

# De Jure

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

Alexandra Fátima Saraiva Soares  
David Elias Cardoso Camara  
Felipe Rodrigues de Siqueira  
Heloísa Gomes Negrão  
Karla Thais Nascimento Santana  
Larissa Kovalski Penharbel  
Layssa Xavier Fonseca  
Luis Fernando de Morais Silva  
Normelia Miranda  
Pedro Nilson Moreira Viana  
Sanges Morais dos Santos  
Thais Lamim Leal Thomaz

# 37



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Endereço/Address:  
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar  
Santo Agostinho - Belo Horizonte, MG - Brasil  
CEP: 30170-008  
[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. 21, n. 37, jan./jun. 2023. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /  
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2023.

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 de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição, de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista e gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação 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 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 e em áreas afins.

## 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 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, defensores públicos, advogados, pesquisadores, professores, estudantes e tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor, operadores do Direito em geral.

## COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte. A *De Jure* requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da revista, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

## INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Informação em Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A *De Jure* também recebeu 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.

# 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 in the area of Law and related areas.

## 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 and related areas;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due ot the identification of environmental trends and transformation.

## TARGET AUDIENCE

*De Jure* is intended for an audience of members of the Public Ministry, judges, public defenders, lawyers, researchers, professors, students and highly qualified decision makers who work in the administration area of public, private and third sector organizations, operators of law in general.

## COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their 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.

# DE JURE

## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**  
Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior

**DIRETORA DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**  
Procuradora de Justiça Elaine Martins Parise

**COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**  
Promotor de Justiça Pablo Gran Cristóforo

**SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO**  
Tereza Cristina Santos Barreiro

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

**EDITORA RESPONSÁVEL**  
Procuradora de Justiça Elaine Martins Parise

**CONSELHO EDITORIAL**  
Promotora de Justiça Ana Letícia Martins de Souza  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Doutor  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Procuradora de Justiça Elaine Martins Parise  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotora de Justiça Giselle Luciane de Oliveira Lopes Viveiros Melo, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotor de Justiça Guilherme Roedel Fernandez Silva, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotora de Justiça Luciana Imaculada de Paula, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotor de Justiça Marcelo de Oliveira Milagres, Doutor  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

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

Promotor de Justiça Pablo Gran Cristóforo, Mestre  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotora de Justiça Vanessa Fusco Nogueira Simões, Doutora  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Prof. Dr. Antonio Gidi (Universidade de Houston, Houston/Estados Unidos)  
Prof. Dr. Antonio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasília/Brasil)  
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)  
Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/Brasil)  
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidade de Alcalá, Alcalá/Espanha)  
Profa. Me. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo/Brasil)  
Prof. Dr. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília/Brasil)  
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidade Nacional Autônoma do México, Cidade do México/México)

Prof. Dr. Eduardo Martínez Alvarez (Universidade do Museu Social Argentino, Buenos Aires/Argentina)  
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Ministério Público Federal, São Paulo/Brasil)  
Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil)  
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Consultor Legislativo do Senado Federal, Brasília/Brasil)  
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador Sênior do Centro de Estudos Sociais, Coimbra/Portugal)  
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília/Brasil)  
Prof. Dr. José Roberto Marques (Faculdade de Direito de Franca, Franca/Brasil)  
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidade de Huelva, Huelva/Espanha)  
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil)  
Prof. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (Universidade Paranaense, Umuarama/Brasil)  
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto/Brasil)  
Prof. Dr. Luciano José Alvarenga (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Dr. Luis María Desimoni (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Buenos Aires/Argentina)  
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Junior (Universidade Paranaense, Umuarama/Brasil)  
Prof. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/Brasil)  
Prof. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brasil)  
Prof. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, São Paulo/Brasil)  
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra/Portugal)  
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brasil)  
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil)  
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Dra. Rosania Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Dr. Rosemíro Pereira Leal (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Bolonha, Bolonha/Itália)

#### **EDITORACÃO**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Raquel Diniz Guerra

#### **REVISÃO**

Larissa Vasconcelos Avelar  
Luiz Carlos Freitas Pereira  
Renato Felipe de Oliveira Romano

#### **CAPA**

Rafael de Almeida Borges

#### **PROJETO GRÁFICO**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Rafael de Almeida Borges

#### **DIAGRAMAÇÃO**

Rafael de Almeida Borges

#### **TRADUÇÃO**

Alessandra de Souza Santos  
Deborah Coelho de Andrade (atualização)

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

Prof. Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Dr. Bráulio Lisboa Lopes (Advocacia-Geral da União, Brasília/Brasil)  
Prof. Dr. Carlos Alberto Valera (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Me. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Dr. Joseli Lima Magalhães (Universidade Federal do Piauí, Teresina/Brasil)  
Prof. Dr. Leonardo Costa de Paula (Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda/Brasil)  
Prof. Dr. Marco Aurélio Nogueira (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Dr. Renato Franco de Almeida (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Dr. Ricardo Ferreira Sacco (Universidade Fumec, Belo Horizonte/Brasil)  
Prof. Dra. Thais Amoroso Paschoal Lunardi (Universidade Estadual Paulista, Franca/Brasil)

# DE JURE

## PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

### ATTORNEY-GENERAL

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

### DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Elaine Martins Parise

### PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Pablo Gran Cristóforo

### SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Tereza Cristina Santos Barreiro

### DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

João Paulo de Carvalho Gavidia

### CHIEF EDITOR

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Elaine Martins Parise

### EDITORIAL BOARD

Minas Gerais State Prosecutor Ana Letícia Martins de Souza  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, PhD  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Elaine Martins Parise  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Giselle Luciane de Oliveira Lopes Viveiros Melo, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Guilherme Roedel Fernandez Silva, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Luciana Imaculada de Paula, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Marcelo de Oliveira Milagres, PhD  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

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

Minas Gerais State Prosecutor Pablo Gran Cristóforo, MA  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Vanessa Fusco Nogueira Simões, PhD  
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Prof. Antonio Gidi, PhD (Universidade de Houston, Houston/USA)

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

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

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

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

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

Prof. Dermeval Farias Gomes Filho, PhD (Distrito Federal e Territórios Prosecutor – Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília/Brazil)



Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidade Nacional Autónoma do México, Mexico City/Mexico)  
Prof. Eduardo Martínez Alvarez, PhD (Universidade do Museu Social Argentino, Buenos Aires/Argentina)  
Prof. Elton Venturi, PhD (Federal Prosecutor – Ministério Público Federal, São Paulo/Brazil)  
Prof. Emerson Garcia, PhD (Rio de Janeiro State Prosecutor – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brazil)  
Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Legislative Consultant – Senado Federal, Brasília/Brazil)  
Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretti, PhD (Senior Researcher – Centro de Estudos Sociais, Coimbra/Portugal)  
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília/Brazil)  
Prof. José Roberto Marques, PhD (Faculdade de Direito de Franca, Franca/Brazil)  
Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidade de Huelva, Huelva/Spain)  
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brazil)  
Prof. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, PhD (Universidade Paranaense, Umuarama/Brazil)  
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto/Brazil)  
Prof. Luciano José Alvarenga, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Buenos Aires/Argentina)  
Prof. Luiz Manoel Gomes Junior, PhD (Universidade Paranaense, Umuarama/Brazil)  
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/Brazil)  
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brazil)  
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, São Paulo/Brazil)  
Prof. Mário Frota, PhD (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra/Portugal)  
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brazil)  
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brazil)  
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. Rosania Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. Vittorio Manes, PhD (Universidade de Bolonha, Bologna/Italy)

#### **EDITING**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Raquel Diniz Guerra

#### **PROOF READING**

Larissa Vasconcelos Avelar  
Luiz Carlos Freitas Pereira  
Renato Felipe de Oliveira Romano

#### **COVER**

Rafael de Almeida Borges

#### **GRAPHIC PROJECT**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Rafael de Almeida Borges

#### **LAYOUT**

Rafael de Almeida Borges

#### **TRANSLATION**

Alessandra de Souza Santos  
Deborah Coelho de Andrade (atualização)

#### **COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE**

Prof. Addressa de Oliveira Lanchotti, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. Bráulio Lisboa Lopes, PhD (Advocacia-Geral da União, Brasília/Brazil)  
Prof. Carlos Alberto Valera, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho, MA (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. Joseli Lima Magalhães, PhD (Universidade Federal do Piauí, Teresina/Brazil)  
Prof. Leonardo Costa de Paula, PhD (Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda/Brazil)  
Prof. Marco Aurélio Nogueira, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. Renato Franco de Almeida, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. Ricardo Ferreira Sacco, PhD (Universidade Fumec, Belo Horizonte/Brazil)  
Prof. Thais Amoroso Paschoal Lunardi, PhD (Universidade Estadual Paulista, Franca/Brazil)

# PREFÁCIO

Com nossos agradecimentos a todos os autores, avaliadores e editores que fizeram emergir a 37ª edição da *Revista De Jure*, convidamos os interessados a navegarem pelas profícuas páginas que a compõem.

Ressaltando nosso compromisso com o desenvolvimento acadêmico e com a disseminação do conhecimento, asseguramos que as páginas que seguem resultaram do especial empenho dedicado à confecção deste número. Após meses de suspensão das atividades da Revista, a presente edição é motivo de peculiar contentamento, uma vez que constitui símbolo da nossa retomada, depois da pausa necessária para modernização da nossa plataforma.

Em meio a esse cenário inovador, o Ceaf tem a satisfação de informar que a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), fundação subordinada ao Ministério da Educação, publicou a nova avaliação de publicações científicas de seu sistema Qualis. O resultado ressalta o avanço da *De Jure*, que passou à classificação B3 em suas três áreas avaliadas: "Direito", "Interdisciplinar" e "Ciência Política e Relações Internacionais".

A relevância e o alcance doutrinário dos pensamentos expostos nos artigos, combinados com a dedicação e a competência de todos os envolvidos na construção deste exemplar, faz dele motivo de orgulho para o Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Fruto dessa caminhada vitoriosa, e construída sobre plataforma remodelada e moderna, afirma-se, sem medo de errar, que esta 37ª edição, por si só, é convite sedutor para todos os interessados na edificação do saber.

**Elaine Martins Parise**

Procuradora de Justiça  
Diretora do Centro de Estudos e  
Aperfeiçoamento Funcional do  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

# APRESENTAÇÃO

A 37ª edição da *Revista De Jure* chega em um momento importante de nossa história, uma vez que esforços redobrados fizeram-se na sua construção. Esta edição representa a consolidação de uma equipe editorial dedicada e competente, sempre ávida a fomentar a disseminação do conhecimento há anos buscados. Isso porque a plataforma da Revista tornou-se ainda mais alinhada com as atualizações trazidas pela era digital. Daí decorre o caráter especial da presente edição. Mantenedora do sempre presente sabor literário contido nas edições pretéritas, esta o reforça ainda mais. Na verdade, consolida a sua gênese. Tanto é assim, que o primoroso trabalho da equipe editorial da *De Jure* obteve o reconhecimento da Capes, por meio de nova avaliação da Qualis, que conferiu a classificação B3 às áreas avaliadas. Existem, portanto, motivos de sobra que nos convidam à leitura da Revista *De Jure*. Leiam com a certeza de que buscamos fazer o melhor.

