdicional seria caracterizada por conferir significado aos valores públicos constitucionais, o processo estrutural seria apenas uma maneira de exercer esse encargo, ao passo que as disputas puramente privadas, que não envolvem a interpretação dos valores públicos, deveriam ser resolvidas por árbitros privados. (*Idem*. p.31-32).

31 *Idem*. p.37.

32 BONATO, Giovanni. *Il giudizio di ottemperanza e il commissario ad acta nel processo amministrativo italiano*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.317-339.

33 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticos públicas*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 423-448.

colocar em debate a atuação de grandes instituições ou serviços públicos”. Essa categoria de litígios deve ser diferenciada não só dos conflitos privados, mas também do restante dos litígios coletivos, pois o diálogo processual ali estabelecido teria natureza “institucional, envolvendo outros ‘poderes’ estatais”. Seriam características marcantes desses processos a decisão versar não sobre fatos passados, mas projetar-se em dimensão prospectiva; a ordem judicial não se limitar ao “pague ou faça”, mas representar uma indicação dos passos a serem empreendidos para se alcançar o resultado pretendido; a sentença ser construída em diálogo entre as partes, e preferencialmente com a presença de *amicus curiae*; a ampliação da cognição, com a participação de assessorias especializadas; a flexibilização do cumprimento de sentença, acompanhado pelo juízo, que se pode valer de terceiro interposto; a utilização do método dialogal, entre os poderes estatais.

No mesmo sentido, Arenhart<sup>34</sup> reconhece que “o processo brasileiro não comporta, sob seus princípios e seus procedimentos tradicionais, os requisitos necessários para uma adequada discussão de políticas públicas.” Para tanto, seria necessária uma redefinição do conceito de contraditório, com nova dimensão e conteúdo, para que o direito de influir na decisão seja exercido pelos vários núcleos de interesse no objeto da controvérsia diretamente, por “representantes adequados”, pela oitiva de especialistas. Além disso, “elementos como a adstrição da decisão ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada exigem reformulação completa”.

Portanto, o processo estrutural ou de interesse público, antes de resultar de uma reforma planejada do direito positivo, configura uma realidade da prática jurídica dos diversos sistemas observa-

---

34 ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro. In GRINOVER, A.P.; WAITANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 475-492.

da notadamente a partir do crescimento da intervenção estatal na regulação social e econômica, com a provocação das cortes a concretizarem direitos, valores e princípios constitucionais abertos e programáticos. A atuação judicial se tornou proativa e passou a intervir quando verificado que a estrutura de burocracias administrativas representava óbice à consecução daqueles princípios.

Sem que se adentre o mérito das críticas surgidas à legitimidade dessa atividade judicial, registre-se que, para alguns, ela estaria inserida na própria noção de jurisdição<sup>35</sup>. Pragmaticamente, a doutrina tem apontado necessidade da revisão de institutos processuais clássicos, que devem ser flexibilizados para se adequarem às exigências desses novos processos.<sup>36</sup>

O processo estrutural ou de interesse público seria, então, o instrumento adequado à solução de litígios especiais, nos quais a atividade jurisdicional interfere, com mais vigor, nas atividades dos demais órgãos estatais, já que essa peculiaridade exigiria a observância de procedimento igualmente peculiar, com a superação/revisão de conceitos processuais tradicionais.

## 5. Regime de transição e processo estrutural

Estudados os objetivos, as posições doutrinárias sobre o processo estrutural ou de interesse público e as características normativas materiais e processuais do artigo 23 da LINDB, cabe analisar se a modalidade judicial do regime de transição equivale à positivação do processo estrutural no direito brasileiro.

---

35 Como visto em FISS, Owen. *As formas de justiça...*

36 Projeto de Lei 8058/2014, de autoria do deputado Paulo Teixeira, em trâmite na Câmara dos Deputados e disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=5C25289141BA48D58B621BA249C19564.proposicoesWebExterno?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C25289141BA48D58B621BA249C19564.proposicoesWebExterno?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014).

Vejam-se, ainda, comentários doutrinários ao projeto: GRINOVER, A.D.; WATANABE, K.; LUCON, P.H.S. *Projeto de Lei 8058/2014 – considerações gerais e proposta de substitutivo*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K.; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 609-650.

Tanto o regime de transição quanto o processo estrutural partem da premissa de que o órgão jurisdicional atuou de forma a concretizar normas indeterminadas. O regime de transição pressupõe interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado compreendida como princípios, em geral, e regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados. Para Fiss, o processo estrutural seria decorrência da própria função jurisdicional de “conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais”.<sup>37</sup> Considerando que nossa Constituição é rica em normas principiológicas, programáticas e conceitos jurídicos indeterminados, os institutos do regime de transição e processo estrutural compartilhariam mesma característica de pressuporem a atividade jurisdicional de interpretação e concretização de princípios e valores abstratos.

Da mesma forma, ambos os institutos têm vocação prospectiva. O regime de transição, apesar de pressupor mudança de interpretação ou orientação jurídica e imposição de novo dever ou condicionamento de direito, depende efetivamente da necessidade de se garantir proporcionalidade, equidade e eficiência ao cumprimento desse dever ou condicionamento. Liga-se mais à execução do que à declaração. O foco da autoridade que fixa o regime de transição é trabalhar mais a satisfação do direito no futuro do que perquirir retrospectivamente as circunstâncias de sua violação. A esse respeito, Chayes<sup>38</sup>, Fiss<sup>39</sup> e Grinover<sup>40</sup> são harmônicos em afirmar o caráter prospectivo e *pro futuro* do processo estrutural.

Por isso, o regime de transição e o processo estrutural exigem procedimento flexível, com ampla possibilidade de revisão das

---

37 FISS, Owen. *As formas de justiça...*p.128.

38 CHAYES, Abram. *The role of the judge...*p.53 ou 1.302, conforme publicação.

39 FISS, Owen. *As formas de justiça...*p.130.

40 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do...* p. 445.

decisões quando verificada a inadequação aos objetivos. Fiss entende que se trata de um procedimento dependente da substância.<sup>41</sup> O mesmo ocorre no regime de transição, cujo conteúdo e procedimento estão ambos atrelados à consecução de proporcionalidade, equidade e eficiência.

Ademais, a relativização do princípio dispositivo e da adstrição ou congruência é uma nota marcante do processo estrutural e também do regime de transição. Chayes afirma que, no processo de interesse público, o remédio judicial não é uma compensação pela violação do direito, mas é prospectivo, flexível e aberto<sup>42</sup>, enquanto Arenhart expressa a necessidade de revisão daqueles princípios.<sup>43</sup> O regime de transição se origina de um processo cujo objeto seria a interpretação de uma norma de conteúdo indeterminado, com a conseqüente imposição de deveres ou condicionamentos de direito. Não obstante, para garantir o cumprimento equânime, proporcional e eficiente desses deveres ou condicionamentos de direitos, é possível que o juiz fixe medidas transitórias a serem observadas pelas partes e que não estavam incluídas nos seus pedidos, sem que isso configure decisão *extra petita*. De igual modo, o juiz não concede imediatamente a satisfação do direito postulado, mas determina que isso se dê diferida e progressivamente sem que resulte em decisão *infra petita*.

Além disso, o processo estrutural e o regime de transição comungam a necessidade de acompanhamento judicial de seu cumprimento, de modo que a atividade judicante não se encerra com a mera prolação da declaração da parte vencedora. Pelo contrário, o exercício da supervisão, controle e fiscalização da decisão judicial pode tornar necessário que o juízo se valha de interpostas pessoas, com qualificação técnica e isenção para re-

---

41 FISS, Owen. *As formas de justiça...*p. 121.

42 CHAYES, Abram. *Idem*.

43 ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no...*p.481/482.

---

presentá-lo, a fim de melhor cumprir esses encargos. Fiss lhe denomina *special master*<sup>44</sup>, Bonato fala do comissário *ad acta*<sup>45</sup>, enquanto Arenhart entende que as normas positivas existentes no Brasil já possuem o potencial de permitir a nomeação de tais administradores judiciais.<sup>46</sup>

Uma nota característica dos processos estruturais que também se faz presente no regime de transição é a atuação do órgão judicial em cooperação e negociação entre as partes. Para Fiss, o diálogo processual, ao lado da independência (imparcialidade), seria a base da legitimidade dos juízes para promoverem as reformas estruturais.<sup>47</sup> Quanto ao regime de transição, não bastasse a cooperação e o contraditório serem normas fundamentais do processo civil em geral, a natureza mesma desse instituto reforça a necessidade do juízo de se abrir ao diálogo em busca de solução consensual entre as partes. De fato, não apenas circunstâncias técnicas podem ensejar que o juízo se valha de cooperação como essa. A consensualidade pode ser decisiva para o sucesso do regime de transição na obtenção de equidade, proporcionalidade e, principalmente, eficiência no cumprimento dos comandos judiciais.

Por todo o exposto, o regime de transição e o processo estrutural ou de interesse público são a mesma coisa? Parece que não. Ainda que comunhem características semelhantes, os institutos ainda guardam distinções.

Para Fiss, o processo estrutural “é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos ins-

---

44 FISS, Owen. *As formas de justiça...*p. 144/145.

45 BONATO, Giovanni. *Il giudizio di ottemperanza...*p.335 e ss.

46 ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no...*p.490.

47 FISS, Owen. *As formas de justiça...*p. 130 e 168.

titucionais existentes”.<sup>48</sup> Para Chayes, o objeto do novo processo, identificado como litígio de direito público, “não seria uma disputa entre indivíduos sobre direitos privados, mas uma controvérsia sobre a operação de uma política pública”.<sup>49</sup>

É verdade que o regime de transição pode ser aplicado a casos em que a decisão judicial resulte em reorganização das estruturas administrativas, da mesma forma como certamente se deve aplicar em controvérsias sobre políticas públicas. Entretanto, da forma como positivado em nosso ordenamento, o regime de transição não se limita a isso.

Não há nada que indique que o regime de transição tenha de se ater a conflitos na administração pública. É, pois, perfeitamente possível que se aplique a controvérsias entre particulares, na hipótese em que a decisão judicial operar interpretação nova sobre norma jurídica de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou condicionamento de direito, cujo cumprimento requeira proporcionalidade, equidade e eficiência, especialmente considerada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Basta pensar em litígios que envolvam direitos do consumidor em que a decisão judicial, interpretando os conceitos abertos do Código de Defesa do Consumidor<sup>50</sup>, imponha ao fornecedor o dever de sanar vícios em produtos ou em sua divulgação, com implicações produtivas e gerenciais em larga escala. O mesmo se aplica à defesa de outros interesses, como o meio ambiente, o patrimônio público, etc. O regime de transição pode ser aplicado, ainda, em lides absolutamente privadas, em que haja o cumprimento específico de obrigação de fazer complexa. Ademais, a recuperação judicial, no âmbito do direito comercial, é, de certa forma, uma

---

48 *Idem*. p.120.

49 CHAYES, Abram. *Idem*.

50 Como, por exemplo, as expressões “riscos normais e previsíveis” e “informações necessárias e adequadas” (artigo 8.º do CDC), “vícios de qualidade que os tornem [produtos] impróprios ou inadequados ao consumo” (artigo 18, CDC).

modalidade legal de regime de transição com objetivos e requisitos específicos.<sup>51</sup>

Além disso, a flexibilização do princípio dispositivo e da adstrição ou congruência parece ter sido menos dramática no regime de transição. Nos processos estruturais, os limites à atuação judicial são a efetivação de um valor constitucional e a eliminação da ameaça a ele representada pela estrutura administrativa. No regime de transição, o juiz se encontra vinculado à garantia do melhor cumprimento dos deveres ou condicionamento de direitos impostos pela sentença precedente. Dessa forma, o objeto de deliberação judicial mais aberta ou permissiva é menos o entrave estrutural da Administração à concretização do valor constitucional do que as formas mais equânimes, proporcionais e eficientes de garantir o cumprimento de um dever ou condicionamento de direito específico. No processo estrutural, a atenção judiciária se desprende da violação específica que deu origem ao conflito para se abrir ao cenário amplo de violações inespecíficas, enquanto no regime de transição se foca na melhor maneira de dar cumprimento a uma obrigação específica.

Portanto, o regime de transição e o processo estrutural ou de interesse público possuem várias semelhanças, mas não representam o mesmo instituto. Sob o aspecto hipótese de incidência, o regime de transição se mostra mais abrangente do que os processos estruturais ou de interesse público. Sob outro aspecto – alcance da atuação judicial – o processo estrutural vai além do escopo específico do regime de transição.

---

51 Entre outros efeitos, a recuperação judicial pode resultar na alteração do modo de cumprimento das obrigações do devedor para garantir a superação da sua crise econômica, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores (artigo 47 da Lei 11.101/2005).

## 6. Conclusão

Por todo o exposto, a reforma da LINDB operada pela Lei 13655/2018, que visou conferir qualidade, segurança jurídica e eficiência às decisões públicas, pode vir a atingir seus objetivos no que tange ao regime de transição previsto pelo artigo 23.

Naturalmente, a ausência de disciplina mais detalhada do alcance e implicações desse dispositivo poderão causar, num primeiro momento, certa perplexidade e hesitação na comunidade jurídica, o que, por sua vez, acarreta justamente a diminuição da segurança jurídica que envolve a norma.

Porém, compreendidas as funções e as exigências do instituto, bem como observância de boa técnica processual e atenção rigorosa às suas finalidades, o regime de transição pode tornar-se, de fato, instrumento adequado aos ideais de segurança jurídica e eficiência no trato do Direito, em geral, e não apenas às decisões públicas.

Além disso, o regime de transição:

1. É obrigatório, instrumental e aberto.
2. Tem como pressupostos a prática de um ato administrativo ou decisão judicial ou controladora que apresente nova interpretação ou orientação sobre princípios, em geral, ou regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados dos quais resultem imposição de novo dever ou condicionamento de direito a particulares, a administradores ou à própria Administração, e se condiciona à sua essencialidade de garantir que o cumprimento desse novo dever ou condicionamento seja revestido de atributos como a proporcionalidade, a equidade e a eficiência para tutelar o interesse público.
3. Não se aplica aos casos sem inovação de interpretação ou orientação normativa, àqueles em que há operação hermenêu-

tica sobre regra de conteúdo determinado e àqueles em que se criam direitos potestativos.

4. Não se limita aos litígios na administração pública, ao escopo do microsistema das nulidades de atos administrativos ou à modulação temporal de efeitos da Lei 9868/1999.

5. Liga-se mais à execução do que à declaração, e está vinculado à consecução de proporcionalidade, equidade e eficiência ao cumprimento do dever ou condicionamento de direito.

6. Pressupõe, no processo judicial, decisão anterior de mérito.

7. Não precisa integrar o corpo da sentença.

8. É decisão interlocutória que desafia a interposição de agravo de instrumento, conforme permissivo do artigo 1.015, parágrafo único, CPC/2015.

9. Pode ser fixado por qualquer instância judicial.

10. Submete-se ao efeito suspensivo da apelação, caso esse recurso impugne os capítulos da sentença relativos à declaração da nova orientação sobre norma jurídica ou à imposição do novo dever ou condicionamento de direito.

11. Pode ser fixado mesmo com a interposição do recurso de apelação, caso em que, verificada a hipótese do item anterior, permanecerá com eficácia suspensa até a confirmação da sentença e eventual manifestação dos tribunais superiores.

12. Pode ser fixado pelos tribunais em grau recursal, mas é aconselhável que, nesse caso, as cortes não ultrapassem o plano de diretrizes gerais e iniciais e deleguem o acompanhamento, avaliação e controle para a primeira instância.

13. Enseja a conexão e reunião de processos que versarem sobre idêntica controvérsia, na fase de cumprimento de sentença.

14. Sua ausência, quando presentes as hipóteses de incidência, acarreta a nulidade dos atos executórios, mas não dos cognitivos anteriores, ensejando, ainda, a inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, arguíveis em sede de impugnação e embargos.

15. Exige fundamentação adequada, finalística e pragmática, segundo critérios de eficiência, proporcionalidade e equidade.

16. Incrementa a importância da cooperação, do contraditório e da consensualidade no processo.

17. Possui em comum com os processos estruturais a premissa de que a atuação jurisdicional interpretou normas de conteúdo indeterminado, tem vocação prospectiva, demanda procedimento flexível, relativiza os princípios dispositivo e da adstrição, exige atuação proativa do juízo em cognição estendida e, também, em cooperação entre as partes, o uso, inclusive, de auxiliares judiciais.

18. Guarda distinção em relação aos processos estruturais de maior abrangência, para além de litígios de direito público que envolvem a administração pública, ao mesmo tempo que apresenta escopo mais delimitado, isto é, o foco na melhor maneira de dar cumprimento a uma obrigação específica.

## 7. Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

ANASTASIA, Antônio Augusto. *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

BONATO, Giovanni. *Il giudizio di ottemperanza e il commissário ad acta nel processo amministrativo italiano*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. Publicação original em Harvard Law Review, volume 89/1976.

DIDIER JR., Fredie. *Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015*. In *Grandes Temas do Novo CPC: Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Volume 12. DIDIER JR., Fredie; Cabral, Antonio do Passo (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2018.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *As formas de justiça*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

GONÇALVES, Glaucio Maciel. *Recursos “ordinários”*. In THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticos públicas*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

---

NETO, Floriano de Azevedo Marques; MOREIRA, Egon Bockmann. *Uma lei para o estado de direito contemporâneo*. In ANASTASIA, Antônio Augusto (coord.) *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVEIRA, Marilda de Paula. *Artigo 22*. In ANASTASIA, Antônio Augusto (coord.) *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro*. In ANASTASIA, Antônio Augusto (coord.) *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Artigo recebido em 27/8/2018

Artigo aprovado em 29/11/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190012

**154 - 184**  
Artigo

**TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE  
FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:  
CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS  
PRIVADOS POR ENTES PÚBLICOS COM  
PROCURADORIAS PRÓPRIAS**

BRÁULIO LISBOA LOPES  
DANYELE DA SILVA MACHADO

# TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PRIVADOS POR ENTES PÚBLICOS COM PROCURADORIAS PRÓPRIAS

OUTSOURCING OF CORE ACTIVITIES IN PUBLIC ADMINISTRATION:  
HIRING OF PRIVATE ATTORNEYS BY PUBLIC ENTITIES THAT HAS ATTORNEYSHIP

BRÁULIO LISBOA LOPES

Mestre em Direito  
Advocacia-Geral da União, Brasil  
braulio.lopes@agu.gov.br

DANYELE DA SILVA MACHADO

advogada  
Centro universitário newton paiva, brasil  
danymachadoleal@hotmail.com

**RESUMO:** Este trabalho, ao explanar a terceirização na administração pública, objetiva potencializar a eficiência e o desinchar da máquina administrativa no setor estatal e esclarecer a harmonia dessa prática com os princípios da legalidade e do concurso público, vetores do Regime Jurídico de Direito Público. Nesta seara, expõe-se a problemática do exercício de atividades-fim, especificamente a terceirização do serviço prestado pelos advogados públicos, profissão que tem assento constitucional, definição por lei e vinculação da forma de ingresso ao certame público, esmiuçando-se a regra e a exceção acerca do tema. A pesquisa utilizou como parâmetros a legislação, a doutrina, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), além de pareceres de órgãos consultivos.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 1.1. Terceirização na administração pública. 1.2. A busca da eficiência com a terceirização. 1.3 A relação com os princípios da legalidade e do concurso público. 1.4 Compreensão jurídica acerca da terceirização na administração pública. 2. Advocacia pública: a sua importância na construção do Estado Democrático de Direito e a terceirização das atividades. 3. Exceção legal: possibilidade de contratação de advogados privados por entes públicos com procuradorias próprias. 4. Conclusão. 5. Referências.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização. Administração pública. Concurso público. Advocacia pública. Contratação particular.