**Jarbas Soares Júnior**

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

# COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

**ALEXANDRA FÁTIMA SARAIVA SOARES**

Doutora em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos

**DAVID ELIAS CARDOSO CAMARA**

Graduando em Direito

**FELIPE RODRIGUES DE SIQUEIRA**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

**HELOÍSA GOMES NEGRÃO**

Graduanda em Direito

**KARLA THAÍS NASCIMENTO SANTANA**

Advogada

**LARISSA KOVALSKI PENHARBEL**

Graduanda em Direito

**LAYSSA XAVIER FONSECA**

Advogada e Especialista em Compliance

**LUIS FERNANDO DE MORAIS SILVA**

Mestre em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos

**NORMELIA MIRANDA**

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

**PEDRO NILSON MOREIRA VIANA**

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça

**SANGES MORAIS DOS SANTOS**

Especialista em Direito Penal

**THAIS LAMIN LEAL THOMAZ**

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

# SUMÁRIO

**17 - 40**

Artigo

**O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/2015) E A (DES)PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO INCAPAZ**

THE STATUTE OF PERSONS WITH DISABILITIES (LAW 13.146/2015) AND THE (UN)PROTECTION OF THE INTERDICTED INTERESTS

FELIPE RODRIGUES DE SIQUEIRA  
NORMELIA MIRANDA

**41 - 65**

Artigo

**O PAPEL DO JUIZ DIANTE DA POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS PROCESSUAIS QUE VERSEM SOBRE A PRODUÇÃO PROBATÓRIA**

THE JUDGE'S ROLE FACING THE POSSIBILITY OF PROMOTING PROCEDURAL BUSINESS THAT DEAL WITH THE PROBATIVE PRODUCTION

LAYSSA XAVIER FONSECA

**66 - 90**

Artigo

**COMO AS NORMAS QUE ESTABELECEDORAS DE PADRÕES DE LANÇAMENTO DE ESGOTO EM MINAS GERAIS SE REVELARAM INCONSTITUCIONAIS E LEGALIZARAM O LANÇAMENTO DE MAIS POLUENTES NOS MANANCIAIS DE ABASTECIMENTO PÚBLICO DE ÁGUA**

HOW THE REGULATORY NORMS THAT ESTABLISH STANDARDS FOR SEWAGE DISCHARGE IN MINAS GERAIS STATE REVEALED UNCONSTITUTIONAL AND LEGALIZED LAUNCHING OF MORE POLLUTANTS IN WATERS SOURCES TO PUBLIC SUPPLY

ALEXANDRA FÁTIMA SARAIVA SOARES  
THAIS LAMIM LEAL THOMAZ  
LUIS FERNANDO DE MORAIS SILVA

**91 - 112**

Artigo

**CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO  
E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:  
UMA ANÁLISE DO ART. 52,  
INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL DE 1998**

DIFFUSE CONSTITUTIONALITY CONTROL AND CONSTITUTIONAL  
CHANGE: AN ANALYSIS OF ART. 52, ITEM X, OF THE  
1988 FEDERAL CONSTITUTION

KARLA THAÍS NASCIMENTO SANTANA

**113 - 137**

Artigo

**AS MANIFESTAÇÕES ARTÍSTICAS NO  
PERÍODO ELEITORAL X FAKE NEWS**

ARTISTIC MANIFESTATIONS IN THE ELECTORAL PERIOD X FAKE NEWS

SANGES MORAIS DOS SANTOS

**138 - 167**

Artigo

**O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
NO ÂMBITO INFRACIONAL E A  
RELEVÂNCIA DA REALIZAÇÃO  
DA OITIVA INFORMAL PARA  
A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS  
SOCIOEDUCATIVAS E PROTETIVAS**

THE PUBLIC PROSECUTOR'S ROLE IN THE INFRACIONAL  
AREA AND THE RELEVANCE OF THE INFORMAL HEARING FOR  
THE APPLICATION OF SOCIO-EDUCATIONAL MEASURES AND  
PROTECTIVE MEASURES

LARISSA KOVALSKI PENHARBEL  
HELOÍSA GOMES NEGRÃO



**168 - 188**

Artigo

**UM CONTRAPONTO DWORKINIANO  
À JUDICIALIZAÇÃO DA  
POLÍTICA PURA NO MUNDO  
A PARTIR DE RAN HIRSCHL:  
A LEGITIMIDADE E APTIDÃO  
DEMOCRÁTICA DO CONTROLE  
DE CONSTITUCIONALIDADE  
BRASILEIRO**

A DWORKINIAN COUNTERPOINT TO THE JUDICIALIZATION OF  
PURE POLICY IN THE WORLD FROM RAN HIRSCHL: A LEGITIMACY  
AND DEMOCRATIC APTITUDE FOR THE CONTROL OF BRAZILIAN  
CONSTITUTIONALITY

DAVID ELIAS CARDOSO CAMARA

PEDRO NILSON MOREIRA VIANA

**189 - 200**

**NORMAS DE SUBMISSÃO/PUBLICAÇÃO**

**17 - 40**

Artigo

**O ESTATUTO DA PESSOA COM  
DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/2015)  
E A (DES)PROTEÇÃO DOS  
INTERESSES DO INCAPAZ**

FELIPE RODRIGUES DE SIQUEIRA  
NORMELIA MIRANDA

# O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/2015) E A (DES)PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO INCAPAZ

THE STATUTE OF PERSONS WITH DISABILITIES (LAW 13.146/2015)  
AND THE (UN)PROTECTION OF THE INTERDICTED INTERESTS

FELIPE RODRIGUES DE SIQUEIRA

Analista Jurídico

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte | Brasil  
feliperodrigues@mpmg.mp.br

NORMELIA MIRANDA

Oficial do MPMG

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte | Brasil  
normelia@mpmg.mp.br

**RESUMO:** Este estudo se dedica à análise dos efeitos da alteração do regime jurídico das incapacidades com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tal desiderato dá ênfase à “humanização” promovida na interdição, para identificar se o novo regime é mais eficaz aos interesses mais prementes do incapaz na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, sem que a expansão dos direitos do deficiente gere distorções no próprio sistema da assistência como medida protetiva para toda e qualquer situação de deficiência, em contraposição ao antigo regime.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estatuto da Pessoa com Deficiência. Capacidade Civil. Atribuição de Curatela.

**ABSTRACT:** This study is dedicated to the analysis of the effects of the change in the legal disability regime with the entry into force of the Statute for Persons with Disabilities. To that end, the emphasis will be on the “humanization” promoted in the interdiction procedure, to identify whether the new regime is more effective to the most pressing interests of the incapable in the realization of the principle of dignity of the human person, without the expansion of the rights of the disabled is linked to protective measure for any and all situation of disability, as opposed to the old regime.

**KEYWORDS:** Statute of Persons with Disabilities. Civil Capacity. Assignment of Interdiction.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A capacidade do Código Civil. 2.1 Da personalidade jurídica. 2.2. Os absolutamente e os relativamente incapazes. 2.3. Dos instrumentos de proteção do incapaz. 3. Do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). 3.1. Da igualdade material. 3.2. Da modificação do Regime das incapacidade no Código Civil de 2002. 3.3. Da humanização do procedimento de atribuição de curatela. 4. Das críticas ao Novo Regime das Incapacidades. 4.1. O EPD efetiva a dignidade da pessoa humana? 4.2. Da (des)proteção do curatelado e o Regime da Incapacidade Relativa. 4.3. Da defesa do Regime das Incapacidades implementado pelo EPD. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

A capacidade de direito é atributo indispensável à aptidão para adquirir direitos e contrair deveres, garantia de certo modo ainda recente, mas que foi conquistada a duras penas quando se considera que há pouco mais de um século havia seres humanos tratados como objeto e não como sujeitos de direitos.

A personalidade jurídica, que corresponde à aptidão genérica para aquisição de direitos e deveres, veio enunciada no primeiro dispositivo legal do Código Civil brasileiro ao prescrever que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Não obstante, há no outro vértice do atributo capacidade civil que não se confunde com a personalidade, mas a complementa. Nesse aspecto, distintamente da personalidade, que é genérica, a capacidade de fato ou de exercício não é atributo de toda e qualquer pessoa, já que a lei exerce papel fundamental ao determinar quem a possui e quais são os efeitos dessa determinação.

No Brasil, desde o Código Civil de 2002, a matéria das capacidades foi tratada genericamente de modo que, com o passar dos anos, precisou ampliar o espectro de situações a fim de promover de forma efetiva a inclusão social daqueles que, por opção legal, estão limitados em sua capacidade de exercício. A genérica antiga fórmula, determinada simplesmente por critérios abstratos e objetivos, sem atentar para as peculiaridades de cada caso, acabou por minar a própria personalidade jurídica daqueles que não têm capacidade plena, o que transformou o instrumento de proteção em um limitador arbitrário de direitos.

A perspectiva de corrigir a impropriedade do tratamento igual a pessoas distintas exsurge no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 6 de julho de 2015) mormente por considerar que a limitação dos direitos deve ocorrer em caráter excepcionalíssimo, sujeitando-a, ainda, a uma cláusula geral a ser aplicada em cada caso concreto submetido à apreciação do juiz.

Não restam dúvidas de que o Estatuto da Pessoa com Deficiência supriu uma imensa lacuna no direito brasileiro ao regulamentar e garantir direitos há muito tempo conquistados, como é o da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, também incorporado ao ordenamento pátrio por meio do Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Registre-se, contudo, que, embora a Constituição e a Convenção de Direitos Humanos já previssem os direitos dos incapazes, havia a necessidade de regulamentação do instituto, haja vista que o Código Civil de 2002 o havia feito de forma escassa.

Em se tratando do tema incapacidades, a Lei 13.146/2015, em princípio, revogou os incisos do art. 3.º do Código Civil de 2002, em cujo *caput* consta que só os menores de 16 anos são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. As hipóteses revogadas passaram a ser de incapacidade relativa, conforme o art. 4.º, I e II, além do parágrafo único do mesmo diploma legal.

A modificação, que à primeira vista parece superficial, em verdade promoveu mudança no regime das incapacidades, mormente no processo de atribuição de curatela. Mas pergunta-se: diante da ampliação da capacidade de exercício de direitos destinada ao incapaz promovida pela Lei 13.146/2015, existe de fato a proteção a essa personalidade jurídica?

A discussão é pertinente porquanto o objetivo da norma é a proteção dos interesses daqueles que, por algum tipo de deficiência, merecem um tratamento jurídico que compatibilize a situação peculiar ao princípio da dignidade da pessoa humana que a todos se dirige indistintamente.

---

## 2. A capacidade no Código Civil

### 2.1. Da personalidade jurídica

Conforme Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 182), a ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano, o que exprime uma conquista da civilização jurídica. Registra, porém, que essa realidade já foi bem distinta. No direito romano, por exemplo, o escravo era tratado como coisa, era desprovido da faculdade de ser titular de direitos, e na relação jurídica ocupava a situação de seu objeto, e não de seu sujeito.

No direito brasileiro, a ideia da concessão de personalidade a todo ser humano vigorou mesmo ao tempo da escravidão, muito embora o regime jurídico do escravo não o equiparasse ao homem livre, situação distinta do pressuposto de universalidade em que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (artigo 1.º do Código Civil de 2002).

Superada essa fase de desigualdade de tratamento, outro aspecto a considerar é o que vem a ser, de fato, a personalidade diante da generalidade do dispositivo legal supracitado. Segundo Flávio Tartuce (2017, p. 113), a personalidade representa a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões daquilo que a pessoa é tanto no plano corpóreo quanto no social.

Nesse ponto, a personalidade não depende da consciência ou da vontade do indivíduo. O recém-nascido, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que se desliga do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade ou de reação psíquica, são pessoas e, por isso mesmo, dotadas de personalidade, atributo inseparável do ser humano dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de

qualquer requisito psíquico e dele inseparável. (SILVA PEREIRA, Caio Mário da., op. cit., p. 183)

Intimamente ligada ao atributo da personalidade jurídica está a capacidade civil, elemento que se consubstancia na aptidão para adquirir e exercer direitos. Contudo, não basta conferir direitos sem os instrumentos disponíveis para distinguir a capacidade em dois aspectos: a de direito que se confunde com o próprio conceito da personalidade jurídica (art. 1.º do CC/2002) e a capacidade de fato, relacionada ao exercício por si próprio dos atos da vida civil.

Conforme Flávio Tartuce (2017, p. 113), toda pessoa tem capacidade não necessariamente de fato, pois lhe pode faltar a consciência sã para o exercício dos atos de natureza privada. Mas de maneira alguma a capacidade de direito pode ser negada. Pode somente sofrer restrições quanto a seu exercício e, por consequência, exigir-se um tratamento distinto a pessoas em situações peculiares a fim de lhes garantir a isonomia material e os direitos da personalidade a elas inerentes.