**ABSTRACT:** The scope of this present study is to explain outsourcing in Public Administration, by highlighting its objective of boosting the public sector efficiency and reducing its size, therefore clarifying the harmony between the Principle of Legality and public selection process, which are vectors in the Legal Regime of Public Law. To that end, exposes up the problematic of its incidence over State's core activities, specifically the possibility of outsourcing of the services provided by public attorneys, profession that have constitutional prediction, definition by law and linking of form of entrance with public selection process, detailing rule and exception about theme. In this study, the search parameters used were Doctrine, Legislation, Brazilian Federal Court of Auditors cases, STF e STJ, and Advisory Bodies opinions.

**KEYWORDS:** Outsourcing. Public Administration. Public Selection Process. Public Advocacy. Private Hiring.

## 1. Introdução

Muito se tem discutido a eficiência do Estado na prestação de serviços. Com a introdução no ordenamento jurídico da Reforma Trabalhista – Lei 13.467, de 13 de julho de 2017–, embates ideológicos ressurgem acerca da prática da desestatização, mormente no campo da atividade-fim do Estado.

Ao se perceber o aparato estatal insuficiente, ineficiente, burocrático, a terceirização surge na seara pública apta à execução material de certas atividades, permitindo a diminuição do tamanho do Estado e a otimização do labor com o intuito de reduzir a máquina administrativa cara, inchada e, muitas vezes, desnecessária.

Contudo, controvérsia há no meio acadêmico e jurídico quanto à limitação das áreas possíveis dessas contratações com particulares, já que a seara pública se fundamenta nos princípios da legalidade e do concurso público, mormente nas carreiras constitucionais como as dos advogados do Estado.

Investiga-se a regra aplicada notadamente sobre a terceirização no âmbito da advocacia pública, múnus público com assento constitucional, definição legal e forma de ingresso por meio de certame público. Contrapondo-se à norma genérica, ressalta-se exceção hodierna a contratação de advogados privados por entes com procuradorias próprias, abordando-se entendimentos do TCU, STF e STJ, da doutrina e de pareceres de órgãos consultivos, além da legislação vigente.

Objetiva-se demonstrar resposta a tais questionamentos e esclarecer seguramente a delimitação legal da terceirização nesta seara estatal, já que, além da autorização jurídica, as circunstâncias constitucionais, fáticas e excepcionais devem ser sobrelevadas.

## 1.1. Terceirização na administração pública

No fim da década de 1990, foi alterado o padrão de prestação estatal de serviços e implantada a sistemática de desestatizações, sendo uma de suas expressões a terceirização das atividades.

Instituto do direito do trabalho, a terceirização é conceituada na área privada como a contratação de mão de obra de terceiros por específica empresa – tomadora de serviços – para a efetivação de atividades-meio.

Para Godinho Delgado, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente.<sup>1</sup>

O modelo trazido para o Brasil nas décadas de 1950 e 1960 pelas empresas multinacionais de automóveis se expandiu ao longo dos anos para todos os setores, inclusive para a administração pública.<sup>2</sup> Nesse âmbito, clara é a percepção de sua instrumentalização, já que o Estado almeja parceria com o setor privado para a realização de suas atividades.<sup>3</sup>

## 1.2. A busca da eficiência com a terceirização

A fórmula terceirizante tem como escopo precípua a eficiência. Argumenta-se que a terceirização permite à empresa preocupar-se mais intensamente com as atividades que constituem o objetivo central de seu empreendimento.<sup>4</sup>

---

1 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTr, p. 426, 2011.

2 VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha; FURTADO, Monique Rafaella Rocha. *Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática: [planilha de custos: formação de preços e a sua composição]*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 20, 2007.

3 SILVA, Patrícia Pinheiro. *Terceirização nos serviços públicos*. Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 1, p. 99, jan./ mar., 2011.

4 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Revista TST, Brasília, vol. 70, n.º 1, p. 119, jan./jul., 2004

Pamplona Filho e Rodrigues Pinto ensinam que terceirização é a transferência de segmento do processo de produção da empresa para outros segmentos de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida<sup>5</sup>.

No contexto estatal, a eficiência foi valorada no caput do artigo 37 da Carta Magna como um dos princípios a nortear a administração pública. Nas palavras de Meirelles:

[...] não só a produtividade do exercente do cargo ou da função como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o que se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos e se aperfeiçoa o pessoal através de seleção e treinamento. Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração<sup>6</sup>.

Sobrelevando-se o descrédito na prestação de serviços pelos agentes públicos e ante a expectativa da melhoria, depositou-se na iniciativa privada e, assim, na terceirização a crença da existência de uma saída para as mazelas observadas nas atividades afetas ao Estado.

Ramos entende que não basta que a Administração utilize os meios legais para a consecução de seu fim. Deve adotar os “melhores meios legais” e buscar, por meio da terceirização, o alcance satisfatório do interesse público sempre perseguido pelo Estado<sup>7</sup>.

---

5 RODRIGUES PINTO, José Augusto; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas. Direito Individual*. Vol. I. São Paulo: LTr, p. 500, 2000.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, p. 91, 1995.

7 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, p. 138, 2001.

---

### **1.3. A relação com os princípios da legalidade e do concurso público**

A terceirização, por esbarrar no exercício de atividades de domínio estatal, convive diretamente com princípios também vetores do Regime Jurídico de Direito Público, como os valores do concurso público e os da legalidade.

Sabe-se que a Administração prima, conforme art. 37, caput da Constituição da República de 1988, pela observância ao princípio da juridicidade e, ao delinear legalmente toda atuação, fundamenta e restringe o seu poder de império.

É aqui que se enquadra a ideia de que, na relação administrativa, a vontade da administração pública é a que decorre da lei. Logo, só pode fazer o que a lei permite.<sup>8</sup>

Uma das manifestações constitucionais da licitude da atividade pública é a norma prescrita no art. 37, II, da *Lex Mater*, que evidencia a necessidade de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, regra geral para a investidura em cargo e em emprego público.

Em face de seu indispensável respeito ao princípio do concurso público a fim de ocupar cargos ou empregos públicos, há o mister de se realizar procedimento exposto a qualquer candidato, com imparcialidade e objetividade nos critérios que garantam o caráter moral e impessoal dessa escolha. Ademais, a exigência de concurso público tem a finalidade de evitar que o político, valendo-se de sua qualidade de administrador, cause danos ao interesse público com as constantes trocas de servidores a cada gestão.<sup>9</sup>

---

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, p. 65, 2013.

9 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Terceirização da Administração Pública: uma prática inconstitucional*. In: Boletim Científico – Escola Superior do MPU, vol. 4, n.º 17, p. 104-105, out./dez., 2005.

Destacando-se tal normativo a sua corolária forma de admissão e empossamento de servidores públicos, muito se discutiu e se discute acerca da terceirização ou não. A fórmula terceirizante fruto da pretensão à eficiência do Estado rompe aquele paradigma, já que permite a seleção do prestador de serviços conforme a especificidade e a necessidade do objeto da contratação, o que exclui a máxima do concurso público.

Para compatibilizar as duas vertentes de admissão pública, ainda que genericamente, o legislador estabeleceu critérios sobre os quais devem incidir tais faculdades, cabendo à jurisprudência, à doutrina e ao entendimento dos Tribunais de Contas aplicar essas diretrizes, relevando-se a faticidade exposta.

#### **1.4. Compreensão jurídica acerca da terceirização na administração pública**

Como expressão do princípio da legalidade, o Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, consagrou o entendimento precípua acerca da terceirização na seara pública. Trata-se de comando jurídico com recaimento obrigatório no âmbito da União. Contudo, nada impede a aplicação do entendimento esposado em outros âmbitos federativos, na ausência de legislação própria. Verifica-se, pois, a possibilidade de execução indireta de contratação por meio da terceirização.

O Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018, o qual revogou o Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997, dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Embora não deixe claro em seu artigo 2.º os serviços que podem ser contratados preferencialmente, o decreto expõe no

art. 3.º, especificamente para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional, as atividades não objeto de execução indireta:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

Ao esmiuçar a natureza dos serviços, depreende-se da leitura do parágrafo 1.º do artigo o atributo de cada serviço relacionado às atividades típicas de Estado ou às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade.

Por meio da *Lex Mater* e das leis infraconstitucionais, o Estado presta serviços de variadas ordens, descritos na Constituição da República quando da normatização da organização estatal e na divisão de suas funções em três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Outrossim, exerce atividades acessórias, complementares ou mesmo burocráticas que não se vinculam às atuações descritas na lei, mas que possibilitam a feitura de atividades pontuais públicas, dado que serviços públicos de maneira integral – em sua inteireza – são objeto de outra forma de desestatização: a concessão ou a permissão de serviços públicos.

Como ensina Di Pietro, a concessão tem por objeto um serviço público, não determinada atividade a ele ligada na gestão e na execução material. A locação de serviços tem por objeto atividade que não é atribuída ao Estado como serviço público.<sup>10</sup>

Na terceirização, a administração pública apenas transfere a execução material de determinadas atividades, ao passo que as concessionárias e permissionárias de serviços públicos também recebem a gestão operacional.<sup>11</sup>

Conforme Ramos, cuida a terceirização de mera transferência de atividade material acessória, cuja execução a cargo da própria administração direta é uma forma de introduzir a participação do particular no exercício da atividade administrativa sem lhe transmitir a gestão dessa atividade.<sup>12</sup>

Em virtude da natureza e do entendimento justrabalhista sobre a classificação dessas atividades públicas em atividades fim ou meio, saliente-se o intuito de a atuação estatal cumprir os seus objetivos descritos legalmente ou o exercício de atividades executórias, materiais, complementares e possibilitadoras do empreendimento da finalidade pública.

---

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5 ed. São Paulo: Atlas, p. 239, 2005.

11 SILVA, op. cit., p. 100.

12 RAMOS, op. cit., p. 116.

À luz de tal agrupamento, o Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018, alterou entendimento pacífico que apenas vislumbrava a terceirização das atividades-meio e incluiu entre as possibilidades de contratação de serviços as atividades-fim, desde que não estejam descritas nas hipóteses de vedações ali previstas.

Diante dessa legislação, o agrupamento ganha contornos específicos, observada a legalidade para a organização e atuação administrativa.

Almejando a divisão, a ordenação e a execução eficiente das suas atividades, o Estado se descentraliza politicamente nas funções executiva, legislativa e judiciária, desconcentra-se em órgãos e regulamenta as diligências que deve prestar nas atividades típicas de Estado, vinculadas aos órgãos e entidades públicos.

Nessa ordenação de atividades-fim essenciais, típicas de Estado, são inerentes e indispensáveis à própria administração pública o exercício dos poderes de polícia, regulação e aplicação de sanções, a tomada de decisões ou a faculdade de outorga e feitura de serviços estratégicos para a existência, manutenção e desenvolvimento do ente estatal no controle de processos e tecnologia em atividades às quais a própria norma vinculou a sua realização por servidores, conforme consta no plano de cargos do órgão ou da entidade.

Inerentes ao Estado, atividades essenciais não podem ser contratadas, já que constituem vedações à execução indireta dos serviços. Tal proibição, aliás, observa o princípio do concurso público, na medida em que as atividades essenciais estatais são vinculadas à prestação por servidores selecionados em procedimento isonômico e moral, subordinados a regime jurídico próprio, sem concorrer com preferências dos gestores públicos e políticos ou pressões externas<sup>13</sup>.

---

13 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 337, 2012.

Constatando-se que os serviços a serem terceirizados correspondem a tarefas permanentes, contínuas, inerentes e indispensáveis à atividade-fim da Administração, ainda que seja realizada licitação, a contratação é tida por ilegal, importando em violação do dever de realizar concurso público. Outrossim, o parágrafo 1.º do normativo esclarece que os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios que circundam as vedações estabelecidas poderão ser contratados de forma indireta, exceto os relacionados ao poder de polícia.

Quanto à dicotomia meio e fim, os serviços instrumentais, mesmo que estejam correlacionados aos finalísticos, podem ser contratados, tendo em vista a própria natureza das funções.

A norma inovou quanto à possibilidade de terceirizar atividades-fim não previstas como vedações, mas continuou a respeitar as atividades que, indispensáveis ao Estado, não podem ser executadas indiretamente. A coexistência de servidores efetivos e terceirizados é indesejável e pode, de fato, violar o princípio do concurso público, criando, principalmente, disparidades remuneratórias entre agentes que executam a mesma função. Apenas situações excepcionais, temporárias e devidamente justificadas poderiam, em tese, autorizar essa situação de um mesmo serviço ser executado por concursados e terceirizados.<sup>14</sup>

A lei criou cargos ou funções para serem preenchidos por servidores públicos foi por entender que aquelas atividades demandam a existência de servidores regidos por um regime jurídico específico, o qual lhes impõe direitos e obrigações necessários.<sup>15</sup>

Resta à prática da terceirização a incidência sobre as atividades não descritas nas vedações dispostas. Aliás, não estando investi-

---

14 GARCIA, Flávio Amaral. *A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à administração pública*. Revista Brasileira de Direito Público: RBDP, Belo Horizonte, v. 7, n.º 27, p. 153-154, out./dez., 2009.

15 RAMOS, op. cit., p. 134.

das legalmente em cargos, empregos ou funções, essas pessoas não têm condições de praticar qualquer tipo de ato administrativo com produção de efeitos jurídicos. Só podem executar atividades estritamente materiais. São, de fato, simples funcionários.<sup>16</sup>

Ademais, a correta condução do processo de terceirização deve levar em conta as atividades definidas como específicas no quadro de pessoal de cada ente ou órgão, em obediência ao princípio da legalidade.<sup>17</sup> Como este cenário jurídico é recente e inovador, o decreto alterou entendimento pacificado de outrora<sup>18</sup> :

O Tribunal de Contas da União possui entendimento no sentido de que somente é possível a contratação de empresas para a prestação de serviços a entidades e órgãos da Administração Pública se esses serviços não estiverem incluídos dentre aqueles especificados como sendo atribuição de cargos de carreira e que não venham a caracterizar terceirização de atividade fim do órgão ou entidade administrativa contratante[...].

No mesmo sentido AC nº 2084/2007 - TCU, Relator: ministro Benjamin Zymler: A esse respeito, a jurisprudência desta Corte é assente de que a contratação de prestação de serviços para a execução de atividades inerentes à atividade-fim da administração ou às suas categorias funcionais caracteriza terceirização indevida de atividades exclusivas dos servidores efetivos, com afronta à exigibilidade constitucional de concurso público nas admissões (CF, art. 37, II) e não justifica nem mesmo em razão de déficit de pessoal. No mesmo viés, veja-se AC 0341-08/09-P TCU, Relator: ministro Walton Alencar Rodrigues. BRASIL. TCU – Plenário. Acórdão 2.084/2007. Processo TC 014.915/2007-1. Relator: Benjamin Zymler. Ata nº 41/2007. Sessão de 3.10.2007.<sup>19</sup>

---

16 DI PIETRO, op. cit., p. 167.

17 CONSULTA 783.098. *Atividades-meio, atividades-fim e a terceirização de serviços pelo poder público*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Vol. 75, nº 2, ano XXVIII, p. 181, abr./mai./jun., 2010.

18 FURTADO, op. cit., p. 337.

19 FURTADO, op. cit., p. 337.

Contudo, os serviços finalísticos essenciais, típicos de Estado, sempre constituíram proibições à terceirização, consoante Parecer elaborado pela procuradora Raquel Melo Urbano de Carvalho, no qual assevera posicionamento congruente da Advocacia-Geral do Estado<sup>20</sup>.

Aquiescendo com tais entendimentos, tem-se, além de manifestação escrita, não raras orientações verbais da Advocacia Geral do Estado no sentido de que as competências típicas do Estado não podem ser transferidas ao mercado por contrato administrativo, mormente se há regra legal instituidora de cargo público em cujas atribuições inserem-se as atividades cuja contratação pretende-se junto ao setor privado. E isso afigura-se essencial quando se trata da advocacia pública.

A terceirização é instituto aplicável no âmbito estatal, a depender de certas restrições, como o não recaimento sobre as atividades-fim explicitadas como vedações. Assim, a atividade é meio ou fim, já que as atividades acessórias, mesmo as relacionadas às finalísticas essenciais, podem ser executadas indiretamente, uma vez que as atividades-fim do Estado que se pretendem contratar estão ou não abarcadas pelas hipóteses de vedações da norma.

## **2. Advocacia pública: a sua importância na construção do Estado Democrático de Direito e a terceirização das atividades**

Os advogados públicos exercem missão significativa na observância da juridicidade na consecução dos fins públicos concernentes à rotina administrativa, normativa e judicial relacionada ao Estado. Há um dever peculiar, cometido a todos os que optem pelo Direito, promover a sua justa aplicação<sup>21</sup>.

---

20 BRASIL. Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Parecer 15.637, de 29 de março de 2016. Procuradora do Estado Raquel Melo Urbano de Carvalho. p. 13.

21 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade*

Os fundamentos, objetivos e entendimento jurídico genérico sobre a terceirização permeiam a análise da contratação de advogados privados por entes públicos com procuradoria própria. Inicialmente, cabe necessária explanação sobre o papel da advocacia pública no contexto do Estado Democrático de Direito porquanto é nítida a ignorância da sociedade acerca da moderna e adequada compreensão que se deve ter sobre a relevância da missão de zeladoria de valores, notadamente a cometida à Advocacia de Estado.<sup>22</sup>

À Advocacia Pública é reservada a elevada missão de estabelecer a comunicação entre os subsistemas sociais da política e do Direito, e a tarefa institucional de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas por agentes públicos eleitos, ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico.<sup>23</sup>

Os entes públicos necessitam de constante consultoria jurídica que os norteie na criação, implementação e execução dos atos, bem como precisam de corpo jurídico para responder às demandas judiciais que lhe são propostas e para postular em seu benefício. Isso tudo com o escopo de garantir a juridicidade em todo o ambiente público.

Às Procuraturas são impostos certos comportamentos funcionais específicos que se destinem a sustentar, como dever mínimo, e a aperfeiçoar, como dever pleno, a ordem jurídica instituída.<sup>24</sup>

Vislumbra-se, nesse passo, que a restrição ao querer dos gestores estatais, pelo respeito às prescrições jurídicas, é fator distintivo entre a atuação advocatícia pública e a privada. Se o advogado

---

ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, p. 39, 2009.