Aqueles indivíduos sem requisitos materiais para autonomia na esfera civil, embora possuidores de capacidade de direito, necessitam da intervenção de outra pessoa que os representem ou assistem para intermediar as diversas situações jurídicas do cotidiano em que exercem os atos da vida civil. A inaptidão verificada, em caráter excepcional, presume capacidade civil plena, reservando-se à lei os casos em que a capacidade de fato deva ser suprida pela intervenção de terceiro.

A incapacidade consiste na restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser sempre encarada estritamente dentro do princípio de que “a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção”. (DINIZ, Maria Helena. 2010, p.12)

## 2.2. Os absolutamente e os relativamente incapazes

Da necessária distinção atribuída ao duplo aspecto da capacidade civil, é preciso que se analisem as exceções. No ordenamento jurídico, toda pessoa tem capacidade civil plena, ressalvadas as hipóteses em que a própria lei determina a ausência da capacidade civil de fato e, por conseguinte, confere os instrumentos necessários para integrar os direitos da personalidade inerente a qualquer indivíduo.

Nesse contexto, socorre a sistemática das incapacidades prevista originariamente pelo Código Civil e modificada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, citados por Flávio Tartuce (op. cit., p. 121),

[...] detecta-se uma disparidade injustificável, verdadeiro despatério jurídico. Afasta um sujeito da titularidade de seus direitos, obstando-lhe a prática de quaisquer atos da vida civil, concedendo-lhe tutela tão somente aos interesses patrimoniais, a ser efetivada por intermédio de terceiros (o representante legal), relegando a segundo plano os seus interesses existenciais. Daí a necessidade premente de dedicar-se a proteção jurídica à pessoa humana sob a perspectiva do que ela é, e não pela ótica do que ela tem.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) é consequência do Decreto-Lei 6.949/2009, status de norma constitucional aprovado pelo procedimento previsto no art. 5.º, §3.º, Constituição da República Federativa do Brasil, depois das críticas e da fundamental contribuição da Convenção de Nova Iorque, de cujo Tratado Internacional de Direitos Humanos o Brasil é signatário. Registre-se que havia no ordenamento jurídico brasileiro a dicotomia absolutamente incapaz e relativamente incapaz, mas os efeitos tinham como escopo principal a proteção patrimonial dos incapazes, sem nada mencionar acerca dos direitos existenciais inerentes à dignidade da pessoa humana.



### 2.3. Dos instrumentos de proteção do incapaz

Antes da entrada em vigor da Lei 13.146/2015, a finalidade precípua era a proteção patrimonial dos incapazes em maior ou menor medida do tipo de incapacidade (absoluta ou relativa) para a invalidade dos negócios jurídicos sobre os quais repercutia diretamente a assistência e a representação.

Sem exaurir o tema extremamente amplo e complexo, é possível identificar a distinção fundamental entre os absolutamente incapazes, cujos atos praticados sem representação são eivados de nulidade absoluta, e os relativamente incapazes, cujos atos praticados, sem a participação do assistente, ensejam a nulidade relativa.

Inferese, pelo sistema das incapacidades do Código Civil de 2002, que será nulo de pleno direito o ato praticado sem a devida integração de sua capacidade civil. Nesse caso, a norma denominou representante o terceiro responsável pela integração da capacidade civil daquele tido pela lei como absolutamente incapaz. Lateralmente, a lei conferiu ao terceiro que integra a capacidade civil do relativamente incapaz a denominação assistente, cuja ausência enseja consequências menos graves ao negócio jurídico praticado.

Para além da caracterização do instituto da assistência e da representação que serve à proteção em menor ou em maior grau de intensidade, a depender do caso, surge o questionamento acerca de qual é a proteção realmente efetiva à situação peculiar de cada indivíduo qualificado pela norma como incapaz.

Nesse ponto, deve-se ampliar a análise acerca dos efeitos da nulidade absoluta atribuída aos atos praticados pelo incapaz, sem a devida representação, em comparação com os efeitos decorrentes da nulidade relativa, atribuída à prática dos atos da vida civil pelo relativamente incapaz, sem a devida assistência.

Em linhas gerais, a nulidade absoluta atinge interesse público superior. Opera de pleno direito, não admite confirmação, e pode ser arguida tanto pelas partes quanto pelos terceiros interessados, pelo Ministério Público, ou até mesmo pronunciada de ofício pelo juiz. A nulidade é decidida por sentença de natureza declaratória de efeitos *ex tunc*, e não se sujeita a prazo prescricional ou decadencial. Ou seja, aquele qualificado como absolutamente incapaz está protegido pela nulidade do ato praticado sem a presença do representante.

No caso do relativamente incapaz, sem a devida assistência, os efeitos do ato anulável praticado são: o atingimento de interesses particulares não opera de pleno direito; admite confirmação expressa ou tácita arguida pelos legítimos interessados; a ação anulatória tem natureza desconstitutiva de efeitos *ex tunc*, e somente pode ser arguida pela via judicial, em prazos decadenciais de quatro anos (regra geral) ou em dois anos, caso inexistir previsão de prazo pela lei. (GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, 2012, p. 386-387)

Feita tal distinção, não há dúvidas de que, pelo menos em relação aos direitos negociais, a nulidade absoluta tem o condão de aferir maior segurança àquele qualificado pela norma como absolutamente incapaz. Sob a égide do Código Civil de 2002, fica clara a graduação do tratamento destinado aos incapazes com ênfase apenas na capacidade para o exercício dos direitos negociais, totalmente alheios que são aos direitos de ordem existencial.

### **3. Do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015)**

#### **3.1. Da igualdade material**

Sobre os efeitos e instrumentos de proteção inerentes ao regime de incapacidades, sob a égide do Código Civil de 2002, é possível analisar os principais aspectos modificadores e inovadores do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

---

Para suprir lacuna no ordenamento brasileiro civil eminentemente patrimonialista, que havia deixado de lado a proteção dos direitos existenciais das pessoas com deficiência, a Lei 13.146/2015 efetuou profundas mudanças e assegurou de modo mais incisivo uma série de direitos fundamentais.

Um dos dispositivos do Estatuto que merecem destaque é o *caput* do artigo 84, o qual prevê que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015, p. 1.599)

Além disso, o artigo 85 do Estatuto enuncia de forma inovadora que o regime das incapacidades não afetará os atos relacionados aos direitos existenciais daquele submetido à curatela de lhe assegurar a preservação do direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Cristiano Chaves de Farias comenta que as situações existenciais estão excluídas da curatela porque defluem da intrínseca humanidade da própria personalidade do titular. Por isso, a curatela somente alcança atos de índole econômica, como os negócios jurídicos de disposição patrimonial relativos a compra e venda, a doação, a empréstimo, a assunção de dívidas, a transferência de bens e direitos etc., que serão nulos ou anuláveis a depender do grau de incapacidade.

Os atos personalíssimos (*intuito personae*) somente podem decorrer da vontade direta e irrestrita da pessoa, mesmo que esteja ela em situação de curatela. A curatela não pode ter o condão de retirar a própria esfera de vontades de um ser humano. Desejos, sonhos, aspirações, discordâncias, gostos são elementos decorrentes da essência humana, inclusive das pessoas sob curatela, porque o sistema jurídico a reputou incapaz. Impor representação ou assistência para a prática de atos personalíssimos (existenciais) por uma pessoa curatelada importaria,

em última análise, em verdadeira pena de banimento (FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op. Cit., p. 244/245).

Embora o Estatuto tenha previsto tais garantias no intuito de efetivar a igualdade material às pessoas com deficiência, ressalva-se a possibilidade de limitação de direitos existenciais específicos nos casos em que a ausência de discernimento para a prática de determinado ato lhe seja prejudicial ou atinja a terceiros.

### **3.2. Da modificação do Regime das Incapacidades no Código Civil de 2002**

Tanto no regime anterior do Código Civil de 2002 quanto na forma ainda mais evidente da sistemática atual, a qualificação da incapacidade civil da pessoa, bem como a imposição de sua curatela, reclama interpretação restritiva, sendo impossível maximizar as hipóteses de incapacidade para atingir situações não previstas em lei.

Aos artigos 3.º e 4.º do Código Civil de 2002 cabia o papel de estabelecer as hipóteses em que não deveria ser conferida a aptidão genérica para praticar atos da vida civil pessoalmente, criando-se uma gradação em relação à capacidade civil. Entretanto, conforme Cristiano Chaves *et al*, esses diferentes graus de incapacidade fazem referência, a toda evidência, à possibilidade ou não de exercício direto e pleno de direitos pelo próprio titular, e não à aptidão para ser titular de relações jurídicas cuja capacidade de direito não admite gradações. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2015. p. 874)

O que rompe essa base distintiva de efeitos diversos é o art. 114 do EPD ao alterar os artigos 3.º e 4.º do Código Civil (a única incapacidade absoluta é para o menor de 16 anos, sendo relativa as demais situações de incapacidade, exceto a do deficiente

mental). Hoje, o deficiente mental é considerado capaz pelo art. 6.º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. O Estatuto, frise-se, retirou as pessoas com deficiência do rol dos absolutamente incapazes e dos relativamente incapazes. (CARDOSO, Elisa Caixeta. 2019, p. 56)

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotado, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Não é mais possível se falar em incapacidade civil absoluta de pessoas maiores de 16 anos. Conseqüentemente, extingue-se do ordenamento jurídico a representação legal de maiores e estende as hipóteses de assistência a toda e qualquer modalidade de atribuição de curatela. Como regra, a pessoa com deficiência deve ser tratada como plenamente capaz, o que contraria totalmente a redação original do Código Civil de 2002.

Cumpra anotar que o novo regime exige do aplicador do direito maior atenção sobre os efeitos de a incapacidade relativa serem bem mais brandos do que os da incapacidade absoluta. Contudo, sem negar o nobre esforço do legislador de conferir ao incapaz a autonomia de praticar os atos da vida civil em sua maior medida possível, não é difícil imaginar que em determinados casos a imposição de incapacidade relativa não será suficiente à proteção integral dos direitos do indivíduo que se apresenta em condições mais vulneráveis, o que, em parte, decorre da retirada do instrumento da representação legal do incapaz, que não mais atinge os maiores de 16 anos. Se por um lado o efeito drástico era retirar a autonomia do incapaz; por outro, conferia-lhe maior proteção, ainda que somente negocial.

### 3.3. Da humanização do procedimento de atribuição de curatela

É evidente que a entrada em vigor da Lei 13.146/2015, associada ao Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), promoveu relevantes alterações no procedimento da interdição, a começar pelo próprio designativo do instituto.

[...] com o ingresso da CDPD em nosso Direito interno, o vocábulo “interdição” é suprimido da ordem infraconstitucional, pois relaciona a curatela a um desproporcional processo de supressão de direitos fundamentais da pessoa, quando, na verdade, a curatela será funcionalizada à promoção da autonomia e da valorização das aspirações do sujeito privado total ou parcialmente de sua autodeterminação. De fato, o termo “interdição” remete a uma sanção civil de natureza punitiva contra uma pessoa que não praticou qualquer ato ilícito, apenas atendeu a interesses de familiares ou terceiros. Com a interdição não se forma qualquer programa de desenvolvimento da personalidade ou se consente a alguma forma concreta de participação na vida social pela pessoa, simplesmente apaga-se a luz sobre a individualidade [...] (ROSENVALD, Nelson. et al. Op. Cit., p.748-749).

A modificação para atribuir curatela não se restringiu à nomenclatura. Ao entrar em vigor, garantiu-se de forma mais enfática a participação do indivíduo submetido ao procedimento. Como substitutivo do antigo art. 1.182 do CPC/1973: “dentro do prazo de cinco dias contados da audiência de interrogatório, poderá o interditando impugnar o pedido”, o novo código deu espaço à audiência de entrevista, que, além do nome mais apropriado, faculta o acompanhamento por especialistas da área da saúde, bem como assegura o emprego de recursos tecnológicos para auxiliar o curatelado a expressar vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas (art. 751 do CPC, §§ 2.º e 3.º).