22 Ibidem, p. 24.

23 BINENBOJM, Gustavo. *A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 8, n.º 31, p. 33, out./dez., 2010.

24 Ibidem, p. 37.

privado é o profissional que atende aos interesses do seu cliente dentro dos limites da sua ciência e da sua consciência, o advogado público, além da sua ciência e da sua consciência, deve reverência aos limites impostos pelo ordenamento jurídico.<sup>25</sup>

Realçando-se tal múnus público, a Constituição da República de 1988 qualificou a advocacia pública como função essencial à Justiça e dispôs como objeto de atuação a representação judicial e a consultoria jurídica, além de estabelecer a vinculação ao concurso público como forma de ingresso nessa carreira constitucional, segundo consta nos artigos 131 e 132 da Carta Magna. O importante, porém, é que, na Constituição, o art. 131 (intacto) e o art. 132 (com redação emendada) mantiveram, ambos, explicitada a dupla missão desse sub-ramo estatal da advocacia pública, que é a Advocacia de Estado, ou seja, fundamentalmente, a representação judicial e a consultoria jurídica da União, dos Estados, do Distrito Federal e, por compreensão, no que couber, a dos Municípios.<sup>26</sup>

Como função essencial à Justiça, a advocacia pública é integrada por atribuições que envolvem as forças armadas, a organização das polícias, a atividade fiscal e, por fim, a administração dos serviços públicos.<sup>27</sup> Nesse íterim, não há como negar o caráter de atividade-fim essencial do exercício da Advocacia de Estado. Nas palavras de Moreira Neto<sup>28</sup>:

[...]as atividades-fim visam ao estabelecimento, manutenção, cumprimento e aperfeiçoamento da ordem jurídica; enquanto que as atividades-meio englobam todas as demais ações de aparelhamento necessárias para que o Estado seja eficaz e eficiente na execução daquelas atividades-fim. Ora, as atividades desenvolvidas

---

25 BINENBOJM, op. cit., p. 36.

26 MOREIRA NETO. In: GUEDES; SOUZA, (Coord.). op. cit., p. 26.

27 RAMOS, op. cit., p. 113.

28 MOREIRA NETO, op. cit., p. 41.

pelos Advogados de Estado se situam inequivocamente no plano das atividades-fim, ou seja: são ações voltadas ao estabelecimento, à manutenção, ao cumprimento e ao aperfeiçoamento da ordem jurídica e, apenas secundariamente, referidas ao aparelhamento do Estado. Com efeito, o dever precípua cometido aos Advogados e Procuradores de qualquer das entidades estatais é indiscutivelmente o de sustentar e de aperfeiçoar a ordem jurídica.

Tendo em vista a função da advocacia pública no contexto do Estado Democrático de Direito e a sua previsão constitucional (artigos 131 e 132), há a defesa da impossibilidade da terceirização nessa seara. Assim, as atividades jurídicas do Estado, por serem intrínsecas à própria manutenção da coletividade juridicamente organizada, não podem ser transferidas para o setor privado, sob pena de perecimento do próprio Estado.<sup>29</sup>

Do mesmo modo, Garcia expressa:

Outro limite identificável às terceirizações são as carreiras com assento constitucional. Aqui, trata-se de uma opção do legislador constituinte originário, que entendeu que determinadas atividades dependeriam de uma carreira estruturada para melhor satisfação daqueles interesses públicos. E essa não foi uma escolha aleatória, já que a maior parte das carreiras estruturadas na Constituição Federal engloba atividades típicas estatais que demandam prerrogativas de autoridade ou que dependem de uma independência funcional indispensável para sua correta consecução<sup>30</sup>.

Por ser essencial ao Estado, efetivar-se como serviço típico de Estado configura-se poder-dever não passível de abdicação. Incompatível com o regime privado, envolve decisões, competências, que não podem ser transferidas ao particular porque dizem respeito a interesse público que só o Estado pode tutelar.<sup>31</sup>

---

29 RAMOS, op. cit., p. 124.

30 GARCIA, op. cit., p. 156.

31 MOREIRA NETO. In: GUEDES; SOUZA, (Coord.). op. cit., p. 26.

---

---

Em complemento PARECER/FMRD/PFE/DNIT/00737/2010: [...] O segundo limite são as carreiras que desenvolvem atividades típicas estatais, que demandam prerrogativas de autoridade ou que dependem de uma independência funcional indispensável para sua correta consecução. BRASIL. Procuradoria Federal Especializada – DNIT. PARECER/FMRD/PFE/DNIT/00737/2010. Processo 50600.006051/2010-3.

A forma de acesso por meio do concurso público, além dos motivos já esmiuçados, pode ser justificada também pela necessidade de se ter carreira própria e fixa, afastada de influências ou pressões externas a garantir a independência funcional, característica da profissão. A política correta é investir em garantias institucionais, concurso público e remuneração decente, para que a instituição seja capaz de produzir os seus próprios quadros. Um contrato privado de prestação de serviços afetos à Advocacia de Estado para entes públicos poderia retirar a liberdade de pensamento do advogado e dificultar a sua atuação fundada na juridicidade pública<sup>32</sup>.

Veja-se a atuação dos advogados estatais a fim de coibir a corrupção no meio público. Para tal feito, há a necessidade de carreira estruturada, servidores estáveis, independência financeira e funcional, tolhimento a qualquer tipo de pressão ou interferência externa que possa prejudicar a condizente juridicidade.

A *Lex Mater*, relevando o princípio da legalidade na órbita estatal, só permite ao ente fazer o que a lei determina. Estabeleceu a carreira, vinculou-a a concurso público e deixou a sua regulamentação para lei infraconstitucional que, conforme artigo 131 da Constituição da República – no âmbito federal –, deve ser por meio de lei complementar. Ainda assim, determinou como funções precípua a representação judicial dos entes públicos e a consultoria jurídica.

A Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, regulamenta a Advocacia-Geral da União. Em Minas Gerais, a Lei 7.900, de

---

32 BINENBOJM, op. cit., p. 40.

23 de dezembro de 1980, regulamenta a Procuradoria Estadual. As duas têm em comum a exposição da ordenação da carreira, com a especificação das funções relacionadas aos cargos das instituições.

Por conseguinte, uma vez mais, extrai-se razão para afastar a facultade da terceirização sobre os serviços afetos à advocacia pública, em respeito ao art. 3.º, inciso IV, do Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018, o qual veda a execução indireta dos serviços que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade.

Ademais, tal múnus público insere-se entre as atividades finalísticas estatais que têm o concurso público como determinação constitucional, conforme tese empreendida por Raquel Melo Urbano de Carvalho<sup>33</sup>:

Não remanesce dúvida de que a advocacia pública deve ser exercida exclusivamente por efetivos aprovados em regular concurso público realizado por pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) ou administrativo (autarquias e fundações de direito público federais, estaduais, municipais e distritais, no exercício da sua independência administrativa) [...].

Vê-se que a procuradora do estado trilha o caminho da doutrina na interpretação da juridicidade quanto à terceirização da atividade advocatícia estatal.

### **3. Exceção legal: possibilidade de contratação de advogados privados por entes públicos com procuradorias próprias**

Rotineiramente, regras no Direito comportam exceção porque as normas objetivam regular e acabam por refletir a sociedade com-

---

33 PARECER N.º 15.637, op. cit., p. 24.

plexa em que se vive atualmente, não bastando a manutenção de um único comando legal.

Na seara da terceirização no âmbito público não poderia ser diferente, já que a relação entre Estado e particular cresce à medida que as oportunidades convenientes surgem. E aqui se destaca o importante papel dos próprios advogados públicos dos Tribunais de Contas federal, estaduais e, se existirem, municipais e do Judiciário no controle de legalidade dos atos e contratos administrativos.

Ressalte-se que a compreensão usual acerca da terceirização aplicável ao campo público ainda não foi pacificada na jurisprudência, e, demonstrando-se a controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça se contrapôs ao entendimento ora esposado da possibilidade de contratação de advogados privados por entes com procuradoria própria, ainda que se esteja diante de atividades comuns, bastando a feitura de licitação. Cite-se:

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. CARTA-CONVITE. EXISTÊNCIA DE CORPO JURÍDICO MUNICIPAL QUE NÃO INVIABILIZA O CERTAME. RESPEITO ÀS REGRAS DO 22, III, § 3º E 23, II, A DA LEI 8.666/93. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE ATO QUE ATENTE CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA 8.429/92 NÃO CONFIGURADA. 1. Tendo em vista que o objeto da licitação por carta-convite foi considerado pelo próprio Ministério Público autor como trabalho rotineiro, não há falar na necessidade de comprovação da notória especialização dos causídicos concorrentes. 2. A existência de corpo jurídico no âmbito da Municipalidade, só por si, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para a Prefeitura. 3. A licitação do objeto do contrato mediante carta-convite atendeu às regras previstas nos arts. 22, III, § 3º e 23, II, a da Lei n.º 8.666/93, motivo pelo qual não há falar na caracterização do ato ímprobo descrito no art. 10, VIII, da**

Lei 8.429/92, consubstanciado em “frustar a licitude de processo licitatório “. 4. O contexto fático probatório dos autos permite concluir que o procedimento licitatório adotado pelo gestor respeitou os princípios da legalidade, da finalidade, da impessoalidade e da moralidade, norteadores da administração pública, inexistindo, portanto, ato de improbidade enquadrável no art. 11 da LIA. 5. Recursos especiais providos, com a consequente improcedência da ação de improbidade movida contra os recorrentes (advogado contratado e o então prefeito).

(STJ. RECURSO ESPECIAL 1.626.693 - SP (2012/0096263-0). Relator: ministro Napoleão Nunes Maia Filho. R.P/Acórdão: ministro Sérgio Kukina. DJe: 3.5.2017).

Em que pese o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de contratação de advogados privados por ente com procuradoria própria, para atuar em casos rotineiros, fere os ditames constitucionais acerca da vinculação ao concurso público, da descrição legal das atividades, bem como minimiza o caráter essencial da atividade prestada pelo advogado público no controle de juridicidade dos atos estatais, sendo esta carreira – definida constitucionalmente – excluída das hipóteses de recaiamento da terceirização justamente pela relevância e contribuição para o Estado Democrático de Direito.

Assim, a previsão de concurso público é vinculante para o exercício da advocacia pública, que remete às atividades de consultoria jurídica e representação judicial já definidas no plano de cargos da instituição e que, usualmente, são exercidas pelos já empossados advogados estatais.

Mas e se a atividade a ser desempenhada pelo advogado público fugir do cotidiano ou escapar do conhecimento presumido daqueles que exercem tal ofício? Tal questionamento é discutível e controvertido à luz do caso concreto, já que a extraordinariedade do objeto da atividade deve ser corretamente averiguada.

Raquel Melo Urbano de Carvalho, apesar de não admitir contrato administrativo que permeie a representação judicial e a atividade de consultoria, não ignora a possibilidade de existirem casos excepcionais na rotina advocatícia estatal, os quais merecem resoluções específicas. Contudo, deixa claro que “tais situações devem ser tratadas com a natureza que lhes é própria: a de exceção. E exceção pertinente a um determinado momento institucional do órgão, com a transitoriedade inerente ao tipo de realidade em questão.”<sup>34</sup>

Contrapondo-se à regra genérica exposta de matéria excepcional, de relevante interesse público e que exige inteligência técnica fora do padrão esperado, ratificada a exceção à regra do concurso público para a prática do serviço afeto à advocacia pública, e ainda que o ente tenha procuradoria própria e corpo jurídico formado, nas palavras de Dallari<sup>35</sup>:

[...] Não se pode esquecer que o trabalho de advogado requer uma elevadíssima dose do elemento confiança. Por isso mesmo, para a solução de problemas usuais e corriqueiros, de defesa de um interesse público claramente afirmado pela lei, não haverá problema algum (muito ao contrário, é altamente conveniente) que isso seja feito por procuradores profissionais, de carreira, imunes a alterações da supraestrutura política. Entretanto, existem assuntos de grande repercussão política, correspondentes a programas ou prioridades determinadas exatamente pela supraestrutura política eleita democraticamente pelo corpo social. Temas dessa natureza requerem o concurso, ou de assistentes jurídicos nomeados para cargos de provimento em comissão, ou a contratação temporária de profissionais alheios ao corpo permanente de servidores.

Certas circunstâncias poderão ensejar acordos de vontades com advogados privados, dado que a concreta excepcionalidade ultrapassa a capacidade daqueles que laboram normalmente na função destacada, a exemplo da contratação de parecer de juris-

<sup>34</sup> Parecer 15.637, op. cit, p. 23.

<sup>35</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Contratação de serviços de advocacia pela administração pública*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Vol. 35, n.º 140, p. 50, out./dez., 1998.

ta consagrado para subsidiar a atividade de órgão de advocacia pública. Cuida-se de hipótese de complementação da atuação pública para atendimento de necessidade transitória.<sup>36</sup>

Di Pietro clarifica o contexto em que se insere a terceirização por meio da contratação de advogados privados por entes públicos, mesmo com procuradoria própria:

[...] Os serviços rotineiros, como a cobrança da dívida ativa, não podem ser objeto de contrato de locação de serviços, já que correspondem a função permanente do Município, que dispõe de um quadro também permanente de advogados para desempenhá-la. Excepcionalmente, a Administração Pública pode de-frentar-se com ação de especial complexidade, envolvendo tese jurídica inovadora, ou de considerável relevância para os cofres públicos; nesses casos, em se tratando de serviço de natureza singular, pode preferir contratar advogado de sua confiança e notoriamente especializado.<sup>37</sup>

A análise da excepcionalidade do serviço a ser contratado tem de ser feita à luz da situação fática hoje realizada mormente pelos advogados públicos e pelos Tribunais de Contas, que buscam conferir a juridicidade aplicada ao caso. Assim, diante da análise aprofundada do caso extrai-se a legalidade ou a ilegalidade da prática.

O TCU mantém jurisprudência possibilitadora da prestação de serviços de advogados privados a entes públicos, mesmo com quadro constituído de profissionais, quando restar demonstrada, simultaneamente, a singularidade do serviço e a notória especialização do contratado (Acórdãos 4.050/2011-TCU-2.<sup>a</sup> Câmara, 2.124/2008-TCU-1.<sup>a</sup> Câmara, 416/2008-TCU-Plenário).<sup>38</sup>

---

36 RAMOS, op. cit., p.132-133.

37 DI PIETRO, op. cit., p. 293.

38 BRASIL. TCU – Plenário. Acórdão 1.707/2015. Processo TC 033.088/2013-6. Relator: ministro Vital do Rêgo. Ata 28/2015. Data da sessão: 15.7.2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: abr. 2016.

Norteia a terceirização na atividade advocatícia estatal o Parecer 15.637, de 29 de março de 2016, acerca da hipótese de a União, num dado momento, não possuir profissionais suficientes para atuar no âmbito internacional<sup>39</sup>.

É possível que a União não possua em dado momento, quadro suficiente para atuar nessa seara, como no âmbito internacional (p. ex., junto à OMC). Se tal realidade decorre de impedimento para publicação, há dois anos, de edital de concurso público para provimento do cargo de Advogado da União para atuar especificamente nessa seara, tendo em vista dificuldades na gestão administrativa em face do Ministério das Relações Exteriores, apenas enquanto não solucionada a questão entre os órgãos da AGU e do Ministério está-se diante de uma necessidade excepcional. [...].

Destaque-se que não se quer afastar o previsto no artigo 132 da Constituição da República. A contratação eventual e temporária de advogados para questões específicas não é o substituto perfeito da Procuradoria. O que se sustenta é que uma coisa não é incompatível com a outra.<sup>40</sup>

Saliente-se que tal contratação deve seguir as normas do regime jurídico público tanto constitucionais como infraconstitucionais, mormente a Lei 8.666 – de Licitações e Contratos Administrativos – de 21 de junho de 1993. Isso porque se trata de contrato administrativo pertinente à prestação de serviços técnico-profissionais, consoante art. 1.º e 6.º da lei em comento.

Inicialmente, o contrato deve ser precedido de licitação na modalidade concurso, haja vista que a faticidade pode demonstrar que apenas o objeto da contratação é excepcional, havendo candidatos particulares especializados no mercado aptos a realizar o certame e o serviço almejado, como prescreve o art. 13, § 1.º da legislação licitatória.

---

39 PARECER 15.637, op. cit., p. 37.

40 DALLARI, op. cit., p. 51.

Caso a contratação seja para prestação de serviço singular técnico por profissionais ou por empresas de notória especialização, abre-se a faculdade da inexigibilidade de licitação, fundada no art. 25, inciso II, interpretado juntamente ao art. 13, II, III e V do mesmo texto legal.

O art. 13 da Lei 8.666/1993 explana os serviços técnico-profissionais especializados, entre eles pareceres, assessorias ou consultorias técnicas, auditorias financeiras ou tributárias, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, etc., todos passíveis de serem empreendidos por advogados públicos e privados, com a precedência de licitação.

O diferencial e de indispensável presença no caso concreto é o disposto no art. 25, II, que autoriza a inexigibilidade de licitação, especifica a natureza singular do serviço e a necessária notória especialização dos profissionais ou empresas a se contratar.

Ratificando a tese, o ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli, relator do Recurso Extraordinário 656.558 São Paulo, votou acerca da problemática:

[...] a simples existência de procuradores municipais concursados não me parece impedimento, por si só, para a contratação de advogados qualificados sob o manto da inexigibilidade de licitação, quando houver real necessidade e preenchidos os requisitos sobre as quais já me referi.

[...] a) É constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei n.º 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei, desde que i) preenchidos os requisitos nela estabelecidos, ii) não haja norma impeditiva à contratação nesses termos e iii) eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, inclusive no que tange à execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

(Plenário STF. 14.6.2017. Suspenso o julgamento)

De forma a observar o requisito legal, o objeto contratual singular e complexo deve exigir do advogado privado conhecimentos excepcionais, além do comum que perpassa a cotidiana atividade profissional, sendo o seu trabalho essencial e indiscutivelmente o mais adequado à satisfação do objeto do contrato, a fim de inviabilizar a competição e ensejar a contratação direta.

Dallari, ao destacar o entendimento de Márcio Cammarosano, concatena todo o raciocínio empreendido<sup>41</sup>:

Se a necessidade da contratação de serviços de terceiros for ditada pela complexidade ou sofisticação do serviço desejado, a reclamar profissional ou escritório de notória especialização, a contratação direta será o caminho, com fundamento no art. 25, II, c.c. art. 13 da Lei n.º 8.666/93, dando-se ao §1º do art. 25 interpretação razoável, que não inviabilize sua utilização. Para tanto, cabe anotar que a singularidade do serviço, a reclamar notória especialização do seu prestador, não significa que só possam ser assim qualificados serviços inéditos, ou que só um possa prestá-lo. Se este for o caso, haverá manifesta inviabilidade da competição, e a contratação direta terá por fundamento o próprio caput do art. 25.

Depreende-se do trecho interpretação aprofundada quanto à possibilidade de inexigibilidade de licitação em contratação de advogado privado por entes públicos: uma pela concretude do caput do art. 25 do texto legal, por meio da existência de apenas um indivíduo ou escritório capaz de satisfazer o objeto contratual, e a outra pela faticidade de demonstrar a singularidade do serviço que vincule à notória especialização que o advogado deve possuir<sup>42</sup>:

---

41 CAMMAROSANO, Márcio. *Breves anotações sobre a contratação de serviços profissionais de advocacia*. IL.C. Curitiba, n.º 31/ 674. In: DALLARI, op. cit., p. 54.