Verifica-se, pois, significativa humanização. O curatelado passou a deter o protagonismo em um resultado que deve visar a seu melhor interesse. Ao ampliar ainda mais o caráter protetivo do

incapaz, se o indivíduo submetido à curatela não contestar o pedido, obrigatoriamente um nomeado curador especial o fará. Além de se evitar a curatela, que tem caráter excepcionalíssimo, o curador à lide também se responsabilizará pela adequação aos limites impostos em caso de real necessidade da curatela, sendo-lhe facultado elaborar quesitos aos profissionais da saúde que realizarão o exame pericial e impugnar ou exigir condutas ativas daquele indicado como possível curador.

Ademais, a lei processual impõe ao juiz determinados requisitos imprescindíveis no caso de procedência do pedido de atribuição de curatela. Distintamente da completa ausência de parâmetros que havia no CPC/1973, a atual legislação processual prevê a necessária fixação dos limites da curatela ao estado e ao desenvolvimento mental do incapaz. Não há mais espaço ao antigo decreto de interdição, que se limitava a pronunciar a restrição de todo e qualquer ato a ser praticado pelo incapaz, sem a presença do curador e sem atender às peculiaridades do caso concreto.

O próprio comando legal obriga o julgador a considerar as potencialidades, habilidades, vontades e preferências do curatelado. Na sentença que decretar a interdição, o juiz: I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito; II - considerará as características pessoais do interdito. (Art. 755, CPC/1973)

Impende registrar que as alterações procedimentais viabilizam de modo concreto a norma material que exsurge da interpretação do art. 85 do Estatuto<sup>1</sup>, pois, além de anunciar que a curatela afetará somente os direitos de natureza patrimonial e negocial, também exige que a decisão minuciosamente fundamente o caráter excepcional da medida, o que garante efetivo respeito à dignidade do incapaz.

---

1 [...] § 2o - A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

## 4. Das críticas ao Novo Regime das Incapacidades

### 4.1. O EPD efetiva a dignidade da pessoa humana?

A norma é apenas um momento inicial de mudança espontânea de comportamentos tanto na relação vertical entre Estado-cidadão como na relação horizontal entre cidadãos para que, gradativamente, os princípios ali prestigiados sejam efetivados sem a necessidade de imposição judicial.

É claro que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) muito há a amadurecer no campo das políticas públicas e das relações entre particulares para que consiga a igualdade material e a dignidade dos incapazes tão valorizada pelo ordenamento jurídico. Aqui, porém, circunscreve-se aos aspectos abstratamente considerados pelo Estatuto.

Nesse ínterim, diversas críticas são extraídas da doutrina, a começar pela exclusão da hipótese legal introduzida no art. 3.º, inciso II, da lei civil, que previa como absolutamente incapaz aquele que sofre de deficiência mental.

[...] ao estabelecer, genericamente, que a deficiência (condição médica) não afeta a plena capacidade civil da pessoa (estado jurídico), o art. 6.º do EPD comprova o desconhecimento do legislador de que a teoria das capacidades, ao instituir diferentes estados de capacidade de fato, tem por objetivo proteger pessoas que precisam de especial proteção do ordenamento jurídico, e não as discriminar. Ademais, a redação do EPD trata de deficientes físicos e de deficientes mentais sem distinguir entre a natureza de suas deficiências, o que acaba por violar o princípio da igualdade - por desconsiderar desigualdades -, o que afeta a diferente atenção que cada grupo merece da ordem jurídica, em razão de suas peculiares características. Agora, se um portador de Alzheimer em grau avançado doar diversos de seus bens injustificadamente, ou adquirir diversos outros endividando-se, nada se poderá fazer para desfazer tais negócios, uma vez que, por se tratar de sujeitos capazes, cuida-se de atos jurídicos válidos [...]. (DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe., 2017. p. 58-59).



A par do nobre escopo de retirar o caráter discriminatório de que os deficientes sempre foram tratados como incapazes, os efeitos da modificação na lei, a princípio sutis, podem revelar grande retrocesso. Suprimir o *status* de incapaz do deficiente garante tão somente a igualdade formal de tratamento porquanto, para efetivar o princípio da dignidade, não se pode olvidar perseguir sempre a igualdade material.

Outro fator a considerar é a limitação da curatela tão somente aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial propalada no artigo 85 porque, à luz do caráter garantista da autonomia de todo e qualquer cidadão em relação aos próprios direitos existenciais, o legislador optou por retirar do instrumento da curatela a participação do curador para a prática dos atos personalíssimos do indivíduo a ela submetido.

A respeito, a clareza solar do artigo 85 *sub oculi* não deixa dúvidas: a curatela produz efeitos exclusivamente negociais e patrimoniais que restringem a atuação do curador em nível maior ou menor de representação ou de assistência. Todavia, nada impede que, em procedimentos judiciais de jurisdição voluntária (que não são taxativos), seja autorizada a prática de limitações de ordem existencial a pessoas inclusive com eventuais deficiências. Seria o caso de uma esterilização humana forçada de pessoas com compreensão reduzida do exercício de sua sexualidade ou de uma internação forçada por causa de deficiência psíquica. Ilustrativamente, uma pessoa, portadora ou não de deficiência, pode exprimir vontade, escapando ao conceito de incapacidade. Malgrado a absoluta capacidade jurídica, se padecer uma perfeita compreensão dos efeitos de sua sexualidade, com a iminência de sucessivas gestações, por exemplo, pode ser imposta uma esterilização forçada. (FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op. Cit., p. 245)

Cabe frisar que essa hipótese, mesmo diante da gravidade do caso, não é uma opção prevista em lei. Evidentemente, ao limitar a incidência da curatela sobre os atos exclusivamente patrimoniais e negociais, não se abre qualquer exceção à ingerência sobre os direitos de natureza existencial da pessoa submetida à curatela.

#### **4.2. Da (des)proteção do curatelado e o Regime da Incapacidade Relativa**

Outra mudança do Estatuto da Pessoa com Deficiência é considerar apenas relativamente incapaz qualquer pessoa que necessite passar pelo procedimento de atribuição de curatela, visto que a hipótese de incapacidade absoluta permaneceu somente aos menores de 16 anos.

O que antes era incapacidade absoluta pelo art. 4.º do CC/2002, foi transferido para incapacidade relativa, caso daquele que, por causa transitória ou permanente, não podia exprimir sua vontade.

[...] Eis aqui outra incoerência gerada pela nova lei. Se relativamente incapazes eram aqueles cuja vontade era levada em conta na prática dos atos da vida civil por terem discernimento, ainda que prejudicado ou não pleno, e que por isso mesmo participavam da prática dos atos com seus assistentes, como explicar a incapacidade relativa dos que não podem expressar sua vontade? Como se pode pensar que quem não pode expressar sua vontade é assistido, e não representado, na prática dos atos da vida civil? (DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. Op. Cit., p. 58).

Saindo das hipóteses específicas estabelecidas no art. 4.º da lei civil e partindo para uma análise mais ampla dos efeitos da opção legislativa pelo regime da incapacidade relativa, tem-se uma série de fatores que evidenciam substancial desproteção aos incapazes submetidos à curatela.

Nessa linha, a doutrina informa dois efeitos deletérios aos interesses dos incapazes dados à nova sistemática adotada: a alteração da fluência dos prazos prescricionais contra os incapazes e a mudança na sistemática da invalidade dos negócios jurídicos praticados pelos incapazes.

Nesses aspectos em especial, parece que o legislador, ao dar maior atenção ao caráter antidiscriminatório do Estatuto, menosprezou o fato de que, para a efetivação da igualdade material, é necessário existirem regras que, não obstante o caráter distintivo a seus destinatários, visem à proteção de seus direitos de forma a equilibrar situações em que o incapaz se encontre em desvantagem.

Em relação ao art. 198, inciso I, CC/2002, o escopo da norma protetiva foi a não ocorrência do perecimento dos direitos contra os absolutamente incapazes. Contra os relativamente incapazes, os lapsos prescricionais fluem normalmente numa clara desproteção àquele que deveria estar protegido pela norma em face de suas condições especiais.

[...] contra toda e qualquer pessoa com deficiência que não puder exprimir vontade, mesmo que por uma causa definitiva (como no exemplo de uma pessoa tetraplégica), a prescrição fluirá regularmente. Essa conclusão pode se mostrar extremamente injusta e perniciosa. Sem dúvida! Assim, com largo interesse prático e teórico, surge um intrigante questionamento: as causas de suspensão e impedimento da prescrição (e, por igual, as causas interruptivas) previstas na legislação são taxativas ou podem ocorrer independentemente de norma expressa? (FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op. Cit., p. 316)

Ainda que louvável entender-se que a prescrição possa não ser taxativa, causa enorme insegurança jurídica o titular do direito estar impedido de agir por causa transitória ou permanente. Na aplicação da teoria das invalidades, considerada a alteração pro-

movida pelo art. 114 do EPD, a pessoa com deficiência que não possa exprimir sua vontade passou a ser considerada relativamente incapaz, desde que submetida ao procedimento da curatela, haja vista que, à luz do art. 6.º do EPD, a deficiência, por si só, não retira a capacidade plena do indivíduo em relação aos atos por ele praticados.

No regime anterior das incapacidades, art. 4.º, inciso III, CC/2002, aquele que praticasse algum ato negocial por si próprio, o negócio jurídico era nulo de pleno direito, em decorrência do art. 166, inciso I, dessa lei civil, e que, pelo art. 171, I, o ato praticado passou a ser tão somente anulável, o que também revelava injusta desproteção ao incapaz, haja vista que a invalidade do negócio jurídico eventualmente prejudicial ao deficiente não poderia ser reconhecida de ofício pelo juiz ou suscitada pelo Ministério Público para que o negócio fosse convalidado com o passar do tempo.

Como o regime se refere à pessoa submetida ao procedimento da curatela, vale lembrar que o art. 6.º do EPD passou a considerar pessoas com deficiência mental como plenamente capazes. Sem passar pelo procedimento de atribuição de curatela, o ato negocial praticado pelo incapaz sequer será anulável, a não ser que decorra de hipóteses distintas da situação de incapacidade relativa.

### **4.3. Da defesa do Regime das Incapacidades implementado pelo EPD**

Conquanto pertinentes e fundadas as críticas apontadas pela doutrina a uma certa atecnia do legislador, deve-se reconhecer que o abalo provocado na seara jurídica quanto ao tema é essencial ao amadurecimento do instituto, ainda que necessite de algumas correções no decorrer do tempo.

Como disse o jurista Zeno Veloso (2016), muita água vai ter de passar por debaixo da ponte. E algum tempo é preciso para que uma lei como a 13.146/2015, que determinou tão profundas transformações, seja mais bem entendida e aplicada.

Na intenção de encontrar uma solução técnica à desproteção gerada pela anulabilidade no caso da incapacidade relativa a que estão sujeitos os curatelados, Zeno Veloso (2017) pondera que, para evitar graves distorções, poder-se-ia recorrer à teoria da inexistência dos atos jurídicos.

[...] A inexistência não é um *tertium genus*, ao lado da anulabilidade e da nulidade. O plano da inexistência não é o da validade, mas o da existência dos negócios jurídicos. Sem que tenha havido manifestação de vontade, o negócio não apresenta um requisito essencial, inafastável para que tivesse ingresso no mundo jurídico. Era o *nec ullus* do direito romano clássico. Não é nem que seja ruim ou péssimo o que se apresenta; é nada, nenhum. O negócio inexistente não produz quaisquer efeitos – nem parciais, secundários –, não se lhes aplicando as figuras da redução e da conversão [...].

Ainda em defesa da anulabilidade, prospectando uma interpretação construtiva imediata do novo sistema jurídico concebido com o advento do Estatuto, cláusula geral da boa-fé objetiva (artigos 113 e 422 do CC), é possível uma análise casuística dos negócios jurídicos celebrados pelas pessoas com deficiência que estejam enquadradas como plenamente capazes ou, quando não puderem exprimir vontade, como relativamente incapazes. Incorporando o paradigma da eticidade, uma das diretrizes da exposição de motivos do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva exprime a tutela jurídica da confiança. Com isso, é possível ao magistrado, casuisticamente utilizando como critério de decisão a proteção jurídica da confiança, apreciar a eficácia das relações contratuais celebradas a fim de evitar onerosidade excessiva e proteger a confiança. (FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit., p. 318).