42 BRASIL. TCU – Plenário. ACÓRDÃO Nº 1.074/2013. Processo TC 024.405/2007-1. Relator: ministro Benjamin Zymler. Ata 15/2013. Sessão de 8.5.2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em maio de 2016.

14. Trata-se, na verdade, de exemplo típico de inexigibilidade de licitação.

15. Primeiramente, porque *o conceito de singularidade não está vinculado à ideia de unicidade*. Para fins de subsunção ao art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, entendo não existir um serviço que possa ser prestado apenas e exclusivamente por uma única pessoa. *A existência de um único sujeito em condições de ser contratado conduziria à inviabilidade de competição em relação a qualquer serviço e não apenas em relação àqueles considerados técnicos profissionais especializados*, o que tornaria letra morta o dispositivo legal.

16. Em segundo lugar, porque *singularidade, a meu ver, significa complexidade e especificidade*. Dessa forma, *a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuada nível de segurança e cuidado*.

Reitere-se que o caso concreto pode estar diante de atividade advocatícia vinculada a profissional empossado por meio de concurso público ou de serviço passível de terceirização e, nessa hipótese jurídica, haverá necessário questionamento da feitura de licitação, em regra, ou poderá haver sob as duas vertentes da inexigibilidade.

Diante do exposto, percebe-se que a prática da terceirização – por meio do contrato de prestação de serviços – no que concerne à advocacia pública, quando o objeto excepcional o exigir, não contradiz o princípio do concurso público e a existência de procuradoria própria, sendo exceção. Esta contratação, precipuamente, deve cumprir a necessidade legal de licitação, na modalidade concurso, sendo possível a inexigibilidade quando o objeto singular da contratação exigir conhecimentos excepcionais ou extraordinários além do normal que conduz a rotina profissional, bem como quando existir apenas um profissional qualificado para o serviço.

---

#### 4. Conclusão

Hodiernamente, comum é a prática da terceirização na seara pública, dada a necessidade de contenção do aumento da máquina administrativa e a aspiração à eficiência do serviço prestado pelo Estado.

Entre esta medida desestatizante e o Regime Jurídico de Direito Público, necessário se faz o respeito aos normativos específicos para o equilíbrio, inclusive a seus princípios norteadores, como o são os valores da legalidade e do concurso público.

Assim, como expressão da legalidade no que diz respeito à administração pública, há menção normativa acerca da possibilidade de recaimento da terceirização sobre as suas atividades-meio – as diligências materiais, burocráticas, instrumentais possibilitadoras da realização das atividades-fim estatais – e fins – cumprimento dos objetivos que o Estado deve alcançar, exceto os serviços vedados pela norma, sendo um deles a administração da justiça.

Quanto à execução indireta proibida, pode-se ressaltar o exercício dos poderes de polícia, regulação e de aplicar sanções, a tomada de decisões ou a faculdade de outorga de serviços públicos, bem como a feitura de serviços estratégicos para a existência, manutenção e desenvolvimento do ente estatal no controle de processos e tecnologia ou em atividades às quais a própria norma vinculou a sua realização por servidores, conforme consta do plano de cargos do órgão ou da entidade.

Uma vez mais, almeja-se assegurar a efetividade do princípio do concurso público para os serviços escolhidos pelo legislador constitucional ou infraconstitucional como essenciais ao Estado, os quais são inerentes e indispensáveis à própria administração pública.

Não pode ser outra a conclusão de que o serviço exercido por advogados públicos, garantidores do Estado Democrático de Direito e na forma constitucional de função essencial à Justiça, se

dê por profissionais advindos da aprovação em concurso público, em face da sua configuração como escopo do Estado bem como pelo próprio Texto Supremo ter exigido tal procedimento concorrencial delineado por legislação específica às atividades a serem desempenhadas pela carreira distribuída aos cargos da instituição.

Contudo, casos excepcionais não são ignorados pela compreensão hodierna da temática. Assim, poderá incidir a faculdade da contratação particular de serviços advocatícios por entes públicos, ainda que tenham procuradoria própria, se a matéria objeto do acordo de vontades for extraordinária, excepcional, perante o conhecimento médio que se espera dos exercentes da profissão, como a representação judicial internacional ou parecer para subsidiar a própria manifestação de um advogado público acerca de tese inovadora ou que tenha grande valor para os cofres públicos.

A contratação tem de ser momentânea, até o órgão se adaptar ao alcance da nova demanda. Ademais, deve seguir os parâmetros legais, como a precedência de licitação, a qual só vai ser inexigível caso comprovada a inviabilidade de contratação ou quando a singularidade do serviço reclame a notória especialização do ser prestador.

Traçada a trilha jurídica a se seguir, aplique-se o Direito pois, como regulador social, este deve conhecer, juridicizar, regulamentar e amoldar-se a novas práticas, mormente no âmbito público no qual haja a necessidade de respaldo jurídico para subsidiar sua atuação.

## 5. Referências

AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: Ltr, 2009. In: SILVA, Patrícia Pinheiro. *Terceirização nos Serviços Públicos*. Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 1, p. 95 a 130, jan./mar., 2011.

BRASIL. Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Parecer 15.637, de 29 de março de 2016. Procuradora do Estado Raquel Melo Urbano de Carvalho. Disponível em: <<http://www.aje.mg.gov.br/images/stories/downloads/advogado/pareceres2016/parecer-15.637.pdf>>. Acesso em: ago. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: set. 2016.

BRASIL. *Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso em: ago. 2016.

BRASIL. *Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm)>. Acesso em: set. 2016.

BRASIL. DECOR. NOTA DECOR/CGU/AGU 148/2008 – MCL. Processo 21020.000639/2007-10 (1 volume) e anexo 03090.001945/2007-50 (1 volume). *Consulta. Terceirização de serviços de secretária, auxiliar administrativo e motorista. Solicitação de uniformização*. Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos. Advogada da União: Márcia Cristina Novais Labanca.

BRASIL. Procuradoria Federal Especializada – DNIT. PARECER/FMRD/PFE/DNIT/N.º 00737/2010. Processo 50600.006051/2010-34.

BINENBOJM, Gustavo. *A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 8, n.º 31, p. 33 a 41, out./dez., 2010.

CAMMAROSANO, Márcio. *Breves anotações sobre a contratação de serviços profissionais de advocacia*. ILC. Curitiba, n.º 31/ 674. In: DALLARI, Adilson Abreu. *Contratação de serviços de advocacia pela administração pública*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, vol. 35, n.º 140, p. 49 a 57, out./dez., 1998.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Terceirização na administração pública e princípio constitucional do concurso público: considerações sobre o PL 4.330, de 2004*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2015 (Texto para discussão n.º 173). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em: abr. 2015.

CONSULTA 783.098. *Atividades-meio, atividades-fim e a terceirização de serviços pelo poder público*. Revista do Tribunal de Contas Do Estado de Minas Gerais. Vol. 75, n.º 2, ano XXVIII, p. 171 a 181, abr./mai./jun., 2010. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/910.pdf>>. Acesso em: set. 2016.

DALLARI, Adilson Abreu. *Contratação de serviços de advocacia pela administração pública*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Vol. 35, n.º 140, p. 49 a 57, out./dez., 1998.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

GARCIA, Flávio Amaral. *A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à administração pública*. Revista Brasileira de Direito Público: RBDP, Belo Horizonte, v. 7, n.º 27, p. 137 a 160, out./dez., 2009.

---

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Revista TST, Brasília, vol. 70, n.º 1, p. 119 a 130, jan./jul., 2004.

\_\_\_\_\_. *Terceirização da administração pública: uma prática inconstitucional*. In: Boletim Científico – Escola Superior do MPU, vol. 4, n.º 17, p. 104-105, out./dez., 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23 a 52.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração Pública no Estado Contemporâneo*. Revista de Informação Legislativa. Vol. 30, n.º 117, p. 23 a 56, jan./mar., 1993.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001.

RODRIGUES PINTO, José Augusto; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de Conceitos Trabalhistas. Direito Individual*. Vol. I. São Paulo: LTr. 2000.

SILVA, Patrícia Pinheiro. *Terceirização nos Serviços Públicos*. Revista TST, Brasília, vol. 77, n.º 1, p. 95 a 130, jan./ mar., 2011.

VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha; FURTADO, Monique Rafaella Rocha. *Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública: teoria e prática: [planilha de custos: formação de preços e a sua composição]*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

Artigo recebido em: 9/11/2017

Artigo aprovado em: 28/06/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20190013

**186 - 233**

Artigo

**TORTURA E A  
DIGNIDADE HUMANA EM RUÍNAS**

JOÃO GASPAR RODRIGUES

# TORTURA E A DIGNIDADE HUMANA EM RUÍNAS

TORTURE AND HUMAN DIGNITY IN RUINS

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado do Amazonas, Brasil

gasparrodrigues2010@bol.com.br

**RESUMO:** A ideia que levou a abordar esse tema ao longo de sete capítulos não foi o desejo imoderado de elaborar fórmulas ou de propor modelos para prevenir e combater a tortura, mas analisar mecanismos que resultaram em práticas e bons princípios na eterna cruzada para fazer prevalecer os direitos humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tortura. Direitos fundamentais. Violência. Dignidade humana.

**ABSTRACT:** The idea that led to address this theme throughout this essay was not the immoderate desire to elaborate formulas or propose models to prevent and combat torture, but rather to analyze existing mechanisms as a result of good practices and good principles in the eternal crusade to make human rights prevail.

**KEYWORDS:** Torture. Fundamental rights. Violence. Human dignity.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Direito fundamental de primeira geração: caráter absoluto. 3. Dignidade humana. 4. Método policial de investigação. 5. A privação legítima da liberdade e o sofrimento inerente. 6- Interrogatórios coercivos e técnicas violentas de interrogatório (*stress and duress* ou *aggressive psychological techniques*). 7. A múltipla degradação da tortura. 7.1. Degradação individual. 7.2. Degradação familiar. 7.3. Degradação do torturador. 7.4. Degradação dos valores e princípios conquistados pela humanidade. 7.5. Degradação em nível social ou comunitário. 8. O sentimento popular em torno da matéria. 9. Cultura da permissividade. 10. Conclusão. 11. Referências.

## 1. Introdução

Depois de toda a evolução fisiológica e psicológica que experimentou o gênero humano, ainda estamos à volta do mais básico dos instintos: a agressividade (o lado obscuro da personalidade humana). Um ser pré-histórico sobrevive dentro de nós e do qual não sentimos, em momentos de racionalidade, muito orgulho. Essa “maldade” pode manifestar-se na corrupção, na debilidade, na covardia, mas também na irracionalidade e na brutalidade, práticas que levam aos maus-tratos e à tortura.

Para pôr em prática as boas iniciativas de prevenir e de combater a tortura não é necessário reinventar a roda. Como um gênio da antiguidade erguia os mais pesados objetos com dois ou três paus engenhosamente unidos uns aos outros, também é possível, com um pouco de engenho, arte e bom senso, criar mecanismos ou alavancas simples, mas eficientes, no propósito de neutralizar a prática invisível da tortura. Todos os caminhos estão abertos à imaginação criativa e à sua ação fecundante.

A quase totalidade da literatura existente sobre tortura é um pequeno balcão de descrições do fenômeno, sem se concentrar naquilo que poderia combater a prática e erradicá-la: estruturas, normas e rumos novos. A experiência do passado é relatada sem análise crítica capaz de ir, sem medo, à raiz do problema, de escavar os seus subterrâneos. Não se transforma, portanto, num ponto de apoio a novos saltos rumo a eliminá-lo. A realidade *underground* ultrapassa os meios de observação e de análise. Os estudos daí resultantes são incapazes de deflagrar reflexão e debate públicos<sup>1</sup>, pois estão restritos, por sua natureza descritiva, aos meios acadêmicos e profissionais.

Esse cenário pouco lisonjeiro do ponto de vista científico-jurídico levou a elaborar esse ensaio com o propósito não de colmatar vazios, mas de tentar colaborar para a discussão ampla de um tema tão caro à sociedade e à comunidade jurídica.

## **2. Direito fundamental de primeira geração: caráter absoluto**

A Constituição Federal propugna como direito fundamental de primeira geração a proibição de submeter qualquer pessoa a tortura, a tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, inciso III

---

1 A tortura escapa ao radar da atenção pública por dois motivos: sua natureza *underground* e por conta de estudos meramente descritivos (e acadêmicos) do fenômeno.

c/c o art. 60, § 4.º, inciso IV)<sup>2</sup>. A proibição da tortura é um direito fundamental absoluto, uma vez que não existe circunstância ou exceção alguma capaz de relativizá-lo ou arredá-lo para permitir que uma pessoa seja submetida a dores ou a sofrimentos por outra, principalmente se esta age em nome do Estado. Essa categoria de direito fundamental (a exemplo também do direito de não ser escravizado) não entra em concorrência com outros direitos também de cariz fundamental. Ele vale em qualquer situação e para todos os homens indistintamente.

O direito internacional impede que os Estados invoquem circunstâncias excepcionais – estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou emergência pública – como justificativa à tortura e a penas cruéis, tratamentos desumanos ou degradantes.

Como já foi dito, a vedação da tortura é um direito humano supremo. Baseado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 (art. 5.º), recebe sua forma jurídica nos diversos tratados internacionais, especialmente na Convenção contra a tortura (ONU 1984).

Essa Convenção da ONU de 1984 reafirma o caráter absoluto da proibição no art. 2.º, parágrafo 2.º: “nenhuma circunstância excepcional, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, poderá ser invocada como justificativa para a tortura”. E no parágrafo 3.º do mesmo artigo repele qualquer eximente de reponsabilidade ou causa de justificação: “Uma ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificativa para a tortura”.

---

2 Além da Constituição de 1988, somente a Constituição de 1824 faz menção à proibição da tortura: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis” (art. 179, inc. XIX).

*A Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura* (1985), art. 5.º, também traça o caráter absoluto da proibição de tortura:

Não se invocará nem admitirá como justificativa do delito de tortura a existência de circunstâncias tais como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou de emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas.

Nem a periculosidade do detido ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura.

“Nenhuma circunstância, seja ela qual for, poderá ser invocada para justificar a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, prescreve o Princípio 6.º do “conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão” das Nações Unidas, aprovado em 1988.

A proibição da tortura é considerada *ius cogens*, norma imperativa e inderrogável de direito internacional geral, ou seja, norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados em seu conjunto. Nenhuma derrogação é permitida, e só pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional geral da mesma natureza (art. 53 da *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados ou entre Organizações Internacionais*<sup>3</sup>, de 21 de março de 1986).

*A Corte Interamericana de Direitos Humanos* estabeleceu que essa proibição absoluta subsiste mesmo nas circunstâncias mais difíceis, como guerra, ameaça de guerra, luta contra o terrorismo e quais-

---

3 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1427770.pdf>. Acesso em: 8.5.2018. Também SCHABAS, William A. *The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals*. Case Western Reserve Journal of International Law, 2006, Vol. 37, p. 356.

quer delitos, estado de sítio ou de emergência, comoção ou conflito interno, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna, outras emergências ou calamidades públicas:

This Tribunal has indicated that torture and cruel, inhuman or degrading punishment or treatment are strictly prohibited by international human rights law. The absolute prohibition of torture, both physical and mental, is currently part of the international *jus cogens*. Said prohibition subsists even under the most difficult circumstances, such as war, threat of war, the fight against terrorism and any other crimes, martial law or a state of emergency, civil commotion or conflict, suspension of constitutional guarantees, internal political instability or other public emergencies or catastrophes<sup>4</sup>.

É inadmissível que se busque a verdade “a qualquer preço” e sob quaisquer circunstâncias levadas a cabo pelo Estado (Estado-polícia/Estado-juiz). Esses procedimentos têm como pano de fundo e como um farol a guiar-lhes inafastáveis regras morais que obrigam a busca da verdade submetida a um rígido código ético. Esses parâmetros impõem restrições a essa cruzada pela verdade, dificultando a reconstituição plena dos fatos. Em um cenário democrático, parece ser esse o preço a ser pago por uma tábua rígida de direitos e garantias fundamentais, núcleo inafastável de uma ambiência democrática. A questão é solvida com opções de caráter legal e processual, de sorte a possibilitar que o sistema impeça a utilização de um direito em detrimento de outro, considerado, num dado momento, mais importante do ponto de vista constitucional.

---

<sup>4</sup> Tradução livre: “Este Tribunal indicou que a tortura e os atos cruéis, desumanos ou degradantes punição ou tratamento são estritamente proibidos pelo direito internacional dos direitos humanos. A proibição absoluta da tortura, tanto física como mental, é atualmente parte do *jus cogens* internacionais. A referida proibição subsiste mesmo sob as mais difíceis circunstâncias, como a guerra, a ameaça de guerra, a luta contra o terrorismo e quaisquer outros crimes, lei marcial ou estado de emergência, comoção civil ou conflito, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou outras emergências públicas ou catástrofes” (Case of the Miguel Castro-Castro Prison v. Peru, Judgment of November 25, 2006; disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_ing.pdf). Acesso em: 8.5.2018).

### 3. Dignidade humana

O homem é visto sob duplo aspecto: como *indivíduo* (partícula do organismo social) e como *pessoa* (realidade espiritual) dotada de emoções, moral e aspirações. A dignidade humana não se limita à mera integridade física. Como *indivíduo*, membro do corpo social, o homem tem deveres e obrigações perante a sociedade à qual integra, porque nela encontra o ambiente e as garantias necessárias ao seu desenvolvimento, à consecução dos seus ideais de paz, segurança e felicidade. O homem não é apenas uma célula do organismo social. É também *pessoa*, realidade espiritual, feita à imagem e semelhança de Deus. E como pessoa humana é dotado de direitos naturais de origem divina, não estatal<sup>5</sup>. O Estado não os outorga, assim como não os pode negar ou suprimir.

A dignidade humana tem tripla natureza: é valor absoluto do ordenamento jurídico, princípio fundante do ordenamento jurídico e direito fundamental. E não se perde sob as mais desastrosas circunstâncias: quando presa ou condenada a uma prisão, afetada por doença terminal ou atingida pela senilidade mais incapacitante. A proteção da dignidade humana é um dever inafastável do Estado de fazer e de não fazer.

Embora o conceito excessivamente ambíguo de dignidade humana não seja adequado num discurso jurídico, para os efeitos práticos do presente estudo é qualidade essencial e genérica do homem, independentemente de seus merecimentos concretos<sup>6</sup>. A dignidade corresponde ao homem como ser humano, independentemente do valor dos seus atos, por uma espécie de centelha quase divina de excelência humana.

---

5 Said Maluf, *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Sugestões Literárias, 8 ed., 1974, p. 326. Também Oskar Negt e Alexander Kluge, *O que há de político na política?* Tradução brasileira, São Paulo: Unesp, 1999, p. 76-77.

6 Álvaro D'Ors, *Bien común y enemigo público*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 12.