De fato, a necessidade de reforma e adequação do regime anterior à nova ordem constitucional, com abandono de uma visão patrimonialista que dê lugar à edificação de uma sociedade livre, justa e solidária pautada na dignidade da pessoa humana, exige esforço exegético para o aperfeiçoamento das mudanças de modo a compatibilizar as falhas com os instrumentos jurídicos disponíveis, conforme os dois exemplos já citados.

Destarte, tanto a doutrina como a jurisprudência exercerão papel primordial à concretização dos direitos dos deficientes. O amadurecimento das estratégias de proteção eficaz depende do cotejo constante entre o rico mundo dos fatos e os instrumentos jurídicos disponíveis e em constante transformação. Afinal, deve-se prestigiar a abolição de fórmulas estanques e abstratas para solucionar fenômenos altamente complexos como o da diversidade humana, sempre no escopo de promover a autonomia e a autodeterminação do sujeito privado.

## 5. Conclusão

A personalidade jurídica como atributo da pessoa humana, ligada à ideia de aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres, nem sempre foi reconhecida a todos de modo indistinto. Ela foi uma conquista lenta e gradativa até atingir o *status* de direito fundamental. A capacidade civil, por estar intimamente vinculada à personalidade, também é estendida a todos. Contudo, exige desmembramento em capacidade de direito e capacidade de exercício a fim de compatibilizar a realidade jurídica e abstrata à capacidade concreta de cada ser humano.

Embora toda pessoa humana tenha capacidade de direito, nem sempre haverá capacidade de exercício, pois esse atributo depende das condições de amadurecimento e de sanidade psíquica em incontáveis gradações possíveis, tornando-se injusta qualquer solução estanque que utilize a fórmula do “tudo ou nada”.

Por decorrência lógica desse raciocínio, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) é inovação legislativa de imprescindível relevância desde que rompa a fórmula secular de tratamento simplório e desumano de supressão da vontade do incapaz pela vontade de um terceiro e a substitua pela prevalência do direito fundamental à autonomia, independentemente da condição biopsíquica da pessoa humana.

Pelo que restou consignado, embora seja louvável garantir a permanência do indivíduo com deficiência no espaço comunitário com liberdade de manifestação de sua autonomia, algumas falhas cometidas deixaram de assegurar igualdade material àqueles que, dadas as suas condições especiais, merecem maior proteção legal no regime de nulidades e de imprescritibilidade. O fato de limitar a hipótese de incapacidade civil absoluta somente aos menores de 16 anos, por exemplo, retirou dos destinatários do EPD parcela desse regime de proteção. Percebem-se, não obstante as reconhecidas falhas, instrumentos jurídicos aptos a contornar os “deslizes” legislativos, o que não retira do Estatuto o mérito de atualização positiva da ordem jurídica pátria.

Isso resta claro em posição doutrinária acerca da teoria da inexistência, a ser adotada quando a prática de um ato pelo incapaz lhe for extremamente prejudicial a ponto de não poder socorrer-se dos efeitos da nulidade absoluta. Na mesma linha, e de amplitude ainda maior, tem-se a proteção do filtro da boa-fé objetiva, segundo a qual é inaceitável qualquer prejuízo ao deficiente sujeito ou não ao regime da curatela em face de suas situações concretas.

Ressalte-se, ainda, que as modificações instrumentais implementadas no procedimento de atribuição de curatela conferiram uma roupagem humanizada às normas gerais do processo civil do julgador desde que o EPD foi além ao exigir do juiz considerar as potencialidades, habilidades, vontades e preferências do deficiente sujeito à curatela.

Há de se ver com ânimo a inovação legislativa, apesar da consciência de que toda alteração no sistema provoca questionamento, clamor e instabilidade que necessitam de certo amadurecimento para ser eficaz. A norma, por si só, não tem o condão de tornar ideal o mundo dos fatos, mas é por meio dela que se possibilita a mudança de comportamento.

A igualdade de direitos, a promoção da autonomia e a autodeterminação em relação aos direitos existenciais protegidos são avanços trazidos pelo Estatuto em garantias como o direito ao casamento, à união estável, ao planejamento familiar, entre outros temas que merecem a atenção dos aplicadores do Direito, acadêmicos, pais, familiares e de toda a sociedade que busca a necessária inclusão e dignidade da pessoa humana.

## 6. Referências

ALMEIDA, Letícia da Silva. *A inclusão de criança e adolescente com TDAH no âmbito escolar: análise da aplicabilidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Dissertação de pós-graduação stricto sensu em Direito. Universidade Fumec, 2018. Disponível em: <[https://repositorio.fumec.br/bitstream/handle/123456789/617/leticia\\_almeida\\_mes\\_dir\\_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.fumec.br/bitstream/handle/123456789/617/leticia_almeida_mes_dir_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 1.º maio 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGARELLI, Bruno de Ávila; KÜMPPEL, Vitor Frederico. *A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

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: 2 maio 2021.

BRASIL, 2009. Decreto 6.949. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. 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)>. Acesso em: 2 maio 2021.

BRASIL, 2015. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. Rideel/ Anne Joyce Angher, organização. 28 ed. São Paulo: Rideel, 2019. (Série Vade Mecum).

CARDOSO, Elisa Caixeta. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: a reforma das teorias das incapacidades e os efeitos na sistemática civil*. Dissertação de pós-graduação stricto sensu em Direito. Universidade Fumec, 2019. Disponível em: <[https://repositorio.fumec.br/bitstream/handle/123456789/594/elisa\\_cardoso\\_mes\\_dir\\_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.fumec.br/bitstream/handle/123456789/594/elisa_cardoso_mes_dir_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 3 maio 2021.



Artigo

**O Estatuto da Pessoa Com Deficiência (Lei 13.146/2015)**

**e a (des)proteção dos interesses do incapaz**

Felipe Rodrigues Siqueira | Normelia Miranda

---

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

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de Direito Civil*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa Com Deficiência comentado artigo por artigo*. 2.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, v. 6: famílias*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil, v. 1: parte geral*. 14.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – v. 1*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

ROSENVALD, Nelson. et al. *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte. IBDFAM, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (parte 1)*. In: Revista Conjur, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 1.º maio 2021.

STOLZE, PABLO. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade de civil, 2015*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 1.º maio 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v.1: lei de introdução e parte geral*. 13.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC primeira parte. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2015/07/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei.html>>. Acesso em: 1.º maio 2021.

VELOSO, Zeno. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: uma nota crítica*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

Artigo recebido em 22/04/2019.

Artigo aprovado em 03/05/2021.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i37.343>

---

**41 - 65**

Artigo

**O PAPEL DO JUIZ DIANTE DA  
POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE  
NEGÓCIOS PROCESSUAIS QUE VERSEM  
SOBRE A PRODUÇÃO PROBATÓRIA**

LAYSSA XAVIER FONSECA

# O PAPEL DO JUIZ DIANTE DA POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS PROCESSUAIS QUE VERSEM SOBRE A PRODUÇÃO PROBATÓRIA

THE JUDGE'S ROLE FACING THE POSSIBILITY OF PROMOTING PROCEDURAL BUSINESS THAT DEAL WITH THE PROBATIVE PRODUCTION

LAYSSA XAVIER FONSECA

Advogada e Especialista em Compliance  
Universidade Federal da Bahia, Salvador | Brasil  
lay.fonseca@hotmail.com

**RESUMO:** As convenções em matéria de processo já são uma realidade consolidada no âmbito legislativo a partir do novo Código de Processo Civil, mas alguns dogmas, principalmente aqueles relacionados à natureza pública do processo, precisam ser afastados do comportamento que as partes devem adquirir diante das inovações procedimentais. A autonomia ofertada às partes de convencionar a instrução probatória de maneira antecipada traz consigo uma série de análises quanto a sua forma de aplicação, consequências e o novo papel desempenhado pelo Poder Judiciário, o qual adquire uma função mais igualitária em relação às partes no novo cenário processual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Modelo cooperativo. Negócios processuais. Produção probatória. Juiz.

**ABSTRACT:** The conventions on the subject of proceedings are already a consolidated reality in the legislative sphere from the new Code of Civil Procedure, but some dogmas, especially those related to the public nature of the process, need to be removed from the behavior that the parties must acquire in the face of procedural innovations. The autonomy offered to the parties to agree to evidential instruction in advance brings with it a series of analyses as to its form of application, consequences and the new role played by the Judiciary Power, which acquires a more egalitarian function in relation to the parties in the new procedural scenario.

**KEYWORDS:** Cooperative models. Procedural transaction. Probative production. Judge.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O modelo cooperativo no processo civil brasileiro. 3. Negócios jurídicos processuais em matéria probatória. 4. Delimitação antecipada da instrução probatória pela via negocial. 5. Reflexos da celebração de negócios jurídicos processuais na atuação do juiz. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1. Introdução

Não há que se negar que o novo Código de Processo Civil trouxe uma gama de inovações procedimentais jamais vistas na sistemática processual brasileira, entre as quais o modelo cooperativo, cuja essência é uma ação conjunta de métodos consensuais e práticas colaborativas. No direito processual, implica a resolução

do litígio incluindo-se como parte o juiz, o qual atuará de maneira ativa e dentro de um mesmo patamar hierárquico que as partes durante o procedimento, adquirindo relevância no momento de proferir a decisão.

O afastamento do modelo adversarial para a ascensão do modelo cooperativo trouxe uma série de deveres às partes, mas permitiu também realizar atos a partir da celebração de negócios processuais. Em outras palavras, as partes podem convencionar, antes da instauração do procedimento ou da instrução probatória propriamente dita, qual o grau de importância das provas a produzir, o que limita ou amplia o conceito de instrução probatória que se conhece hoje.

Pela inovação intrínseca a que se propõe a mudança legislativa, o modelo cooperativo compreende a verificação de negócios jurídicos típicos e a previsão de negócios processuais atípicos. Sobre as convenções processuais em matéria probatória típica ou atípica, inovações legislativas estão sempre acompanhadas da investigação de sua ocorrência prática. Assim, a condução processual do juiz na fase instrutória determina os limites da instrução probatória do modelo de processo de efetiva justiça arquitetado pelo novo Código de Processo Civil (CPC).

## **2. O modelo cooperativo no processo civil brasileiro**

Um dos maiores méritos do novo CPC é o seu desejo em ver nascer uma prestação jurisdicional mais efetiva e flexível no modo de atuação das partes e do juiz. Cada qual, independentemente do modelo a ser adotado, exercerá um papel mais ou menos relevante em determinada fase processual<sup>1</sup>.

---

1 DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo. Vol.198. 2011, p. 1082.

Para fins didáticos, a doutrina costuma identificar dois modelos tradicionais de estruturação do processo: o adversarial e o inquisitorial. A distinção entre os modelos está justamente na quantidade de poder concedido ao juiz. No modelo adversarial, o papel dominante está reservado às partes, de modo a reduzir ou até a extinguir a atuação do órgão jurisdicional<sup>2</sup>, isso porque em determinados momentos o juiz perde a sua capacidade de condução do procedimento, agindo como mero espectador dos atos enquanto aguarda o proferimento da decisão.

Já no modelo inquisitorial, concede-se maior poder ao órgão jurisdicional, sendo retirada das partes a capacidade de dispor sobre o regramento a ser estabelecido no decorrer do procedimento ou de influir diretamente na sua resolução. Assim, as partes, em processo de livre arbítrio, decidem, a partir da instauração, o procedimento que o Poder Judiciário entende como mais adequado ou efetivo à resolução do conflito. Submeter-se-ia, desde então, ao poder inquisitorial do juiz<sup>3</sup>.

Essa dicotomia se verifica na instauração do processo, na produção de provas ou na interposição de recursos, podendo o legislador determinar que em cada uma dessas etapas um modelo de organização seja adotado. Não existe um modelo totalmente inquisitorial ou completamente adversarial. Na prática, há uma alternância de predomínio entre esses modelos de atuação.

O entendimento do papel das partes no processo civil é essencial para se compreender em que base a atividade jurisdicional se alicerça e os fins que o Estado lhe reserva. E são justamente as limitações trazidas pelo sistema que delinearão qual a função da jurisdição<sup>4</sup>. No Brasil, predominava o modelo publicista, de

---

2 MOREIRA, loc. cit.

3 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão do trabalho entre juiz e as partes: aspectos terminológicos. Temas de direito processual. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46.