Em acórdão de 11 de abril de 1985, o Tribunal Constitucional espanhol define o princípio da dignidade humana como “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e leva consigo a pretensão ao respeito dos demais”<sup>7</sup>.

#### **4. Método policial de investigação**

Muitos policiais justificam a prática da tortura por ser um método “eficiente” de investigação de crimes. É considerada uma “estratégia de operação” que consiste em partir do criminoso para o crime ou do indivíduo para o fato, e não, como manda a lógica investigativa, do fato ao responsável por ele. O que torna a tortura atraente, do ponto de vista pragmático, é que na ausência de estrutura e métodos científicos de investigação, ela funciona e se mostra eficaz para apresentar uma solução qualquer e encerrar o caso. O preso não quer falar (para não se autoincriminar ou porque não foi o autor do crime), apanha e fala. Assim, a tortura se impõe por sua funcionalidade formal<sup>8</sup>, embora substancialmente a resposta obtida pela dor não seja sinônimo de veracidade. Para cessar o sofrimento, a vítima confessa qualquer coisa. Chega, inclusive, a tentar adivinhar o que o torturador quer ouvir, e não o que sabe efetivamente.

Ainda se atribuem duas justificativas para a tortura policial<sup>9</sup>: 1- de ordem moral, cuida de *punir* e *dar exemplo*, lidando com os conceitos porosos de culpado, irrecuperável, perverso etc.;

---

7 Álvaro D’Ors, *op. cit.*, 2002, p. 13.

8 GASPARI, Élio. *A ditadura escancarada*. Volume I. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 37; Vicente Grima Lizandra, *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 49.

9 BENEVIDES, Maria Vitória. *Violência, povo e polícia: violência urbana no noticiário da imprensa*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 78-79.

---

2- de ordem “humanitária”, trata de *proteger* o criminoso confesso, torturando-o, para que as marcas da tortura se façam visíveis a todos, retirando-lhe a pecha de delator e evitando a punição certa dos colegas ou dos cúmplices.

Com a tortura não se obtém a verdade pura e cristalina, apenas uma confissão de culpa grosseira, expandida e, muitas vezes, exagerada. A vítima submetida à tortura pode confessar tudo o que for exigido para evitar o tormento ou o mal com que é ameaçada.

A tortura pode ser peça ou mecanismo de investigação policial como também um gatilho para a corrupção, pois a vítima é colocada em tal situação que uma alternativa plausível é pagar para se livrar do tormento.

Há um ranço ainda medieval em nossas polícias, pois persiste sendo moeda corrente que a rainha das provas é a confissão, e a rainha dos tormentos para alcançá-la é a tortura. No Brasil, apesar de todo o marco jurídico e institucional para prevenir, eliminar e punir os atos de tortura, o emprego da tortura continua tendo um caráter habitual e sistemático como recurso nas investigações criminais, sempre à mão quando o aprofundamento e o desenvolvimento destas exigem. O grande questionamento é: essa prática sistemática se dá como uma intenção direta dos governos estaduais e municipais ou não? Há uma tolerância política a esse cenário violador dos direitos humanos? O estudo desenvolvido talvez ofereça condições de responder a essas sensíveis questões.

Na maioria dos países da América Latina, o sistema penal é inquisitório, com investigação a cargo da polícia com prolongados períodos de pouca comunicação e de segredo sumário. Esse sistema penal (que inclui o sistema de justiça criminal) favorece a tortura com impunidade. Nesse modelo inquisitorial de justiça criminal, em maior ou em menor grau, a lógica da tortura não é só uma tentação, mas é conatural a esse sistema. A tortura, dentro desse marco sistêmico, não pode ser analisada como um

elemento circunstancial, como uma falha do sistema, e sim como um elemento estrutural intrínseco ao modelo cultural e procesual herdado dos lusos e que nos rege desde a colônia<sup>10</sup>. Assim, é muito importante continuar a estimular as mudanças que estabeleçam procedimentos penais democráticos, orais e públicos eficazes na investigação do delito, sendo, ao mesmo tempo, garantidores dos direitos fundamentais de vítimas e vitimizadores.

Há diferença entre a tortura praticada pela polícia civil e a polícia militar? Nenhuma. Ambas as polícias utilizam a tortura como método de trabalho para reunir elementos de convicção a propósito de um determinado crime. O que se passa neste ponto é uma invasão atributiva. A polícia militar tem como atribuição constitucional o policiamento ostensivo e a manutenção da ordem pública. Investigar não se insere no raio de suas atribuições legais ou constitucionais. Assim, quando o policial militar tortura visando, por exemplo, a obter informações sobre quem é o distribuidor de drogas ou onde existem mais armas, ou ainda onde se encontra um criminoso foragido, a tortura já não é um método de trabalho, pois não é atribuição constitucional da polícia militar investigar. Se a atividade da polícia ostensiva fosse limitada aos cânones constitucionais muitos crimes de tortura deixariam de existir. Uma simples medida de treinamento profissional, ou até de caráter teórico (delimitar o raio de atribuições legais e constitucionais), faria um bem enorme ao esforço nacional de prevenir e combater a tortura.

É óbvio que um razoável percentual das torturas levadas a cabo por policiais militares não tem pertinência nenhuma com eventual método de trabalho, mas se dá simplesmente por motivos emocionais (o policial irritou-se, sentiu-se desrespeitado etc.),

---

10 CARRANZA, Elías. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delicente (ILANUD). In: ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA (APT). *Prevenir la tortura: un desafío realista*. Ginebra:APT, 1995, p. 50; BINDER, Alberto. *Administración de Justicia*. In: ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA (APT). *Prevenir la tortura: un desafío realista*. Ginebra:APT, 1995, p. 184.

por vingança, por desejo de expor poder ou de deixar claro quem é que manda.

É importante registrar que os setores mais propensos a envolvimento na tortura são: polícia, forças armadas, agentes de inteligência do Estado ou até de instituições específicas, forças paramilitares, agentes prisionais, empresas contratadas para fins de inteligência ou de vigilância prisional e codetentos.

## **5. A privação legítima da liberdade e o sofrimento inerente**

De início, registre-se que, embora as pessoas privadas de liberdade não possuam todos os direitos dos indivíduos livres, as restrições a si impostas só o devem ser na medida do estritamente necessário. Fora desses limites, qualquer restrição será tida como abusiva. A Constituição garante aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5.º, inc. XLIX). O Código Penal e a Lei de Execução Penal também, neste aspecto, são claríssimos:

O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral (art. 38, Código Penal).

Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3.º, LEP).

Também a Lei de Abuso de Autoridade fornece subsídios para delimitar o raio legítimo de aplicação de medidas às pessoas mantidas em custódia, considerando abusivo “submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei” (art. 4.º, “b”).

Cabe ao Estado garantir que os presos sejam detidos em condições compatíveis com o respeito pela dignidade humana, e que a forma e o método de execução da medida não os submetam a

aflições ou a dificuldades de intensidade superior ao nível inevitável de sofrimento inerente à detenção. Se esse nível de sofrimento exceder o nível previsto em atos e medidas tomadas com base nas leis vigentes, há tortura, conforme art. 1.º, §1.º, da Lei de Tortura: “quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”.

Não se deve acrescentar à privação da liberdade maior sofrimento do que esta já representa. Qualquer medida restritiva deve ser avaliada em relação ao objetivo único do Estado de levar a pessoa presa a julgamento, assegurando que ela seja julgada com base em um padrão básico de humanidade para pessoas inocentes aos olhos da lei, e não segundo padrões penológicos abstratos. Punição, dissuasão e retribuição não são compatíveis com a presunção de inocência. Embora possa haver circunstâncias especiais que permitam sujeitar uma pessoa presa que aguarda julgamento a tratamento mais severo do que o dispensado a outras pessoas presas, o ônus da justificativa de tal ação é das autoridades prisionais<sup>11</sup>. Mas sempre respeitando a situação jurídica própria do preso.

Não é pelo fato de a pessoa estar presa – ou sujeita a uma medida de segurança – que perde os seus direitos de ser humano. Quando está sob a tutela (guarda, autoridade) do Estado é que deve ser bem tratada, já que não pode exercitar a sua liberdade de movimento e de ação e, portanto, aquele mínimo de liberdade e direito de deambular (pátio da cadeia, tomar sol) não lhe deve ser negado.

A prisão, em si, é um tratamento degradante pois, embora não seja imbuída de um propósito de humilhar ou envilecer uma pessoa ante si ou perante os demais, acaba, em essência, sendo

---

11 FOLEY, Conor. *Combate à tortura. Manual para magistrados e membros do Ministério Público*. 2003. In: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/Manual-Combate\\_Tortura\\_magistrados\\_mp.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/Manual-Combate_Tortura_magistrados_mp.pdf). Acesso em: 23.5.2018; Valdir Sznick, *Tortura*. São Paulo:Leud, 1998, p. 204.

um meio humilhante e degradante (gera prevenção social, estigmatiza, traz prejuízo pessoal, emocional, familiar, social etc.). Há, portanto, em toda prisão esse caráter degradante inafastável, dado que a humanidade ainda não encontrou fórmula melhor para punir os infratores ou reunir elementos de convicção ou de prova. Mas para que uma prisão efetivamente seja degradante e infrinja a Convenção contra a Tortura (art. 3.º), a humilhação ou o envilecimento decorrente tem que alcançar um nível determinado e diferenciar-se, em qualquer caso, do elemento normal de humilhação, dor e sofrimento que contém toda prisão. Essa aferição dependerá do conjunto das circunstâncias do caso e do contexto da prisão, assim como da forma como foi executada.

O ato legítimo da prisão em si e seus desdobramentos já traz um caudal de constrangimento, prevenção e angústia psíquica, como já foi dito. A pressão psicológica, dentro de certos parâmetros, é ínsita aos interrogatórios policial e judicial (interrogatório é tudo, menos uma conversa entre amigos). Não se pode esperar que o ambiente proporcionado por uma prisão cautelar vocacionada à apuração de elementos de convicção seja comparável ao paraíso na Terra ou isento de algum embaraço emocional ou psicológico. Para configurar a tortura, deve ser observado se o detento provisório ou interrogado foi vítima de agressão psicológica ou qualquer violência exorbitante do círculo legítimo da medida excepcionalíssima.

*A Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, das Nações Unidas (1975), diz no art. 1.º: “Não serão consideradas torturas as penas ou sofrimentos que sejam consequência única da privação legítima da liberdade, **ou sejam inerentes ou incidentais a esta...**”.

Outro documento internacional – *Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos* (“Regras de Nelson Man-

dela”, 1955) – também ressalta na Regra 3 o caráter penoso da constrição da liberdade: o sistema prisional não deve agravar o sofrimento inerente a esta situação (restrição da liberdade).

A detenção e quaisquer outras medidas que excluam uma pessoa do contato com o mundo exterior são penosas pelo fato de, ao ser privada da sua liberdade, lhe ser retirado o direito à autodeterminação.

Essas regras mínimas ainda fazem referência ao “estresse psicológico ou de qualquer outro tipo causado pela detenção” (Regra 30, “c”) ou aos “efeitos prejudiciais do confinamento” (Regra 38, 2).

Também a *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes* adotada pela Resolução 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1984, ratificada pelo Brasil em 28.9.1989 e promulgada pelo Decreto 40, de 15.12.1991, prescreve no art. 1.º que não se considerará como tortura “as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram”.

A *Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura*, assinada em Cartagena das Índias, Colômbia, em 9 de dezembro de 1985, no Décimo Quinto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral, prevê no art. 2.º:

Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.

Mais recentemente, o *Estatuto de Roma* (ratificado pelo Brasil em 2002 – Decreto 4.388/2002), na esteira de todos esses documentos internacionais, destaca no art. 7.º, 2, “e” que “não se

entenderá por tortura a dor ou os sofrimentos que derivem unicamente de sanções lícitas ou que sejam consequência normal ou fortuita delas”.

Os *experts* na matéria também reconhecem (Carranza, 1995, p. 53), sem exceções, que toda privação de liberdade, ainda que preventiva, implica um sofrimento e, portanto, um castigo. E no conceito de tortura não se inclui o estresse mental resultante do simples fato de ser encarcerado. E tampouco a pura teoria ou suspeita de que algum mal lhe será infligido configura tortura, como se verificou em um procedimento apuratório em que a suposta vítima “teve a sensação” de que seria agredida, como declarou nos autos de investigação criminal: “em determinado momento, o depoente teve a sensação de que o policial queria lhe agredir fisicamente”. Tortura deve ser algo concreto, não imaginário ou cerebrino.

## **6. Interrogatórios coercivos e técnicas violentas de interrogatório** (*stress and duress or aggressive psychological techniques*)

Órgãos de inteligência dos Estados Unidos há alguns anos foram duramente criticados em virtude de colocar em prática “técnicas melhoradas de interrogatório”, “interrogatórios coercivos” ou “stress and duress” (estresse e coação), cuja finalidade era exercer pressão sobre os indivíduos detidos e interrogados. Pressão que, dados certos parâmetros, se convertem em maus-tratos que podem, em alguns casos, resultar em tortura.

Em 2002, a advogada do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, Diane Beaver, elaborou um pedido de técnicas mais duras de interrogatório em Guantânamo, sob a alegação de que seriam legalmente permissíveis se acompanhadas por um médico. Como resultado surgiu o *Behavioral Science Consultation Team*

(BSCTs – Time Consultor de Ciência Comportamental), conhecido como *Biscuits* (biscoitos).

O interrogatório coercivo tem sido usado pelos Estados Unidos em sua guerra ao terror (*global war on terror*) em Guantânamo e Afeganistão e nas prisões mantidas pela Agência Central de Inteligência. A notória tortura na prisão de Abu Ghraib, no Iraque, ocorreu em um contexto em que a polícia militar havia sido solicitada a “estabelecer condições físicas e mentais para um interrogatório favorável de testemunhas”. Além disso, a CIA terceirizou interrogatórios a países cujos governos são notórios pelo uso de tortura. Os Estados Unidos levam a sério a lei. Por isso, as agências responsáveis pelo uso de técnicas de interrogatório desumanas estavam preocupadas com sua legalidade e ansiosas por saber até onde poderiam ir. Em uma série de controversos memorandos (aqui chamados de “memorandos de tortura”), advogados do Departamento da Justiça e do Departamento de Defesa informaram que eles poderiam percorrer um caminho muito longo sem sair da legalidade<sup>12</sup> e sem adentrar o território cinzento da tortura.

Os “memorandos de tortura” informavam que, para os propósitos do direito penal norte-americano, “tortura” envolve a imposição de um grau mais alto de dor do que era geralmente envolvido em interrogatórios coercivos. Por “grave”, era necessário que, no mínimo, a tortura impusesse danos físicos ou mentais duradouros. Os memorandos argumentavam que, na medida em que a legislação sobre tortura pretendia limitar o poder do presidente como comandante em chefe, era inconstitucional. Os memorandos também lançavam dúvidas sobre se o uso de formas “menos” violentas para fins de coleta de informações era ilegal sob a ordem jurídica dos Estados Unidos.

---

12 Cf. MILES, S.H. *Oath Betrayed: America's Torture Doctors*. Berkeley and Los Angeles/California: University of California Press, 2. ed., 2009, p. XIII-XIV; Paulo Juricic, *Crime de tortura*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 54; DOUGLAS, Roger. *Law, Liberty, and the Pursuit of Terrorism*. University of Michigan Press, 2014, p. 197.

Antes dessas técnicas americanas, já havia o sistema inglês, que consistia num método de tortura mediante o qual o interrogador não necessitava da prática de qualquer tipo de violência física; procurava-se enfraquecer o prisioneiro, quebrando-lhe a resistência e desorientando-o psicologicamente; ele era jogado numa cela, sem qualquer contato com o mundo exterior. Em fins de 1970, foi enviado um grupo de oficiais brasileiros do I Exército à Inglaterra para conhecer e aprender esse sistema de interrogatório. Isolado no xadrez, o acusado era submetido a uma sofisticada aparelhagem eletrônica: variava-se o nível de ruído, bem como a iluminação e a temperatura de forma casual, ficando o preso sem alimentos 18 ou 24 horas. Decorrido esse tempo, era-lhe dado o almoço e uma hora depois o jantar, com o propósito de desorientá-lo quanto à noção do tempo, a ponto de causar-lhe um desequilíbrio psíquico, para que não tivesse condição de resistir ao interrogatório. Esse sistema foi aplicado inicialmente no Brasil. Porém, como se tratava de um método longo de trabalho dos torturadores, foi logo abandonado.

As atuais técnicas americanas do gerenciamento do sono (*sleep management*)<sup>13</sup> consistem em privação de sono por períodos prolongados, nudez forçada (remoção de roupas com o propósito de humilhação), algemação em posição de estresse que leva o preso a se sufocar, manipulação dietética (administração irregular ou contaminada de alimentos e de água), simulação de afogamento (*waterboarding*), simulação de execução da “técnica da parede” (*walling* – consiste em lançar a vítima violentamente contra uma parede), abuso verbal por ameaça, insultos, confinamento em local diminuto com insetos<sup>14</sup>, exposição a tempe-

---

13 De acordo com a jurisprudência norte-americana, a privação de sono viola as Emendas 8.<sup>a</sup> e 14 da Constituição dos EUA. Essa modalidade é considerada tortura nos Estados Unidos desde *Ashcraft v. Tennessee* em 1944 (disponível em: <http://supreme.justia.com/us/322/143/case.html>).

14 O preso é colocado seminu em um quartinho, com milhares de percevejos. No início, tenta esmagá-los. Depois, já cansado, simplesmente deixa-se sugar pelos insetos (Paulo Juricic, op. cit, 1999, p. 44).

raturas extremas, incomunicabilidade, administração de drogas alucinógenas ou tranquilizantes, desatenção às necessidades fisiológicas, falta de assistência médica etc.

Dois casos clássicos de interrogatórios coercivos, ironicamente chamados *methods of aveux spontangs* (métodos de confissões espontâneas) promovidos por policiais franceses são relatados por Edwin R. Keedy<sup>15</sup>.

No primeiro caso, Charles Mestorino, um joalheiro italiano em Paris, é suspeito de assassinar Gaston Truph, um corretor de joias, em 27 de fevereiro de 1928.

Movidos pela convicção da culpa de Mestorino, dois investigadores da polícia, entre os melhores de Paris, impõem sobre ele, chamado como testemunha, “o mais longo, o mais crucificante dos interrogatórios”. A noite é fria, a sala não é aquecida. Mestorino, com os punhos cerrados, olhos selvagens, de pé contra a parede na sala de interrogatório, onde ele entrou havia vinte horas, enfrenta o bando de policiais que, perto de seus chefes, o assedia, substituindo-se dois a dois, lançando perguntas como se fossem espadas.

Em dado momento, tiram as roupas de Mestorino, que fica inteiramente nu, nada mais do que escombros, um naufrago cujas pernas tremem. Nas janelas o amanhecer aparece. Ele está sozinho contra seis homens inclinando-se sobre ele. E a frase implacável retorna incessantemente: “Então você defendeu-se, Mestorino?”. Essa frase ele repete, sugerida e imposta por seu subconsciente, mais forte que a vontade dele: “Ele me insultou, eu me defendi”. “É isso. Ele confessou”. Os policiais colocam as roupas de volta nele, que já não é nada além de um trapo, exausto, derrotado, aniquilado.