4 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Das convenções processuais no processo civil. Tese. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2014. p. 201.

---

matriz inquisitorial com poderes instrutórios do juiz, em que se buscava uma neutralização da liberdade das partes. Fortaleceu-se, então, a premissa de que às partes bastaria narrar os fatos, sendo o direito de conhecimento privativo do juiz, que passou a ser o protagonista do processo<sup>5</sup>.

Porém, como o novo Código de Processo Civil instaurou na organização procedimental o modelo cooperativo, segundo o qual a única atuação exclusiva do juiz é no momento da decisão, o órgão jurisdicional assume uma dupla função, mostrando-se paritário durante o diálogo processual e preponderante à resolução do conflito no momento decisivo do Poder Judiciário.

O princípio da cooperação compreende o conceito de “comunidade de trabalho” entre as partes e o tribunal para a realização da função processual<sup>6</sup>. O novo modelo deve ser orientado pelo diálogo e pela comunicação. A prevalência da instrumentalidade afasta a ideia de supervalorização das regras técnicas por meio da efetiva pacificação social obtida da cooperação entre os sujeitos processuais envolvidos. O objetivo principal deixou de ser a previsibilidade, dando-se à rápida e eficiente solução do processo o papel de destaque na elasticidade e na adaptabilidade dos procedimentos. Não há que se negar que o modelo inquisitorial, ao centralizar todas as atividades nas mãos do juiz, gera na marcha processual a morosidade do Judiciário brasileiro, o que prejudica os jurisdicionados que dependem da resolução do conflito para ver seus direitos garantidos.

Ao se atribuir a uma única autoridade uma série de responsabilidades se torna inviável a garantia de um célere trâmite processual, já que o modelo cooperativo nada mais é do que uma efetiva

---

5 CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio Passo; NOGUEIRA, Paulo Henrique (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 48.

6 FREITAS, José Lebre de. Introdução ao Processo Civil. Conceitos e princípios gerais à luz do código revisto. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996, p. 153.

---

distribuição simétrica de trabalho entre as partes, incluindo-se o juiz, devendo existir uma responsabilização daqueles que descumprem o regramento proposto. Essa nova forma de organização procedimental mostra-se apta a promover mais eficiência da prestação jurisdicional e oferece espaço para que as partes possam dispor de seus direitos sem afetar a atuação preponderante do juiz no proferimento da sua decisão.

O que o modelo cooperativo propõe é um equilíbrio no qual interesses públicos sejam preservados sem que se esqueça da razão pela qual foi concebida a atividade estatal<sup>7</sup>. Assim como as partes devem se adaptar ao ativismo judicial, os juízes também devem ser mais tolerantes e receptivos aos mecanismos disponíveis a esse novo fenômeno processual que visa oferecer uma alternativa aos procedimentos preestabelecidos em lei incompatíveis com as particularidades da relação jurídica apresentada.

A celebração daquilo que ficou conhecido como negócios jurídicos processuais, uma inovação à realidade processual, carece de mais explicações quanto ao novo modo de atuação simétrica entre o Poder Judiciário e as partes distinto da estrutura existente ao longo de anos. Em termos práticos, ampliou-se a disposição de mudança no procedimento das partes em matéria processual para ajustá-lo às especificidades da causa de forma que se possa convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres, antes ou durante o processo<sup>8</sup>.

Tal mudança, considerada uma espécie de meio-termo entre o processo arbitral e o jurisdicional, harmoniza o protagonismo do

---

7 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio Passô; NOGUEIRA, Paulo Henrique (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 206.

8 RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. Convenções processuais em matéria probatória no Direito Processual Civil. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03072020-171746/publico/9056350\\_Dissertacao\\_Parcial.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03072020-171746/publico/9056350_Dissertacao_Parcial.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2021.

juiz com a possibilidade de gestão processual pelas partes<sup>9</sup>, mas torna-se necessário estabelecer critérios sólidos às consequências da adoção do modelo cooperativo no processo civil brasileiro como um mecanismo legítimo à efetiva prestação jurisdicional.

### **3. Negócios jurídicos processuais em matéria probatória**

Uma das formas de se verificar a flexibilização do procedimento é por meio de convenções realizadas pelas partes. As modificações previstas na forma e/ou conteúdo dos atos processuais incidentes em demandas futuras ou naquelas em curso não solucionam o conflito, mas regulamentam o exercício da jurisdição nos moldes desejados. Sem a disposição do direito material, o direito processual alcança maior previsibilidade do resultado, tempo ou custo<sup>10</sup>. Por se tratar de negócios processuais, uma vez que os sujeitos praticam tais atos com o intuito de realizar uma declaração de vontade com efeitos jurídicos e fins específicos para que sejam eficazes, necessitam estar em consonância com a teoria geral dos negócios jurídicos do Código Civil estabelecida em licitude do objeto e capacidade das partes, obedecendo aos limites da ordem pública processual, incluindo-se o respeito ao devido processo legal do contraditório e ampla defesa e a busca da verdade. Apesar de não constarem no rol de espécies de negócios jurídicos processuais do Código Civil, sua previsão genérica se verifica nos artigos 190 e 200 do CPC<sup>11</sup>, os quais materializam a estipulação de mudanças no procedimento, ajustando-o

---

9 GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras Reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, 1. ed. – outubro/dezembro de 2007, p. 4.

10 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A contratualização do processo – Das convenções processuais no Processo Civil de acordo com o novo CPC. Rio de Janeiro. Ltr. 2015, p. 114.

11 BRASIL. Lei no 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 agosto 2018.

---



às especificidades da causa e convencendo sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres antes ou durante o processo, produzindo efeitos imediatamente<sup>12</sup>.

Em relação aos aspectos que vão influenciar na compreensão do instituto das convenções processuais, no âmbito judicial essas convenções podem ocorrer por meio de duas ou mais declarações de vontade que se unem para um novo ato com efeitos específicos de natureza processual. Já em âmbito extrajudicial, podem ocorrer de forma autônoma ou estarem inseridas em contratos abrangentes de natureza do direito material cujos efeitos ficam condicionados à sua integração ao processo<sup>13</sup>. Note que a localização da ocorrência da convenção induzirá a sua natureza e, conseqüentemente, as exigências necessárias à sua formalização material ou processual e o regime jurídico a ser adotado. As convenções em tema de processo, conforme o art. 190 do Código de Processo Civil, versam sobre direitos que admitem autocomposição, plena capacidade, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes.

Destaque-se que o primeiro requisito se refere à obrigatoriedade de escolha de direitos que admitam autocomposição, abarcando os direitos processuais e as regras sobre a necessária diferenciação entre os conceitos de indisponibilidade e possibilidade de transação, uma vez que mesmo no âmbito dos direitos indisponíveis existe uma margem para a autocomposição, embora se costume afirmar que os direitos indisponíveis não a admita. Porém, não se pode negar a existência de situações em que aquilo que é indisponível passe a ser transacionável. É o caso, por exemplo, da possibilidade de acordo no direito ambiental da realização de in-

---

12 SILVA, Edmar Oliveira da. Negócios Jurídicos Processuais e o Novo CPC, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59688/negocios-juridicos-processuais-e-o-novo-cpc>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

13 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio Passos; NOGUEIRA, Paulo Henrique (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 348.

denizações de caráter econômico e de processos de investigação de paternidade nos quais o réu, sendo maior e capaz, pode reconhecer a procedência da demanda e assumir a paternidade<sup>14</sup>.

Em se tratando de natureza processual, são exigidas da parte a capacidade de estar em juízo e a postulatória. Entretanto, nas convenções de natureza material não seria exigível nem a capacidade de estar em juízo nem a postulatória, mas tão somente a capacidade de ser parte, impondo-se apenas a presença de advogado quando do ingresso do ato em sede processual<sup>15</sup>. Ocorre que juristas que participaram de encontros sobre tema tão inovador enunciaram: “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.”<sup>16</sup>. Reforça-se a necessidade de esclarecimento das partes antes da celebração de negócios processuais que influenciem diretamente a efetivação dos seus direitos.

Ressalte-se que a eficácia de atos do juiz só ocorrerá depois da introdução da convenção no processo e da sua aceitação judicial, sem questionamentos quanto ao pacto de impenhorabilidade, ampliação do tempo de sustentação oral, convenções sobre prova, redução de prazos processuais<sup>17</sup>.

As convenções extrajudiciais devem ser formuladas de forma escrita, não sendo admitida na modalidade verbal, uma vez que a eficácia dos seus termos está condicionada à sua inserção no processo para que peças individuais produzidas pelas partes ou por meio de um ato processual conjunto tenham a validade ou a concordância do juiz.

---

14 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JR., F.; CABRAL, A. P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 81-82.

15 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio Passo; NOGUEIRA, Paulo Henrique (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 349.

16 Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

17 Enunciados 19 e 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

---

Mais do que a previsão genérica, o legislador trouxe às convenções a possibilidade de modificação da competência e a repartição de custas processuais de forma diversa daquela prevista na lei, o que não veda a realização de negócios processuais já ofertados pelo legislador ou fruto de convenções processuais atípicas<sup>18</sup>. Tradicionalmente consideradas cogentes, as convenções probatórias acabam recebendo forte resistência doutrinária<sup>19</sup>.

O art. 373, § 3.º, prevê às partes a redistribuição do ônus da prova. A distribuição estática levava em consideração a posição da parte em juízo e a espécie do fato a ser provado<sup>20</sup>. Já a distribuição dinâmica atual, define que o ônus recai em quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso e sem a necessidade de observância de critérios previamente estabelecidos. Entretanto, a produção de provas é uma garantia constitucional de extrema relevância para o proferimento de uma decisão justa, já que é nesta etapa que se forma boa parte do convencimento do órgão julgador.

A celebração de negócios processuais atípicos prevista no art. 190 do CPC permite uma maior valorização da vontade dos sujeitos graças ao autorregramento de suas situações processuais<sup>21</sup>. Destaque-se o uso de métodos até então ignorados pela jurisdição brasileira que, desenvolvidos de maneira apropriada, podem ser legalmente consagrados.<sup>22</sup>

---

18 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A contratualização do processo – Das convenções processuais no Processo Civil de acordo com o novo CPC. Rio de Janeiro: Ltr. 2015, p. 122.

19 GODINHO, Robson Renalt. A Possibilidade de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Matéria Probatória. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n.º 56, abr./jun. 2015, p. 194. Disponível em: <[https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1282730/Robson\\_Renault\\_Godinho.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1282730/Robson_Renault_Godinho.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2021.

20 DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. Curso de Direito Processual Civil. 4ª edição. Salvador: Juspodivm v.2, p. 95.

21 CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio Passos; NOGUEIRA, Paulo Henrique (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 71.

22 FERRIER, Didier, La preuve et le contrat. In: Mélanges Michel Cabrillac. Montpellier: Dalloz-Litec, 1999, p. 110 e 112.

---

Presume-se também vedar a produção de prova pelo juiz, como forma de garantir a segurança jurídica e o acordo desejado pelas partes, sem qualquer interferência do magistrado, desde que o negócio já tenha sido considerado válido e eficaz. A referida eliminação poderá ser parcial ou total. A doutrina aponta também a possibilidade de estabelecimento convencional de prova legal, ou seja, a especificação de um só meio de prova à demonstração da veracidade de um fato<sup>23</sup>.

Há, portanto, o imperativo da liberdade de demonstração da prova que poderá acarretar uma certa insegurança aos contratantes, a qual deverá ser solucionada mediante dispositivos contratuais das situações possíveis sem prejuízo a qualquer dos envolvidos. Considera-se concebível também uma mudança na valoração das provas produzidas diversa daquela prevista no ordenamento. Nesses casos, quanto mais claros forem os critérios, mais efetiva será a produção probatória<sup>24</sup>.

As partes também poderão convencionar uma hierarquia de procedimento. Assim, se existir conflito entre uma prova eletrônica e uma prova escrita, uma delas prevalecerá de acordo com o disposto no negócio processual produzido pelas partes<sup>25</sup>.

Além disso, poderá ser objeto da convenção processual os meios de prova determinados exclusivamente no interesse das partes<sup>26</sup>. As partes poderão indicar que alguns fatos, por serem absolutos, não necessitam de provas, devendo tal alegação ser acatada pelo juízo<sup>27</sup>.

---

23 MOUSSERON, Jean Marc. *Technique contractuelle*. 4 ed. Levallois: Francis Lefebvre, 2010, p. 697.

24 PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Publisher, Università degli studi, 2004, p. 251.

25 MOUSSERON, op. cit., p. 699.

26 PEZZANI, op. cit., p. 192.

27 FERRIER, op. cit., p. 113.

---

#### 4. Delimitação antecipada da instrução probatória pela via negocial

A realização de convenções processuais pode funcionar como um mecanismo de desjudicialização de atos como citação, conciliação e produção probatória convencionados ainda antes do início da atividade jurisdicional estatal, o que torna o processo mais eficiente.

Na produção probatória, seu conceito está mais relacionado ao conjunto de fatos que possam ser valorados pelo juiz no seu convencimento quanto ao destino do processo. Há quem diga que tal concepção exige como verdade a reconstituição de fatos compatíveis com uma ideia de consciência coletiva<sup>28</sup> ou com o que seria mais facilmente aceito e acatado por aquele que possui o poder decisório. Assim, a verdade no processo não é um valor absoluto. Corre-se o risco de que a atividade probatória alcance somente uma verossimilhança a partir da qual o juiz possa optar pela norma jurídica a ser aplicada ao pedido requerido.

Conforme o novo Código de Processo Civil, a convenção antecipada da organização e funcionamento da produção probatória é um direito suficiente para convencer o órgão julgador porque auxilia as partes na análise de conveniência da propositura da celebração de negócios processuais ou da adoção de meios consensuais de resolução de conflitos, já que permite conhecimento dos fatos e a potencialidade dos meios probatórios em demonstrar ou não as afirmações em juízo<sup>29</sup>.

Quando a convenção processual puder apresentar um resultado sem prejuízos aos envolvidos, a opção negociada deve ser acatada, por ser mais vantajosa e acertada. A legitimidade do procedimento convencionado pelas partes promove um estágio de confiança mais avançado de resolução consensual dos conflitos.

---

28 GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil: processo de conhecimento. 3. ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2, p. 99.

29 MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2017, p. 194.

---

O que se busca na celebração de negócios processuais que convençionem a fase probatória não é necessariamente a alteração da organização predeterminada do processo jurisdicional, mas sim fazer de tal ato um importante subsídio a uma tomada de decisão estratégica sobre se a parte deve ingressar ou não com um procedimento, realizar acordos ou aumentar e diminuir propostas<sup>30</sup>.

Mais do que isso, a realização de convenções processuais sobre a instrução probatória deve ser vista como algo desejável e útil ao sistema, já que desempenharia uma função preventiva aos atos praticados e suas consequências jurídicas, proporcionando uma segurança materializada no instrumento contratual para que o sujeito possa se precaver de uma futura contestação de direito, além de exercer a função pedagógica de conscientizá-lo dos seus direitos e obrigações relacionados à responsabilidade civil. Um bom exemplo é a prática de produção antecipada de prova pericial de engenharia que precede as obras de construção civil, muito utilizada na França<sup>31</sup>.

Nesse modelo extraprocessual preparatório e instrutório, as partes podem, com ampla liberdade, investigar os fatos e, sem a necessidade de intervenção judicial, fazer a colheita de provas sem prévia apreciação do juiz ou de qualquer autoridade, salvo se a informação for protegida por algum privilégio<sup>32</sup>, procedimento que pode abarcar diversos atos instrutórios como a oitiva da parte contrária, o interrogatório de testemunhas e o acesso a documentos<sup>33</sup>.

---

30 YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JR., F; CABRAL, A. P; NOGUEIRA, P. H (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 66.

31 YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 42-43.

32 OLIVEIRA, Larissa Silva de. Discovery stage: a validade da celebração de negócios jurídicos processuais alterando a fase instrutória do processo civil brasileiro. 2017. Monografia de graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 44.

33 CARDOSO, C. O prejulgamento (Pretrial) e a conciliação como instrumentos de desoneração do sistema judicial norte-americano: um paralelo com o sistema brasileiro. Disponível em <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695)>. Acesso em: 3 out. 2018. p. 3-5.

Depois da fase de negociação, a produção probatória pode ser realizada em qualquer estabelecimento. Submetida à apreciação do juiz, que agendará audiências prévias com o intuito de assegurar que as partes se valerem de todas as possibilidades de autocomposição, se esta restar inviabilizada, serão fixadas as provas a utilizar e a delimitação da controvérsia. Ao final, a decisão estabelecerá os contornos do julgamento do procedimento processual propriamente dito.

Assim, durante a fase preliminar e extraprocessual será atribuída ao advogado a função de direcionar a cooperação e a boa-fé da produção probatória entre as partes, evitando-se o uso de artimanhas que prejudiquem a obtenção de uma tutela adequada.

Depois do estágio de atuação passiva é que o juiz analisará a solidez das provas, se houver controvérsia entre as partes. Diante da inexistência de provas suficientemente capazes de demonstrar as pretensões do autor, o réu poderá requerer o julgamento sumário para negar o pedido e encerrar o processo<sup>34</sup>.

No momento do oferecimento da petição inicial, a convenção preexistente já teria passado por um crivo de admissibilidade dos requisitos de capacidade das partes, manifestação voluntária, licitude do objeto, além daqueles presentes no art. 190 do CPC/2015, sendo então acatada pelo Poder Judiciário. Caso contrário, também no momento da propositura da demanda é que a parte autora demonstraria seu interesse em realizar convenção sobre a fase instrutória por via extrajudicial.

Em respeito ao princípio do contraditório, seria ordenada a citação da parte ré para se manifestar a respeito da convenção requerida. Em caso positivo, o juiz suspenderia o procedimento até encerrar-se a negociação, a qual seria posteriormente avaliada. Em

---

34 CARDOSO, C. O prejulgamento (Pretrial) e a conciliação como instrumentos de desoneração do sistema judicial norte-americano: um paralelo com o sistema brasileiro. Disponível em <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695)>. Acesso em: 3 out. 2017. p. 4.

caso negativo, caberia ao magistrado realizar o procedimento já costumeiro de fixar um prazo para a suspensão, caso as partes não tenham finalizado a negociação sem apresentar uma razoável justificativa, e o Poder Judiciário chamaria para si a produção probatória e a continuidade do processo.

Ainda que não realizada no momento supramencionado, a convenção processual poderia ser oferecida às partes em audiência de conciliação, convencendo-se sobre como as provas seriam produzidas e seguindo o mesmo trâmite até então delineado.

Diante da multiplicidade de atos e sujeitos existentes, a primeira situação é aquela em que o litisconsorte não celebrou a convenção nem tem interesse em celebrá-la no curso do procedimento, o que poderá acarretar extensão da fase instrutória, diminuindo a economia objetivada pelas convenções processuais, pois uma parte da instrução probatória seria realizada de acordo com a convenção extrajudicial e outra dentro do âmbito judicial, em respeito à vontade das partes.

No litisconsórcio facultativo, cada litisconsorte realiza o procedimento desejado, ao passo que no litisconsórcio unitário o resultado da produção probatória de um seria aproveitado pelos demais, violando-se o direito ao contraditório. Aplicando-se analogicamente o procedimento arbitral, os efeitos não alcançariam terceiros não envolvidos em convenção eventualmente instituída.

Dessa forma, mostra-se imprescindível que o magistrado verifique a existência de litisconsórcio necessário no início, para que o equívoco não seja percebido no decorrer do procedimento, levando a uma anulação dos atos já produzidos. De maneira precavida, opta-se por permitir o uso da convenção somente quando todas as partes envolvidas demonstrem interesse. Outro ponto seria terceiros na celebração de negócios processuais. Tal controvérsia, em razão das dificuldades existentes no direito de ação, legitima celebrá-los, uma vez que, se determinados entes pos-



suem legitimidade para representar interesses de terceiros, não se mostra razoável que não tenham tal prerrogativa ao se realizar a produção probatória.

Na prática, a convenção antecipada de prova promove uma redução considerável dos processos que se submetem ao julgamento estatal e estimula a autocomposição. Ressalte-se que cada parte deverá arcar com suas próprias despesas, salvo disposição diversa em lei ou contrato, ainda que os custos envolvidos no ingresso e manutenção de um procedimento estatal representem um grande ônus para as partes<sup>35</sup>.

A inovação legislativa proporcionada pelo CPC/2015 deve ser acompanhada de profunda reflexão sobre a postura esperada das partes e dos advogados. Ao se afastar a atuação do magistrado, aumenta-se a responsabilidade das partes quanto à liberdade de convencionar e transfere-se aos advogados o dever de redobrar a atenção ao fiscalizar os atos processuais para tentar evitar a configuração de abusos.

Assim, a independência processual exige fazer-se uma análise de como procede o magistrado diante da ocorrência de convenções processuais que antecipem a fase probatória, de modo a delimitar os seus limites nessa nova forma de atuação.

## **5. Reflexos da celebração de negócios jurídicos processuais na atuação do juiz**

A análise da nova forma de atuação do magistrado diante da possibilidade de celebração de negócios processuais probatórios extraprocessuais passa por uma série de etapas. A primeira delas diz respeito ao ultrapassado entendimento de que o juiz seria o

---

35 HAZARD JR, Geoffrey. C.; TARUFFO, Michele. American Civil Procedure – an introduction. New Haven: Yale, 1993, p. 96-97.

único destinatário da prova, negando às partes transigir sobre a qual etapa procedimental pertenceria a sujeito não envolvido na convenção probatória antecipada.

Na vigência do CPC/1973, imperava entendimento de que caberia ao magistrado valorar a necessidade da prova de que era destinatário, de acordo com o princípio do convencimento motivado<sup>36</sup>. Ou seja, a produção probatória era destinada exclusivamente ao juiz a fim de determinar o limite que entendesse necessário para o seu convencimento.

Depois do CPC/2015, o magistrado não poderá indeferir determinada prova por estar convencido a respeito da alegação de fato a provar<sup>37</sup>, o que aproxima o texto processual do texto constitucional quando defende o direito fundamental à prova admissível, não o condicionando à prévia valoração judicial.

Se existe o interesse das partes, nada mais esperado que estas influenciem na continuidade da produção probatória quando entenderem que o direito requerido não restou plenamente demonstrado e ainda é possível fazê-lo. Por óbvio, os anseios das partes deverão estar devidamente representados por seus advogados, como em qualquer realização de negócios processuais, desde que respeite o princípio da duração razoável do processo. Quando a instrução probatória determinada unicamente pelas partes estiver obstando a própria efetivação do direito de ação, o julgador deve intervir pelo fim da referida etapa e julgar de acordo com seu entendimento.

A alegação de que o juiz seria o único destinatário da prova, à primeira vista, tem razão de ser porque cabe a ele decidir a con-

---

36 BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 622.786/MG, rel. ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18.12.2014, DJe 3.12.2015. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista>. Acesso em: 5.10.2018.

37 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 5. ed. rev. Atual. São Paulo. Ed. RT. 2012, p. 179.

---

trovêrsia da atividade probatória conhecendo os elementos que auxiliarão o julgador na busca da verdade, a qual interessa inequivocamente às partes.

O processo rígido e publicista que se conhece é fruto da ideia de que as formalidades são necessárias à liberdade, já que sem essas regras a atividade do juiz restaria incontrolada, podendo gerar um processo arbitrário e injusto. Assim, a tentativa de alcançar clareza, previsão e segurança exige regras que disciplinem o juiz e o excesso de poder do Estado.

Se as regras vêm para produzir garantias aos jurisdicionados, que estas não se convertam em um fim em si mesmas. A relação entre justiça e forma criou a ilusão de que a rigidez do procedimento garante a previsibilidade e a segurança de se evitarem condutas arbitrárias.

Sem se opor à importância de certo rigor formal, o que se defende aqui é a repulsa à vinculação da atividade probatória a regras cogentes e à atuação do magistrado como se as partes fossem seres inanimados e incapazes de ordenar adequadamente o rito processual no que diz respeito, inclusive, à produção probatória.