---

15 *The third degree and legal interrogation of suspects*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 85, n. 8, 1937, p. 771.

O segundo é o caso da idosa Madame de Malherbe, que sofreu uma queda e teria sido morta, conforme queixa de um serviçal da mulher, pelo pároco quando veio administrar o sacramento. Convocado para ir ao posto policial ao meio-dia, o sacerdote não é questionado até as 18 horas em um interrogatório que dura toda a noite, provavelmente do mesmo caráter daquele empregado em Mestorino. O padre declara ter sofrido seriamente nesse tempo. No entanto, não confessou porque decerto ele não era culpado. Mais tarde, autópsia do corpo foi feita e, no relatório do dr. Balthazar, ficou estabelecido que Madame de Malherbe morreu de uma morte natural. Assim, não houve crime. Mas veja o perigo se o padre, como resultado da fadiga, em um momento de fraqueza, tivesse deixado escapar alguma palavra imprudente apanhada como uma aparente confissão.

Todas as técnicas coercivas são executadas de modo que a conduta do interrogador não se encaixe no tipo penal da tortura, mas de forma a colocar, ao mesmo tempo, o interrogado em uma posição de desconforto físico e psicológico. As possibilidades de concretização da tortura abrangem, inclusive, as ações que se nutrem nessas modernas técnicas de interrogatório. Os métodos aparentemente legítimos usados por policiais do mundo inteiro, que consistem em inquirições que se sucedem durante horas e horas mediante troca de equipes de interrogadores, acabam vencendo pelo cansaço ou qualquer outra causa a relutância dos interrogados. À margem disto, o interrogado não pode dormir ou, se lhe permitem o repouso, tiram-no deste abruptamente em períodos irregulares, trazendo-lhe total confusão sobre o ultrapassamento do tempo. Isso é perfeita tortura<sup>16</sup>.

Há tortura, igualmente, sempre que, por meio da simples persuasão sugestiva de efeito racional, se obtiver, com técnicas psicológicas, a cooperação do sujeito passivo, evidenciando as cir-

---

16 FERNANDES, Ana Maria Babette Bajer.; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aspectos jurídico-penais da tortura*. São Paulo:Saraiva, 1982, p. 133.

cunståncias a prática disfarçada de conduta demonstradora de anterior ou concomitante cerceamento abusivo da liberdade de locomoção, seja em razão do descumprimento de formalidades exigidas por lei, seja pelo regime prisional imposto em desconformidade com os regulamentos do estabelecimento carcerário.

As referidas práticas de interrogatório, quando executadas deliberadamente para suprimir resistência psíquica ou ainda para submetê-la a modalidades de castigos adicionais, levam a vítima a um tal grau de angústia moral, que a força a autoincriminar-se ou a confessar determinadas condutas delitivas claramente consideradas como tortura psicológica.

O termo “interrogatório” não se refere apenas ao tempo em que alguém é questionado formalmente. Também pode incluir períodos antes e depois de serem aplicadas pressões físicas e psicológicas a fim de desorientar a pessoa e coagi-la  obediência durante o questionamento formal. Todas as práticas dessa natureza são absolutamente proibidas (Foley, 2003, p. 41).

O *Comit contra a tortura* da ONU, nas “observaes finais sobre Israel”<sup>17</sup>, em 1997, verificou certas técnicas de interrogatório coercivo como meios necessários para lutar contra o terrorismo sob a justificativa de que com ditos métodos “havia desbaratado em torno de 90 ataques terroristas planejados e salvado inumeráveis vidas”. Apesar disso, o comitê considerou os métodos de interrogatório desumanos ou degradantes e constituíam atos de tortura ao reconhecer “o terrível dilema com que se defronta Israel perante as ameaças terroristas  sua segurança, mas Israel não pode aduzir perante este comitê que circunstâncias excepcionais justificam atos proibidos pelo art. 1.º”.

---

17 *Observaciones finales sobre Israel*, 1997, documento das Naciones Unidas CAT/C/18/CRP1/Add. 4, pôr. 134. Também *Observaciones finales sobre Israel*, 2002, documento das Naciones Unidas A/57/44, pôr. 53.

E o referido comitê concluiu que a combinação desses tratamentos constitui tortura por manter o detido em posições dolorosas, cobrir-lhe a cabeça com um capuz, submetê-lo a sessões de música a todo volume ou privar-lhe do sono durante períodos prolongados, proferir ameaças, especialmente as de morte, expô-lo ao frio ou ao calor e a sacudidas violentas.

O Princípio 21, parágrafo 2.º do “Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão” das Nações Unidas, aprovado em 1988, veda claramente esses interrogatórios coercivos:

Nenhuma pessoa detida pode ser submetida, durante o interrogatório, a violência, ameaças ou métodos de interrogatório suscetíveis de comprometer a sua capacidade de decisão ou de discernimento.

Normalmente, o estresse da pessoa privada de liberdade e sujeita a interrogatórios e a depoimentos não constitui um ato de tortura ou de maus-tratos (a privação da liberdade pressupõe restrições legítimas de certos direitos), conforme já assinalou o item anterior (5.1). Todavia, em certas circunstâncias, o encarceramento – principalmente o cautelar – e a forma como os interrogatórios são conduzidos podem violar o direito à integridade pessoal, sobretudo nos chamados “interrogatórios coercivos” com aplicação de técnicas ou métodos de questionamento degradantes e desumanos (*stress and duress*), suscetíveis de “comprometer a capacidade de decisão ou de discernimento” do detido/interrogado.

As práticas de tomada de depoimentos e interrogatórios estão sujeitas a uma constante avaliação para se ajustarem às normas constitucionais e convencionais. O direito internacional e sua correspondente jurisprudência podem emprestar discernimento valioso sobre como esses conceitos e técnicas são postos em prática sem violar os direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

Ressalte-se que os interrogatórios devem ser feitos apenas em centros oficiais. Qualquer testemunho obtido de detento em localidade de detenção não oficial, e não confirmado durante interrogatório realizado em local oficial, não deve ser aceito no tribunal – a menos que seja usado como prova contra o suposto torturador.

O uso de vendas nos olhos ou capuzes deve ser proibido, pois torna a pessoa vulnerável, envolve privação ou manipulação sensorial (impedindo a real consciência dos atos praticados<sup>18</sup>) e pode, por si só, constituir tortura ou maus-tratos. Além disso, praticamente inviabiliza o processo legal, porquanto fica mais difícil identificar os que cometeram atos de tortura ou maus-tratos<sup>19</sup> ou dificulta o reconhecimento da vítima por eventuais testemunhas.

A tortura não se limita ao que acontece durante o interrogatório (com o fim de extrair confissões, informações ou declarações). Liga-se também a vetores especiais sobre as condições em que se dá ou transcorre a detenção, como, por exemplo, o encapuzamento ou vendas na vítima para causar-lhe transtorno sensorial, impedi-la de ser reconhecida por testemunhas ou reconhecer os agressores dela, uso desnecessário de algemas ou outro meio de contenção, ameaças ou intimidações de toda ordem. Todos esses vetores são montados ou constituídos para agravar, de forma deliberada, o sofrimento mental e físico.

Para além dos métodos psicológicos que causam a perturbação dos sentidos e da personalidade, existem métodos durante os interrogatórios que em si não são considerados forma de tortura psicológica. Denominados métodos “menores” ou “inócuos” po-

---

18 Encapuzada, a vítima pode acreditar, por exemplo, que foi queimada com o toque de um objeto em brasa, quando, na verdade, era frio. No filme “The punisher” (O Justiceiro), de 2004, em uma das cenas, o personagem de Frank Castle, numa sessão de tortura, encosta um picolé nas costas de um indivíduo, fazendo-o acreditar ser um ferro em brasa.

19 Foley, 2003, p. 41/104/114; Roberto Augusto de Carvalho Campos e Virginia Novaes Procópio de Araújo, op. cit., p. 435; PEEL, Michael; LUBELL, Noam; BEYNON, Jonathan.

*Investigação Médica e Documentação sobre Tortura.* In: [http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a\\_pdf/manual\\_tortura\\_invest\\_medica.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_tortura_invest_medica.pdf). Acesso em: 30.4.2018.

dem, no entanto, tornar-se coercivos se usados durante longos períodos. Esses métodos auxiliares também costumam produzir situação de coação que, de fato, podem constituir uma forma cruel, desumana e degradante e, em alguns casos, até tortura<sup>20</sup>.

## **7. A múltipla degradação da tortura**

A prática da tortura é um ritual multiplamente degradante e inclui experiências traumáticas cumulativas em nível individual, familiar e social (ou comunitário). Nesse cenário, todos os atores saem perdendo<sup>21</sup>.

### **7.1- Degradação individual**

Há um lugar em que a privacidade, a intimidade, a integridade e a inviolabilidade são essencialmente garantidas: o próprio corpo, um templo único. O torturador invade e profana esse santuário. A tortura faz sofrer a vítima e agride o cerne de sua dignidade humana, submetendo-a totalmente, como mero objeto, a uma vontade alheia. Um dos objetivos da tortura é destruir a integridade e o funcionamento psicológico e social da vítima.

O torturado se encontra inerme, inteiramente à mercê das ameaças, da dor, do pânico. O vínculo estabelecido entre ele e o torturador é subjugação total, de desigualdade humana. A vio-

---

20 Hernán Reyes, *The worst scars are in the mind: psychological torture*. International Review of the Red Cross, Vol. 89, n. 867, 2007, p. 599.

21 Sobre os comentários feitos nesses itens conferir: TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Tradução de Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 62; IRCT, *La evaluación psicológica de alegaciones de tortura*. Cit., 2007; PROTOCOLO DE ISTAMBUL. Nações Unidas. Nova Iorque/Genebra, 2001. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a\\_pdf/manual\\_protocolo\\_istambul.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf). Acesso em: 22.8.2018; ROJAS, Paz. *Area médica y rehabilitación*. In: ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA (APT). *Prevenir la tortura: un desafío realista*. Ginebra:APT, 1995, p. 195-204.

lência – veículo que os une – provém de apenas um lado. É uma relação interpessoal incoerente, assimétrica, pervertida e desintegrada, de modo que a dimensão desestruturante da tortura sob a pessoa que a padece não se deve apenas à destruição da sua identidade, mas também à ruptura do vínculo com outro ser humano. A relação é assimétrica porque o ser humano torturador, de forma lúcida e consciente, provoca a paralisação, a desintegração, a perda de autoestima, o aniquilamento, transformando em objeto, em algo infra-humano, a figura do torturado.

De certa forma, o próprio corpo da vítima da tortura é transformado em seu pior inimigo. Um corpo com dor não é confiável. A agonia corpórea obriga o sofredor a se transformar, a sua identidade a se fragmentar, os seus ideais e princípios a desmoronar. O corpo se torna cúmplice do atormentador, um canal ininterrupto de comunicação, um território traidor e envenenado. A tortura busca, conforme Hélio Pellegrino em clássico artigo jornalístico<sup>22</sup>, a custo do sofrimento corporal insuportável, introduzir uma cunha que leve à cisão o corpo e a mente. E, mais do que isso, ela procura, a todo preço, semear a discórdia e a guerra entre o corpo e a mente. Através da tortura o corpo torna-se nosso inimigo e nos persegue. É este o modelo básico no qual se apoia qualquer torturador. Na tortura, o corpo volta-se contra nós, exigindo que falemos. Da mais íntima espessura de nossa carne se levanta uma voz que pretende arrancar de nós um discurso do qual temos horror, já que é a negação de nossa liberdade. A tortura nos impõe uma alienação total de nosso próprio corpo, tornando-se estrangeiro e nosso inimigo de morte.

Os agentes da tortura tratam, com frequência, de justificar seus atos. Essa racionalização disfarça o real objetivo da tortura: reduzir a pessoa a uma situação de insegurança e de angústia extremas que pode produzir uma deterioração das funções cogni-

---

22 *A tortura política*, Jornal do Brasil, Caderno B, de 18.4.1985.

tivas, emocionais e comportamentais. Nessas circunstâncias, o torturador trata não apenas de incapacitar a vítima fisicamente, mas também de pulverizar sua personalidade. O torturador aspira a destruir a sensação de pertencimento da vítima a uma família e a uma sociedade como ser humano com seus sonhos, esperanças e aspirações.

Tortura não é simplesmente dor. É tempo. E o tempo é experimentado agora, apenas no presente; passado e futuro não existem, são roubados da vítima; apenas o agonizante aqui e agora (*bic et nunc*), o presente, sem perspectiva pretérita ou prospectiva (a vítima fica impossibilitada de prever o que fará o torturador) que confere o senso de relatividade. O sobrevivente fica preso angustiada e dolorosamente numa única dimensão temporal.

Encafuada nesse aqui e agora, a vítima percebe que a vida dela não vale nada, sendo um objeto, instrumento sem valor e sem dignidade, sujeita totalmente a uma vontade alheia opressora capaz de, num piscar de olhos, lhe tirar tudo. O torturador tem a onipotência de um “deus” terreno, enquanto a vítima da tortura é o objeto indefeso sobre o qual esse deus impiedoso exerce toda sua fúria. Assim, a tortura não provoca apenas dor física ou mental. Produz poder pela total submissão da vítima a uma vontade alheia todo-poderosa, capaz de envolvê-la no esquecimento e no tempo.

A tortura prejudica a vítima em várias camadas de sua personalidade: integridade física e psicológica; bem-estar cognitivo, emocional e comportamental; identidade; autonomia; respeito por si mesmo e autoestima; sensação de segurança; sonhos, esperanças e aspirações para o futuro; relacionamento interpessoal; confiança; sentimento de pertencimento a uma família e a um meio comunitário.

## 7.2. Degradação familiar

A tortura não se restringe a uma pessoa. Atinge também cônjuge, pais, filhos e outros membros familiares mais próximos, e pode deixar danos profundos nas relações íntimas do núcleo familiar, conduzindo a várias formas de disfunção familiar:

- outros membros da família podem ser traumatizados pela tortura ou sofrerem trauma secundário;
- as repercussões do sofrimento físico e psicológico da pessoa torturada podem causar, dentro da família, aumento do nível de estresse, medo, preocupação, perda da sensação de segurança;
- a tortura pode mudar o padrão de relacionamento dentro da família, com perda da capacidade de cuidar dos filhos e dos entes queridos;
- alteração substancial da qualidade de vida em família devido a problemas de saúde, perda de trabalho e diminuição do apoio social.

## 7.3. Degradação do torturador

A prática também degrada e envilece o torturador. Superada a compaixão pela infelicidade alheia, se embrutece e se compraz na “superioridade” de infligir dor e dominar a vontade do outro, coisificando-o e funcionalizando-o. Ao desumanizar e objetificar as vítimas, o torturador ataca os próprios alicerces da interação humana e se torna ele mesmo o mais degradado moralmente dos seres humanos (*hostis humani generis*).

Quem lida com prisão, com preso, com a privação da liberdade de alguém e tem sempre o poder para liberar, sente até um certo prazer em não ter pressa. O tempo é um aliado/cúmplice do torturador e um inimigo do torturado. Essa falta de pressa constitui mais

um ingrediente de sadismo do torturador. O tempo que passa nas ruas, nas casas, junto aos amigos, não é, em absoluto, o mesmo tempo passado sob o peso do medo, da angústia e da dor.

A degradação do torturador pelo hábito ilegal, imoral e criminoso da tortura se converte numa espécie de “doença”, pelo caráter de contágio social da própria prática que circula dos pés à cabeça. Distancia-se das pessoas e passa a desconfiar de todos; o inimigo passa a estar em todas as partes envolvidas numa guerra total suja. Esse sentimento é fruto também de uma doutrina totalitária disseminada nas forças de segurança de que “toda pessoa tem a obrigação de vigiar a outra, suspeitar do vizinho, do colega de trabalho, do companheiro de viagem ou do simples interlocutor”<sup>23</sup>. Nem mesmo os parceiros na prática proibida são confiáveis. Progressivamente, a sociedade inteira se vê atingida por esse câncer insidioso, esse ataque ao pacto segundo o qual o Estado e seus agentes é o fiador da justiça e do respeito por todo ser humano.

Habitado à prática e protegido pela imunidade relativa do corporativismo e da impunidade circunstancial, não existe para o torturador/agente policial uma linha final em que terminem as obrigações humanas e funcionais, nem terreno que feche os ouvidos ao sofrimento humano e torturas que cessem de ser execráveis. A dor alheia, os gemidos, as lágrimas, as extremas angústias, com o tempo, soam como um ranger de porta. A violência é banalizada, o horror vira rotina, a morte do próximo é vista como uma página virada. Há uma espécie de mitridatismo à sorte do outro. O hábito criminoso arranca pequenos pedaços da alma ao torturador.

A forma de adquirir essa insensibilidade diante da dor do outro é tê-lo como inimigo; um inimigo que opera sem levar em conta honra ou regras. Isto facilita as coisas para o torturador, “legiti-

---

23 BORGES, José Ribeiro. *Tortura*. Campinas-SP:Romana, 2004, p. 115.

ma” a seus olhos seu trabalho sujo, autoriza-o a agir da mesma forma (sem regras, sem leis, sem consciência). Ele tem a si mesmo como um guerreiro da paz e defensor da segurança pública, autorizado a fazer justiça com as próprias mãos. A tortura para esse tipo de policial/torturador não passa de uma antecipação da pena, pois se vê imerso numa guerra suja. E, lançado nesse cenário, prefere obedecer à teoria que considera legítimo praticar: o abuso de poder, a tortura contra pessoas suspeitas da prática de um crime, às vezes sem nenhuma gravidade<sup>24</sup>. Imerso e cego por essa guerra ao inimigo, o policial perde a dimensão do humano, dado que a maldade e a violência são grandezas sem limites, essencialmente expansivas.

A polícia, em muitos lugares nutrida pelo ideário do combate ao inimigo (resquício de treinamentos de feitiço militar e guerreiro), volta-se preferencialmente para as camadas urbanas mais pobres. As abordagens, capturas, detenções e prisões e suas intercorrências se dão, pois, dentro de noções preconcebidas e estereotipadas sobre o ambiente urbano (por definição, o bairro pobre, marginal, é considerado o meio natural onde se pratica o crime, uma praça de guerra sem regras nem honra) e aspectos pessoais (quem tenha “cara de bandido”, vestes ou sinais característicos – tatuagens, corte de cabelo, cor da pele etc.). A simples desconfiança estabelece uma tábua de prioridades para policiais mal orientados e mal treinados.

Não se querem policiais que andem sobre as águas ou anjos vingadores, mas apenas servidores públicos que respeitem os direitos fundamentais das pessoas, independentemente de qualquer variável estigmatizadora, e pautem suas condutas funcionais pelo mínimo legal e ético.

Na polícia, os torturadores são mantidos não apenas por uma mentalidade perversa ou um caráter psicopatológico do agente

---

24 BARCELLOS, Caco. *Rota 66. A história da polícia que mata*. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 115.

policial<sup>25</sup>, mas também em virtude de toda uma estrutura política e institucional insensível que fabrica monstros humanos. Como obter do agente policial uma atitude moral se ele estiver convencido de que é um elemento irresponsável por estar submetido a um aparato corporativo que absorve em suas práticas o ato solitário da tortura? Em nome de que lhe será inculcado o sentido da dignidade humana e de suas responsabilidades sociais? Como aperfeiçoá-lo moral, social e institucionalmente? Tudo se passa como se, a partir do momento em que o indivíduo enverga o uniforme ou a insígnia de policial integrando uma corporação ou uma instituição implicada numa “guerra ao crime”, uma nova personalidade se infiltrasse e se difundisse progressivamente em sua personalidade original, até abafar suas aspirações e suas convicções individuais. Como o ferro afia o ferro, assim o colega de farda antigo molda o novo policial. A vontade bem como seu comportamento desvanecem-se na massa confusa da corporação e em suas práticas institucionais, funcionando como um rito de passagem e de lealdade ao grupo. Entram em cena fatores como comportamento contagiante e redução da sensação de responsabilidade por integrar um grupo corporativo; há uma clara diminuição dos recursos cognitivos pessoais a um padrão moral ruinoso. E a partir desse padrão, o policial se sente livre para agir como bem entender, pois ele é a “lei”, o “Estado”, a província em que tudo é possível e permitido, e não pode ser refreado por princípios, supervisão judicial ou até pelo escrutínio internacional dos direitos humanos. E nesse ritmo, a tortura persiste a ser aplicada pela polícia, erigida como o “grande poder” paralelo dotado de instância própria de julgamento, acima da estrutura constituída e formal do Estado.

Na verdade, em relação à tortura há um sistema bem instalado, mantido pelos antigos e comunicado aos jovens policiais. Estes se integram ou são rejeitados, perseguidos, anulados. E é uma

---

25 Os psicopatas existem em todos os níveis da sociedade, a qualquer tempo e em todo lugar. Nenhuma profissão, por mais nobre que seja, está livre deles (Simon, 2009, p. 52).

verdade triste: a violência não admite competição pacífica. Leva sempre vantagem, quer por seus métodos pouco ortodoxos, quer pela tibieza dos que a combatem<sup>26</sup>.

#### **7.4. Degradação dos valores e princípios conquistados pela humanidade**

Violenta valores conquistados pela civilização e abrangentes de toda a humanidade (dignidade humana, integridade pessoal). Vitimiza não apenas a quem está sendo submetido à dor e ao flagelo, mas também brutaliza a sociedade que os tolera, criando um ambiente onde se compreende a violência como uma regra (sociologicamente é sabido que o comportamento humano é afetado, decisivamente, pelo meio circundante à pessoa). Gera desconfiança, ódio e amargura com a lei e a sociedade. Além disso, a negação da dignidade humana pelo torturador se estende ao meio político e social que permite, tolera, oculta ou estimula. Se o Estado e a sociedade civil utilizam o indivíduo como meio para obter informações ou para aterrorizar os opositores políticos e sociais, estão também convertendo o indivíduo em objeto.

O projeto da tortura implica uma negação total – e totalitária – da pessoa como ser encarnado. O centro da pessoa humana é a liberdade. Esta, por sua vez, é a invenção que o sujeito faz de si mesmo por meio da palavra que o exprime. Na tortura, o discurso que o torturador busca extrair do torturado é a negação absoluta de sua condição de sujeito livre. A tortura visa ao acesso da liberdade. A confissão que ela busca, por meio da intimidação e da violência, é a palavra aviltada de um sujeito que, nas mãos do torturador, se transforma em objeto. Ao se quebrar frente à tortura, o torturado consoma – e assume – uma cisão que lhe rouba o uso e o gozo pacífico do seu corpo. A ausência de sofrimento

---

26 FERNANDES, Ana Maria Babette Bajer.; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aspectos jurídico-penais da tortura*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 127.

corporal, ao preço da confissão que lhe foi extorquida, custa-lhe a amargura de sentir-se traidor, traído pelo próprio corpo. Sua carne apaziguada testemunha e denuncia a negação de si mesmo como pessoa. A tortura, quando vitoriosa, opera no sentido de transformar sua vítima numa degradada espectadora de sua própria ruína<sup>27</sup>.

A tortura sempre foi e continua sendo o enredo moral e político de um ambiente autoritário. Alavanca-se em uma deslocada pretensão totalitária do Estado de dispor, de forma absoluta, a relembrar o *ius vitae necisque* romano sobre os corpos, as vontades e as consciências de seus súditos, sem considerações de ordem legal, ética ou social. Mas, por conta disso, pode-se dizer que a tortura é própria e exclusiva de regimes autoritários e totalitários? Definitivamente, não. Está mais que demonstrado que a tortura viceja com igual pujança nos ambientes democráticos. Exemplo disso é a permissividade em torno da tortura “soft” ou interrogatórios coercivos adotados por países democráticos como Estados Unidos e Israel.

Em um país como o México, formalmente democrático, 64% da população declarou, em enquete formulada pela Anistia Internacional<sup>28</sup>, ter medo de sofrer tortura em caso de prisão. Nesse país, segundo o informe, a prática é generalizada e habitual nas forças policiais e militares. E tolerada, justificada e negligenciada (na forma de omissão) por outros servidores públicos encarregados de fazer cumprir a lei, como membros do Ministério Público, juízes e algumas comissões de direitos humanos. O resultado é uma impunidade quase total para os autores dos abusos e um autêntico temor entre a população.

---

27 élio Pellegrino, *A tortura política*, Jornal do Brasil, Caderno B, de 18.4.1985. Também Vicente Grima Lizandra, op. cit., p. 50.

28 Anistia Internacional, *Fuera de control. Tortura y otros malos tratos en México*, 2014, disponível em <https://www.ammesty.org/download/Documents/4000/amr410202014es.pdf>. Acesso em: 18.5.2018.

A tortura também não é uma prática episódica, transitória, mas algo inviscerado na cultura corporativa de instituições policiais e até nas relações privadas, apesar da clandestinidade (e até por isso mesmo). Mas como não há um debate público permanente sobre a matéria (na grande imprensa e no meio acadêmico), passa-se a falsa impressão ao grande público e ao homem comum que os casos são isolados e não decorrentes de uma sistemática perversa. E como desdobramento direto há uma falsa percepção de que a tortura é um problema muito menos grave do que realmente é.

### **7.5- Degradação em nível social ou comunitário**

A tortura agride tanto o corpo biológico quanto o corpo social. Ao desumanizar e quebrar a vontade de sua vítima, o torturador traça precedentes aterrorizadores para todos aqueles que depois se põem em contato com a vítima. Por essa forma de contágio social, a tortura pode quebrar ou prejudicar a vontade e a coerência de comunidades inteiras, criar um clima de medo. Talvez, nesse sentido, a pior forma de tortura seja a tortura terrorista, cuja função é cumprida quando os corpos mutilados das vítimas são espalhados em lugares públicos como forma de intimidar os outros<sup>29</sup>.

Um dos propósitos da tortura, a intimidação de terceiros, assegura a cultura do medo, da inibição, da paralisia, da impotência e da resignação dentro da sociedade ou da comunidade local. A tortura não é apenas um problema político ou jurídico-penal, mas ético, psicossocial. A tortura não afeta apenas a pessoa como indivíduo, como átomo isolado da sociedade, mas um ser social inserido num contexto social. As violações dos direitos humanos não podem ser contempladas exclusivamente pela perspectiva restrita do indivíduo isolado.

---

29 MCMAHAN, Jeff. *Torture, Morality, and Law*. Case Western Reserve Journal of International Law, 2006, vol. 37, p. 242.

A tortura sempre implica, de forma explícita ou implícita, ameaça e ataque contra toda a comunidade e o seu sistema de valores. Pode aterrorizar a população inteira, criar um ambiente dominante de ameaça, medo crônico, terror, desconfiança e inibição. Um estado de insegurança generalizada e de ruptura do tecido social tem efeitos duradouros na maioria das formas de comportamento coletivo. O impacto da tortura também se pode transmitir de maneira intergeracional.

## **8. O sentimento popular em torno da matéria**

Em circunstâncias normais, naturalmente o homem comum e não corrompido por uma realidade social específica tende a rechaçar a prática da tortura e de métodos violentos para obter informações ou confissões. Imerso, todavia, em um ambiente de insegurança pública e de criminalidade crescente (potencializado por uma mídia ávida de desastres, massacres e más notícias), mesmo o homem esclarecido propende a aceitar que um indivíduo suspeito padeça os maiores males em prol do esclarecimento e prevenção dos crimes. Considera-se esse o argumento frequentemente esgrimido (extraordinariamente simples e *terre-à-terre*): o tormento de um indivíduo é largamente compensado pela paz de milhares de outros. O medo e a ignorância têm muitas formas, todas elas perigosas.

Sem delinquência não há polícia, afirma Michel Foucault<sup>30</sup>. O que torna a presença ou o controle policial tolerável pela população senão o medo do delinquente? Essa instituição tão recente e tão pesada, que é a polícia, não se justifica senão por isso. Aceitamos entre nós essa gente de uniforme e armada que nos pede documentos, vem rondar nossas portas, que nos constrange com revistas e ordens verbais ásperas, enquanto nós não temos o direito de o estar. Isso seria aceitável se não houvesse os

---

30 *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Graal, 14 ed., p. 137-138.

delinquentes? Todos os dias, artigos nos jornais contam o quão numerosos e perigosos são os delinquentes.

O poder policial envolve um nível inimaginável de violência e de crueldade, que é legitimado pela cultura do medo sobre a ideia do crime corroer a segurança pública; qualquer oposição é destruída com mais medo e mais insegurança. Esse mantra autoriza o uso da violência e da tortura em prol de um bem maior: a segurança da população. Mas tudo na vida tem um limite: o medo perde a utilidade prática quando as ações que inspira já não ajudam a evitar o perigo que se teme, ou seja, quando as torturas e os maus-tratos policiais já são, em si, causa de insegurança pública.

Mas a violência policial não pode, por questão de justiça, ser generalizada ao conjunto da instituição policial. No cenário policialesco, costuma-se adotar uma dicotomia que separa a “parte podre” da polícia (ou eufemisticamente “linha dura”) da “parte sã”. Os policiais da “parte podre” adotam como que uma segunda natureza, clandestina, oculta, traduzida no hábito da tortura e do abuso. Esses policiais, tal como na *Metamorfose* de Kafka, acordaram um dia como insetos insensíveis, truculentos e abusivos no cumprimento do dever. Com o tempo, tornam-se torturadores recorrentes ou habituais, carecem de toda culpa e são dotados de um espírito predador incapaz de se pôr no lugar do outro.

Por que ter piedade de indivíduos habitualmente dados à prática de crimes violentos – roubos, homicídios, tráfico de drogas, latrocínio etc – se eles, no momento de executar seus crimes, não têm a menor clemência com suas vítimas, aterrorizando-as, barbarizando-as? Por que se preocupar com os direitos de criminosos habituais e esquecer as garantias da maioria dos cidadãos inocentes, trabalhadores e cumpridores de seus deveres? Assim, parece existir a necessidade de demonstrar ao infrator que a mesma insegurança lançada à sociedade pelo cometimento da delinquência violenta pode ser devolvida, num perfeito jogo de equilíbrio, de forma a que o infrator também se veja em insegu-

rança ao analisar o futuro perante a prática de ilicitudes penais<sup>31</sup>. Seria uma espécie moderna de Lei de Talião (que poderia ser muito bem o *slogan* “lei e ordem”): olho por olho, dente por dente; insegurança por insegurança; violência por violência; terror por terror; medo por medo.

Mas será que a tortura protege realmente os cidadãos inocentes? Para efetivamente proteger a parte não criminosa da sociedade, a tortura deveria: 1 – ser um mecanismo efetivo de descobrir a verdade; 2 – ser um meio justo. Na prática, essas duas condições não são atendidas. Inicialmente, os resultados obtidos pela tortura ligam-se visceralmente à capacidade de a vítima suportar mais ou menos os sofrimentos infligidos. Se é um indivíduo robusto e determinado, sobrepõe-se ao sofrimento e resiste a todos os tormentos sem articular uma palavra ou sem revelar a verdade; se for frágil, revelará qualquer informação, verdadeira ou falsa, para cessar a dor. A dor “obriga até o inocente a mentir” – *etiam innocentes cogit mentiri* (Sêneca). O forte mente calando, o frágil mente falando. Em ambos os casos, a tortura é inútil para a descoberta da verdade. Aliás, os torturadores são especialistas em infligir dor e medo mas, em regra, não conseguem interpretar os dados obtidos e transformá-los em conhecimento útil.

Os mecanismos de buscar apurar a verdade constituem uma medida do grau de racionalidade e possivelmente de civilização atingido por determinada sociedade. Isso porque capturar a verdade por meios não violentos exige inteligência e civilidade, dado que ninguém diz nada contra si, salvo se obrigado pela dor e pelo tormento. Ler nas entrelinhas<sup>32</sup> e tirar conclusões certas de dados insuficientes, eis a suprema qualidade da inteligência humana e o índice de seguro progresso civilizacional.

---

31 FERNANDES, Ana Maria Babette Bajer.; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aspectos jurídico-penais da tortura*. São Paulo:Saraiva, 1982, p. 75.

32 A desconfiança e a dúvida revelam a inteligência e a sagacidade de um indivíduo. A etimologia da palavra “inteligência” avaliza essa conclusão. A palavra vem do latim *intelligere* (*intus* + *legere* = ler dentro, nas entrelinhas).

Muito se fala sobre a relativa indiferença e até mesmo condescendência da sociedade diante de abusos crescentes praticados pela polícia, que desembocam, às vezes, em tortura. Para alguns, essa insensibilidade social reflete uma “doença” da própria sociedade e que, por conta disso, ela merece todos os efeitos danosos dessa “analgesia moral”. Talvez não seja. Notícias horrendas, imagens bárbaras, é preciso reconhecer, não despertam, em geral, a repulsa que se espera de uma sociedade civilizada e minimamente culta. No fundo, recebemos da sociedade o que damos. Há, inevitavelmente, uma ação recíproca: dar e receber, agir e padecer. Se com a ação institucional damos à sociedade insegurança, desrespeito, indiferença à lei, recebemos esses valores multiplicados pelo peso do número. A sociedade apenas *reage* às condições propiciadas pela inoperância crônica de seus mecanismos ou de suas criaturas (Estado, órgãos e instituições públicas). O problema, portanto, não está na sociedade. Não é ela que está caindo aos pedaços, mas suas instituições zelosamente delineadas na Constituição Federal e capitaneadas por indivíduos sem o devido engajamento e compromisso primário com o interesse público.

E mais. Se a sociedade é tratada como um “bando de animais” (nas periferias das grandes cidades, nas famigeras “áreas vermelhas”, nos distúrbios multitudinários etc.) é óbvio que pela força da ação recíproca ela reage como um animal e, reagindo assim, está implantada a barbárie. Todos os valores sociais, virtuosos ou não, civilizados ou não, suscetíveis de aplausos ou não, estão ligados a cada valor individual pelo vínculo do livre e mútuo dar e receber.

Qual é o sentimento que nasce no homem ao sofrer uma dor?, indagava Pietro Verri (2000, p. 88) em obra dos fins do século XVIII. Este sentimento é o desejo de que a dor pare. Quanto mais violenta for a tortura, tanto mais violentos serão o desejo e a impaciência de que chegue ao fim. Qual é o meio com que um homem torturado pode acelerar o término da dor? Declarar-se culpado do crime pelo qual é investigado. Mas é verdade que o

torturado cometeu o crime? Se a verdade é sabida, é inútil torturá-lo; se a verdade é duvidosa e o torturado é inocente, tal como o culpado, fica igualmente levado a se acusar do crime. Portanto, os tormentos não constituem um meio para descobrir a verdade, e sim um meio que leva o homem a se acusar de um crime, tenha-o ou não cometido.

No semblante de um homem entregue a seu estado natural de emoções, pode-se reconhecer, com facilidade, a serenidade da inocência ou a inquietação da culpa e do remorso; a calma segurança, a voz, a facilidade de desfazer as objeções no interrogatório, em regra, permitem identificar o homem inocente e, do mesmo modo, a sombria perturbação, o tom alterado da voz, a extravagância dos gestos, o emaranhado das respostas permitem suspeitar da culpa. Mas colocados juntos um culpado e um inocente entre as dores, entre as extremas convulsões da tortura, e estas delicadas diferenças desaparecem, a agitação, o desespero, o horror se pintarão igualmente nos dois semblantes, gerarão igualmente e, em vez de se apurar a verdade, todas as aparências se confundirão sob o mesmo fundo cruel.

Um homicida profissional, por exemplo, com extensa ficha criminal e várias estadas no sistema prisional, habituado ao submundo do crime e da violência, desenvolve com o tempo uma constituição física e psicológica calejada para suportar o tributo da tortura. Esse indivíduo submetido a horrenda tortura para obter confissão ou informações úteis para esclarecer o crime, sabendo antecipadamente o que lhe aguarda no futuro, prefere o sofrimento momentâneo da tortura, enchendo-se de força e de determinação para suportar seus efeitos, como se fora um risco da profissão. Para esse indivíduo, também a tortura é inútil por qualquer ângulo que possa ser vista.

O cidadão inocente, sob o pálio de uma suspeita, fundada ou não, pode ser apanhado nas malhas inflexíveis da tortura. E, nessa con-

dição, todo seu ser se erija sujeito ao medo, ao nervosismo, ao desespero total e absorvente, e chega, para cessar a dor, a assumir qualquer crime ou ação abjeta sugerida; prefere mentir mil vezes a resistir à dor. Em qualquer indivíduo, culpado ou inocente, a tortura só persiste como uma deturpação comportamental, psicológica e moral do torturador, pois do ponto de vista de utilidade policial/processual de busca da verdade não se presta a nada.

O caráter injusto e criminoso da tortura é realçado por qualquer ordenamento jurídico minimamente civilizado, mesmo entre aqueles que ainda não a tipificaram como crime. Como realça Verri (2000, p. 96-97), o uso da tortura é intrinsecamente injusto, e ela não poderia ser empregada mesmo que constituísse o único meio para chegar a verdade. A natureza inscreveu no coração de cada um a lei primária da autodefesa e da não autoincriminação, e a ofensa contra si mesmo e a acusação criminal da própria pessoa constituem ou um ato de heroísmo, quando realizado espontaneamente em alguns casos, ou uma tirania da maior injustiça se, à força de maus-tratos, se quiser obrigar um homem a tanto. A tortura, com as dores, tende a reduzir o homem à traição de si próprio, a renunciar à sua autodefesa, a ofender e a perder a si mesmo. Diante desse desvalor, a natureza da dignidade humana reivindica seus direitos sagrados. Mesmo durante o período em que a tortura era uma prática legal, não faltavam críticos expondo o seu espectro injusto.

A injustiça da tortura não é um simples exercício intelectual, mas a imagem antecipada de um sofrimento, imagem que, produzida em nós pelo aspecto de um sofrimento alheio, causa uma dor análoga. É o compartilhamento da humanidade e da dignidade do outro; é a máxima universal “não faça com os outros o que não gostaria que fizessem com você”. A premissa básica para se definir justiça ou praticá-la é ter a capacidade de se substituir ao outro. Logo, se uma prática a que não queremos nos submeter por repugnar valores, dignidade e a nossa própria condição hu-

mana, também não desejamos sua aplicação ao outro. Esse princípio de alteridade é inafastável da análise axiológica da tortura, e faz dela um meio desprezível para um fim imoral.

Muitos direitos e garantias fundamentais inscritos no art. 5.º da CF não o foram como um movimento de formação ou gênese social, como uma síntese da maturidade ou relativa consciência civilizacional e política do povo. A proibição da tortura é um exemplo emblemático. O inciso III do art. 5.º, que prevê expressamente que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, é uma reprodução fiel do art. 5.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Portanto, uma instituição (ou garantia) adotada via direito internacional, sem levar o selo da sociedade nacional, não expressa, em última análise, necessidades específicas nem parece responder a verdadeiras funções. Isso talvez explique a eterna gangorra entre proibição e tolerância à tortura, que se retrata na naturalidade com que a sociedade aceita ou é indiferente a tais práticas. Consideram-se meros episódios da guerra contra a violência e a criminalidade; suas vítimas são “vagabundos”, bandidos, criminosos perigosos, homicidas, como se isso encobrisse o fato de serem, antes de tudo, seres humanos.

Pode-se dizer que a vedação constitucional da tortura representou uma conquista social? Sim, não há dúvida. Mas não foi um avanço claro e racional alcançado ao longo de uma linha ascendente reta, trilhado no cadinho próprio da comunidade; seguiu uma linha ziguezagueante, não se nutrendo de sua história sombria (nos porões da ditadura e em celas de unidades policiais). A fonte foi outra: o direito internacional, de fora para dentro. Esse caminho tortuoso, exógeno, tem garantido as atuais dificuldades para erradicar a tão malsinada prática de nossos costumes sociais, corporativos e institucionais.

Mais de 30 anos depois do fim da ditadura militar (1964-1985), o Brasil não está livre da tortura – uma das pragas que marcaram

o regime. Sevícias como pressão psicológica, choques, espancamentos, violência sexual e assassinatos ainda fazem parte do cotidiano de delegacias, batalhões da PM, presídios e unidades para adolescentes infratores. Nos anos de chumbo, as vítimas preferenciais eram estudantes engajados, intelectuais e líderes políticos. Os militares se viram obrigados a arrefecer quando as ações praticadas nos porões da repressão repercutiram no exterior. Atualmente, os torturadores mostram sua face mais cruel aos pobres e aos encarcerados. Pessoas sem voz e com pouquíssimo acesso à Justiça<sup>33</sup>.

No Brasil, o problema não jaz no aparato normativo de prevenção e combate à tortura que, bem ou mal, obedece aos padrões internacionais. A questão sensível é a conversão dessas diretrizes normativas em resultados práticos, como é ressaltado no relatório do Subcomitê de Prevenção da Tortura (SPT) por ocasião da visita ao Brasil em 2012<sup>34</sup>:

O quadro jurídico brasileiro sobre a prevenção da tortura é, em grande medida, adequado. A definição de tortura em sua legislação interna, bem como as salvaguardas jurídicas existentes contra a tortura, os maus-tratos e os direitos das pessoas privadas de liberdade, estão, de maneira geral, em conformidade com os padrões internacionais. O SPT preocupa-se, contudo, com a lacuna existente entre o aparato jurídico e sua aplicação na prática, uma vez que a maioria das garantias e dos direitos dispostos na legislação nacional são amplamente ignorados. Conforme observado pelo Relator Especial sobre Tortura, no seguimento de sua visita em 2001, muitas das recomendações meramente solicitavam que as autoridades respeitassem as leis brasileiras existentes.

É possível anuir à tortura em nome de uma pretensa defesa da liberdade ou de uma indefinível proteção da sociedade? Preocu-

---

33 Revista IstoÉ, *O Brasil que ainda tortura*, 15.07.2011, in: [https://istoe.com.br/146953\\_O+BRASIL+QUE+AINDA+TORTURA/](https://istoe.com.br/146953_O+BRASIL+QUE+AINDA+TORTURA/). Acesso em: 5.5.2018.

34 In: [https://nacoesunidas.org/img/2012/07/relatório\\_SPT\\_2012.pdf](https://nacoesunidas.org/img/2012/07/relatório_SPT_2012.pdf). Acesso em: 5.5.2018.

---

pa-nos, diante de um ambiente de violência crônica e insegurança pública básica, *slogans* do tipo “tolerância zero” ou “guerra contra o crime”, pois legitimam e submetem toda a sociedade à ideologia da violência e se passa um cheque em branco aos mecanismos repressivos, autorizando o uso de qualquer meio para obter segurança, inclusive tortura e morte. A violência, em um ambiente político democrático e de respeito aos direitos fundamentais, não pode ser combatida com violência ou com a doutrina “do olho por olho, dente por dente”. Nesse cenário, quem semeia violência deve colher justiça, aplicação justa de pena jurídica. Não é um Estado dissociado do Direito, de exceção. Não se reconstrói a segurança pública sob bases tão frágeis e toscas, mas sob o alicerce firme do Estado de Direito, da inteligência institucional e da justiça.

## 9. Cultura de permissividade

Na cultura do medo, a tortura encontra justificção moral quando aplicada pelo policial, pelo agente prisional etc., ao criminoso. Em busca de confissão ou outro motivo, é tida e apregoada como um “mal menor” em relação a atos praticados pelo facínora. O torturador/policial/agente público se autoconvence que seu “trabalho” é para um “bem maior”, algo que transcende a dor da vítima.

Entre a segurança do homem comum e a dor infligida a um criminoso habitual ou até ocasional infiltra-se a aceitabilidade do tormento. A população, submetida ao discurso do medo e do “mal menor”, acaba tolerando e permitindo a violação dos direitos humanos. Esse parece ser o atual e predominante senso democrático de segurança pública. Resulta desse contexto que a reprovação moral da tortura é uma categoria frágil e evanescente, porque dadas certas circunstâncias tidas como necessárias e inafastáveis, o agente público praticará a tortura com a consciência de cumprir um dever moral.

Há também um outro ingrediente que ajuda a explicar essa permissividade social em torno da tortura. As pessoas, em geral, são céticas em relação às instituições de justiça e tendem a aceitar subsistemas de justiça ou vingança privada como um mecanismo capaz de suscitar ordem a partir da ineficiência oficial ou do vácuo caótico. Esses subsistemas (linchamento, justiciamento, milícias etc) são brechas no sistema politicamente constituído e por elas se insinuam a tortura e os maus-tratos como estratégias para obter a verdade e para impor penalidades. A inevitabilidade e a inexorabilidade desses subsistemas atendem à expectativa média de que pena legal não recupera criminosos e de que a falta de intervenção no corpo pela dor equivale à impunidade. O senso comum confunde prisão e dor com justiça. A sobrevivência da tortura é uma mostra clara da insuficiência da pena de privação de liberdade. Para punir e recuperar um criminoso, é necessário um “corretivo suplementar”, ou seja, a tortura. E essa percepção fica evidente quando muitos detentos, ao tentar fugir de uma unidade prisional mas são impedidos ou recapturados, consideram legítimos os atos “corretivos” a que são submetidos.

Há, por conta dessa doutrina arrevesada, uma cultura permissiva e indulgente a abusos cometidos por servidores públicos contra as pessoas privadas de liberdade. Esse cenário mina o respeito à lei e contribui para a institucionalização dos abusos e das ilegalidades. Como se integrasse a cultura jurídica e política do país, a anormalidade termina sendo algo normal, insensibilizando a todos (ou a quase todos).

A Constituição Federal, que ordena toda a vida social, resultou de um pacto geral para pôr fim a um período de violência institucional. Toda sua estrutura normativa e política é voltada para a rejeição da violência (dignidade da pessoa humana, art. 1.º, III; construir uma sociedade livre, justa e solidária, art. 3.º, I; prevalência dos direitos humanos, art. 4.º, II; solução pacífica dos conflitos, art. 4.º, VII). O aparato constitucional gira em torno de

uma ampla proposta de pacificação dos costumes nacionais. Isso gerou uma aspiração à paz e à estabilidade na vida quotidiana. Se antes a obediência era obtida mediante a presença armada do Estado e de seus mecanismos coercivos (ou musculados), na nova ordem constitucional a expectativa era de que a persuasão pacífica e a obediência ponderada dessem as cartas. Nesse contexto, a prática *underground*/tolerada da tortura e de outros abusos (maus-tratos, penas cruéis e degradantes) é o ponto fora da curva que leva a uma institucionalização da violência advinda do Estado, o que enfraquece os valores consagrados na Constituição.

O desempenho de um Estado normal consiste, sobretudo, em obter dentro de seu território uma pacificação completa, que produza “tranquilidade, segurança e ordem” e crie, assim, a situação normal, requisito para que as normas jurídicas possam ter eficácia absoluta. Norma pressupõe situação normal, e nenhuma norma pode ter validade para uma situação que lhe é plenamente anormal<sup>35</sup>. Todo governo, independentemente da cor partidária, tem o dever não apenas de suprimir a violência injusta e ilegal como prover as condições que inibam o recurso à violência.

Não há fim racional, nenhuma norma, por mais correta que seja, nenhum programa, por mais exemplar que seja, nenhum ideal social, por mais belo que seja, nenhuma legitimidade ou legalidade que justifique o fato de que, por sua causa, os seres humanos possam ter sua integridade pessoal e dignidade violadas por outrem.

As causas dessa cultura permissiva são múltiplas e talvez encontrem guarida no fato da desigualdade social profunda, por existirem estratos sociais intocáveis ou usufrutuários de privilégios. Por que defender os “torturáveis”, se o estatuto jurídico é distinto do meu? Isso faz lembrar a lição clássica de Thomas Paine: “Quando os direitos dos homens são iguais, todos percebem que proteger os direitos do outro é a melhor proteção para si mesmos”.

---

35 SCHMITT, Carl, *O conceito do político/Teoria do Partisan*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 49.

Mas, para além da permissividade, o que torna o estudo da tortura no Brasil relevante é a recorrência da impunidade nesses crimes (Jesus, 2010, p. 20), a despeito de todas as denúncias de crimes de tortura divulgadas por vítimas, entidades da sociedade civil e organismos internacionais de defesa dos direitos humanos. E a impunidade é um dos fatores determinantes que explicam a continuidade da tortura no Brasil, pois, ao não condenar os responsáveis, a Justiça estaria aceitando (quicá com o mesmo grau de permissividade social) a tortura como uma prática tolerável dos agentes públicos. Talvez, por conta disso, seja certo dizer que ao lado da permissividade social se insinua uma permissividade institucional.

Essa impunidade e permissividade institucional têm seu berço na investigação da tortura, em que os agentes públicos incumbidos de proceder a uma apuração célere e imparcial, muitas vezes, apresentam uma cínica recusa em investigar, levando adiante um trabalho sumário, tardado e ineficiente. Uma investigação deficiente gera um processo criminal de responsabilização infrutífero, um círculo vicioso que desemboca na impunidade, sendo responsável pela continuidade da tortura no país como uma conduta clandestina socialmente aceita e institucionalmente tolerada.

## 10. Conclusão

Um aspecto saliente da sociedade ainda em processo de amadurecimento democrático é o frequente abuso de poder, que num *continuum* desemboca em profundas violações dos direitos fundamentais: o abuso de autoridade passa por uma infinidade de crimes (maus-tratos, lesão corporal, constrangimento ilegal, prevaricação etc.) para chegar à tortura. É impossível se manter impassível, indiferente ou pairar no altiplano estéril das discussões bizantinas quando, diariamente, nas ruas das cidades, nos centros de detenção e de unidades prisionais muitas pessoas são

torturadas, submetidas a maus-tratos ou a tratamentos degradantes. A erradicação da tortura é passo decisivo e absolutamente necessário em qualquer meio social (e político) que aspira assegurar os direitos humanos e zelar pela felicidade de sua população. Uma ordem política, como asseguram os mais básicos ensinamentos da ciência política, só é viável quando não se apoia exclusivamente na violência.

Não há outro caminho para concretizar o objetivo constitucional fundamental de uma “sociedade solidária” (art. 3.º, I, CF), fraterna e igualitária a não ser pela procura e pelo respeito à dignidade do indivíduo (art. 1.º, III, CF) em qualquer transe e sob as mais especiais circunstâncias. É inadmissível, portanto, que sob esse monumento libertário, de justiça, de tolerância, de não violência e de respeito pelo outro, se infiltrem as práticas abusivas, a violência e a tortura. Não há nenhum fim racional, nenhuma norma, por mais correta que seja, nenhum programa, por mais exemplar que seja, nenhum ideal social, por mais belo que seja, nenhuma legitimidade ou legalidade que justifique o fato de que, por sua causa, os seres humanos possam ter sua integridade pessoal e dignidade violadas por outrem.

Sem um quadro mínimo de garantias de uma estrutura básica e fundamental de direitos e de mecanismos efetivos de proteção não é possível falar em um projeto de justiça viável. Em nenhuma época sociedade alguma está mais próxima da violência do que aquela em que a experiência diária dos cidadãos é preenchida por uma vida decepcionada ou frustrada pela negação de paz, tranquilidade e segurança que tinham sido convidados a sonhar. Assim, é precisante a insistência na natureza humanista de nossa Constituição que pode fazer da sociedade atual o ponto de referência. A visão da sociedade centrada na força e no medo deve morrer pelas mãos do Direito e da Justiça, a imagem da sociedade atemorizada também é defunta, do ponto de vista de um sistema de segurança pública calcado na dignidade do indivíduo.

É difícil no projeto de justiça esse anseio por erradicar de nossos costumes a terrível prática da tortura? Sim, sem dúvida. Mas a dificuldade não pode servir de desculpa para a convivência, a tolerância, a indiferença, a omissão. As dificuldades devem funcionar como energia impulsionadora desse projeto. Afinal, um sopro só se torna som quando é obrigado a passar através de um cano apertado.

Como diz a pesquisadora chilena Paz Rojas<sup>36</sup>, a persistência e o agravamento cotidiano da tortura em diferentes regiões do mundo obrigam a vê-la detidamente, tirá-la do silêncio e da realidade *underground*, elevá-la à categoria de uma patologia de origem humana (só o homem pratica tortura), endêmica e perversa, da qual cada pessoa deve fazer-se responsável pela sua erradicação definitiva.

## 11. Referências

ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA (APT). *Custódia policial. Guia prático de monitoramento*. Genebra, 2013. Disponível em: [https://www.apr.ch/content/files\\_res/custodia\\_policial\\_pt-.pdf](https://www.apr.ch/content/files_res/custodia_policial_pt-.pdf). Acesso em: 31.5.2018.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.

BARCELLOS, Caco. *Rota 66. A história da polícia que mata*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

BEYNON, Jonathan. *Investigação médica e documentação sobre tortura*. In: [http://www.dbnet.org.br/dados/manuais/a\\_pdf/manual\\_tortura\\_invest\\_medica.pdf](http://www.dbnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_tortura_invest_medica.pdf). Acesso em: 30.4.2018.

---

36 ROJAS, Paz. Área médica y rehabilitación. In: ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA (APT). *Prevenir la tortura: un desafío realista*. Ginebra:APT, 1995, p. 204.

BENEVIDES, Maria Vitória. *Violência, povo e polícia: violência urbana no noticiário da imprensa*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

BINDER, Alberto. *Administración de Justicia*. In: ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA (APT). *Prevenir la tortura: un desafío realista*. Ginebra: APT, 1995, p 184-188.

BORGES, José Ribeiro. *Tortura. Aspectos históricos e jurídicos*. Campinas-SP: Romana, 2004.

BURIHAN, Eduardo Arantes. *A tortura como crime próprio*. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2008.

CARRANZA, Elías. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delicuyente (ILANUD). In: ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA (APT). *Prevenir la tortura: un desafío realista*. Ginebra:APT, 1995.

CARVALHO CAMPOS, Roberto Augusto de.; ARAÚJO, Virginia Novaes Procópio de. O ato médico no crime de tortura. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 409-447.

D'ORS, Álvaro. *Bien común y enemigo público*. Madrid:Marcial Pons, 2002.

DOUGLAS, Roger. *Law, Liberty, and the Pursuit of Terrorism*. University of Michigan Press, 2014.

FERNANDES, Ana Maria Babette Bajer.; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aspectos jurídico-penais da tortura*. São Paulo: Sarai-va, 1982.

FOLEY, Conor. *Combate à tortura. Manual para magistrados e membros do Ministério Público*. 2003. In: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/Manual-Combate\\_Tortura\\_magistrados\\_mp.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/Manual-Combate_Tortura_magistrados_mp.pdf). Acesso em: 23.5.2018.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Graal, 14 ed.

GASPARI, Élio. *A ditadura escancarada. Volume I*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

JURICIC, Paulo. *Crime de tortura*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

KEEDY, Edwin R. *The third degree and legal interrogation of suspects*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 85, n. 8, 1937, p. 751-777.

LIZANDRA, Vicente Grima. *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

MALUF, Said. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: sugestões literárias, 8 ed., 1974.

MCMAHAN, Jeff. *Torture, Morality, and Law*. Case Western Reserve Journal of International Law, 2006, Vol. 37, p. 241-248.

MILES, S.H. *Oath Betrayed: America's Torture Doctors*. Berkeley and Los Angeles/California: University of California Press, 2. ed., 2009.

PEEL, Michael; LUBELL, Noam; BEYNON, Jonathan. *Investigação médica e documentação sobre tortura*. Centro de Direitos Humanos, Grã-Bretanha: Universidade de Essex, 1 ed., 2005. Disponível em: [http://www.dbnet.org.br/dados/manuais/a\\_pdf/manual\\_tortura\\_invest\\_medica.pdf](http://www.dbnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_tortura_invest_medica.pdf). Acesso em: 30.4.2018.

PELLEGRINO, Hélio. *A tortura política*. Jornal do Brasil, Caderno B, de 18.4.1985.

PROTOCOLO DE ISTAMBUL. Nações Unidas. Nova Iorque/Genebra, 2001. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a\\_pdf/manual\\_protocolo\\_istambul.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf). Acesso em: 22.8.2018.

---

REYES, Hernán. *The worst scars are in the mind: psychological torture*. International Review of the Red Cross, Vol. 89, n. 867, 2007, p. 591-617.

ROJAS, Paz. *Area médica y rehabilitación*. In: ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA (APT). *Prevenir la tortura: un desafío realista*. Ginebra:APT, 1995, p. 195-204.

SCHABAS, William A. *The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals*. Case Western Reserve Journal of International Law, 2006, Vol. 37, p. 349-364.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político/Teoria do Partisan*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SIMON, Robert I. *Homens maus fazem o que homens bons sonham: um psiquiatra forense ilumina o lado escuro do comportamento humano*. Tradução de Laís Andrade e Rafael Rodrigues Torre. Porto Alegre: Artmed, 2009.

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

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Tradução de Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Artigo recebido em: 10/9/2018

Artigo aprovado em: 10/1/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20190014