A atividade jurisdicional é prestada no interesse das partes. Limitar seus anseios em nome de uma soberania conferida ao julgador é tornar o processo jurisdicional ineficaz e injusto. O princípio da cooperação, tão enaltecido pelo CPC/2015, não admite que o processo seja visto como uma estrutura hierarquizada na qual as partes se submetem a um Estado-juiz superpoderoso. Essa prevalência do julgador somente será permitida no momento de se proferir a decisão, a qual é fruto de um diálogo democrático, ético e participativo<sup>38</sup>.

---

38 DIDIER JR. Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação do direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 45-50.

O argumento de que a determinação do quanto a ser provado pelas partes via negócio processual antecipado estaria restringindo a atividade do julgador na análise das provas para a satisfação do seu convencimento não merece prosperar, porque quando as partes apresentam os fatos de litígio ao Poder Judiciário elas já teriam limitado aquilo que deve chegar ao julgador.

Do mesmo modo, outro não é o papel do advogado. Ele defende sua visão do processo e aquilo para o qual julgador deve atentar. A prova é instrumento para persuadir o juiz a acolher a versão favorável a seu cliente<sup>39</sup>. A legislação impõe limites ao objeto do processo, o qual não pode ser ultrapassado pelo juiz, sob pena de proferir decisão nula. A busca da verdade é, e sempre foi, uma utopia processual, uma vez que já existem limitações aos fatos controversos.

As convenções processuais não prejudicam a busca da verdade, uma vez que já existem institutos que a suprimem em prol de um procedimento mais célere e efetivo para os litigantes. É o caso, por exemplo, da conciliação, tão fomentada pelo CPC/2015, pois no momento em que as partes realizam a autocomposição admitiriam uma “verdade negociada”, o que implica afirmar que a verdade não foi alcançada<sup>40</sup>.

Pelo exposto, equivoca-se afirmar que o juiz é o destinatário da prova apenas porque dirige a instrução probatória. Cabe ao magistrado apenas julgar de acordo com o que consta no processo, aquilo que foi determinado pelas partes como prova. Necessário, portanto, estabelecer os limites da atuação do magistrado diante

---

39 TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazioni. Atividade probatória. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda (Org.). Coleção doutrinas essenciais: processo civil. São Paulo. Ed. RT, 2011. v. 4, p. 220.

40 OLIVEIRA, Larissa Silva de. *Discovery stage*: a validade da celebração de negócios jurídicos processuais alterando a fase instrutória do processo civil brasileiro. 2017. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 72.

da ocorrência de convenções processuais em matéria probatória, para que não se ponha em risco a segurança jurídica e se resguarde, também, o interesse público inerente ao direito processual<sup>41</sup>.

Em razão disso é que as partes devem realizar os negócios processuais com o devido equilíbrio e respeito às normas constitucionais, sob pena de sofrer controle judicial da sua validade. Não obstante, a parte que descumprir o pactuado deverá ser submetida a sanções estabelecidas no próprio negócio, sem prejuízo de outras de natureza processual, podendo o juiz punir os atos de má-fé e atentatórios à dignidade da justiça, preservando-se a eficiente prestação jurisdicional<sup>42</sup>.

Em contrapartida, quando as convenções processuais dos litigantes não interferirem na ordem pública, como é o caso das convenções probatórias, em que o juiz não é o destinatário da prova, deve-se afastar qualquer exigência de chancela do Estado, sob pena de se desrespeitar a autonomia das partes no processo. A fiscalização do juiz ocorrerá tão somente por uma questão geográfica<sup>43</sup>.

Caso não seja o destinatário da prova, o juiz não será parte do negócio processual probatório. Como mero verificador da validade dos negócios das partes, o juiz só é sujeito do negócio processual atípico quando a norma lhe põe tal condição, quando então apenas pode atuar como parte na convenção probatória. O calendário processual previsto no art. 191 do CPC/2015 determina que a referida convenção deverá ser fixada pelas partes e pelo juiz nas datas específicas estabelecidas para a realização de atos processuais.

---

41 CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR, Fredie. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução. Revista de Processo. vol. 275. ano 43. p. 193-228. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2018. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3051466>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

42 Ibidem, p. 361-362.

43 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A contratualização do processo – Das convenções processuais no Processo Civil de acordo com o novo CPC. Rio de Janeiro. Ltr. 2015.

---

No caso das convenções probatórias, cabe ao juiz verificar se o negócio jurídico processual que lhe chega ao conhecimento está de acordo com o ordenamento jurídico, sobretudo a possibilidade de as partes regularem o procedimento da forma que desejam<sup>44</sup>.

Entre os requisitos expostos no art. 190 do CPC/2015 estão: I) o objeto deve admitir autocomposição; II) as partes devem ser plenamente capazes; III) o negócio deve ser firmado antes ou durante o processo, entendendo-se, por lógico, que convenções podem ser no início do procedimento, quando ainda não foi praticado o ato que será objeto da convenção processual.

O magistrado serve como um filtro para delimitar o círculo de atuação das partes decorrente do autorregramento da vontade de ir além dos seus poderes, ou seja, dispor de uma situação jurídica de que não sejam titulares<sup>45</sup>. Tal controle não deve ser considerado discricionário, uma vez que os negócios jurídicos só serão inválidos se não possuírem os requisitos previstos no artigo supramencionado ou estiverem em desacordo com os princípios constitucionais e processuais.

Merece análise também o requerimento de produção de provas de ofício pelo juiz a fim de complementar a formação do seu convencimento autorizada pelo Código, desde que não ultrapasse as possíveis limitações de meios probatórios estabelecidas pelas partes. Não existem razões para se eliminar a liberdade concedida ao magistrado unicamente por força da existência de instrução probatória antecipada pelas partes. Caso as partes convençionem a impossibilidade de produção de prova testemunhal, o requerimento do juiz deve negar essa prova como objeto. No entanto, se as partes convençionarem, não se vislumbram óbices à sua ocorrência.

---

44 Enunciado 261 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC.

45 AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, ano 40, p. 219-238, ago. 2015, p. 232.

---

A referida atividade jurisdicional, sem maiores dificuldades, presume válidos os negócios, independentemente de qualquer ato do juiz. Somente serão invalidados quando a atuação das partes for de encontro à justa e eficiente prestação jurisdicional passível de controle pelo magistrado.

## 6. Conclusão

As premissas adotadas pelo novo Código de Processo Civil possibilitam às partes o exercício da autonomia da vontade em matéria processual de forma a tornar mais efetivos e justos os resultados. Trata-se da racionalização do procedimento para o adequar às particularidades do litígio posto ao Poder Judiciário.

No entanto, para que essa inovação legislativa alcance o êxito a que se propõe, é necessário que os magistrados estejam abertos ao modelo cooperativo de processo oferecido às partes para convencionarem o bom andamento do procedimento e a resolução do conflito.

Se o novo regramento e a ampliação da autonomia da vontade promoverão de fato um avanço à sistemática do processo civil brasileiro ainda é cedo para se afirmar, porque é justamente o papel bem desempenhado pelas partes que determinará o sucesso ou o fracasso das novas disposições.

Em se tratando de convenções que versem sobre a produção probatória, o magistrado analisa o preenchimento aos requisitos estabelecidos em sede negocial. A vontade das partes prevalece, desde que devidamente assistida por seus advogados.

Superar o paradigma de que a disciplina processual pertence exclusivamente ao Direito Público é adentrar na era de se solucionar judicialmente um conflito sem a sua correta aplicabilidade, a qual depende do novo papel desempenhado pelas partes no cenário processual mais disponível, justo e efetivo.

## 7. Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo – Das convenções processuais no processo civil de acordo com o novo CPC*. Rio de Janeiro. Ltr. 2015.  
\_\_\_\_\_. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2014.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*. Revista de Processo, São Paulo, v. 244, ano 40, n. 244, p. 393-423, jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *No acordo de procedimento qual é o papel do juiz (codeclarante, mero homologador ou outro)?* Revista Brasileira de Direito Processual– RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, jul./set. 2015.

AVELINO, Murilo Teixeira. *A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais*. Revista de Processo, São Paulo, v. 246, ano 40, p. 219-238, ago. 2015.

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. Disponível em <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/126/119>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo brasileiro*. 2011. 237 f. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo; DIDIER JR, Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. Revista de Processo, vol. 275, ano 43, p. 193-228. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2018. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3051466>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Convenções em matéria processual*. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 489-516, mar. 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais*. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio Passo; NOGUEIRA, Paulo Henrique (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015.

CAMBI, Eduardo. *Direito fundamental à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARDOSO, César. *O prejulgamento (Pretrial) e a conciliação como instrumentos de desoneração do sistema judicial norte-americano: um paralelo com o sistema brasileiro*. Disponível em <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio Passo; NOGUEIRA, Paulo Henrique (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação do direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. *Curso de Direito Processual Civil*. 4 ed. Salvador: Juspodivm v.2.

---



DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo. vol.198. 2011.

\_\_\_\_\_. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In: DIDIER JR., F.; CABRAL, A. P.; NOGUEIRA, P. H (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. *La preuve et le contrat*. In: Mélanges Michel Cabrillac. Montpellier: Dalloz-Litec, 1999.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil. Conceitos e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas. 2008.

GODINHO, Robson Renault. *A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro n.º 56, abr./jun. 2015. Disponível em: <[https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1282730/Robson\\_Renault\\_Godinho.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1282730/Robson_Renault_Godinho.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro*. Revista de processo, São Paulo, v.34,n.172, p.32-53, jun. 2009.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual, 1. ed. – out./dez. 2007.

HAZARD JR, Geoffrey. C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure – an introduction*. New Haven: Yale, 1993.

LANES, Júlio César Goulard; POZZATI, Fabrício Costa. *O juiz como o único destinatário da prova*. In: DIDIER JR., Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5.

MARÇAL, Felipe Barreto. *O dever de renegociar e os negócios jurídicos processuais*. Revista Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <ConJur - Marçal: dever de renegociar e negócios jurídicos processuais>. Acesso em: 16 abr. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. \_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 5. ed. rev. Atual. São Paulo. Ed. RT. 2012.

MIGLIAVACCA, Luciano; FORTES, Vinicius. *Flexibilização do procedimento e cooperação: um novo olhar sobre o processo*, p. 8. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=490efb66c5016fa8>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da divisão do trabalho entre juiz e as partes: aspectos terminológicos*. Temas de direito processual. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOUSSERON, Jean Marc. *Technique contractuelle*. 4 ed. Levallois: Francis Lefebvre, 2010.

---

Artigo

**O papel do Juiz diante da possibilidade de celebração de negócios processuais que versem sobre a produção probatória**

Laysa Xavier Fonseca

---

MULLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2017.

OLIVEIRA, Larissa Silva de. *Discovery stage: a validade da celebração de negócios jurídicos processuais alterando a fase instrutória do processo civil brasileiro*. 2017. Monografia de graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Publisher, Universita degli studi, 2004.

RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. *Convenções processuais em matéria probatória no Direito Processual Civil*. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03072020-171746/publico/9056350\\_Dissertacao\\_Parcial.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03072020-171746/publico/9056350_Dissertacao_Parcial.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2021.

ROCHA, Grazielle. *A reformulação da produção antecipada de provas no NCPC*. Disponível em <<https://graziellocha.jusbrasil.com.br/artigos/234282079/a-reformulacao-da-producaoantecipada-de-provas-no-novo-cpc>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

SILVA, Edmar Oliveira da. *Negócios jurídicos processuais e o novo CPC*, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59688/negocios-juridicos-processuais-e-o-novo-cpc>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

TARUFFO, Michele. *Considerazioni su prova e motivazioni. Atividade probatória*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda (Org.). Coleção doutrinas essenciais: processo civil. São Paulo. Ed. RT, 2011.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

\_\_\_\_\_. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: DIDIER JR., F; CABRAL, A. P; NOGUEIRA, P H (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015.

Artigo recebido em 25/11/2019.

Artigo aprovado em 18/04/2021.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i37.396>

**66 - 90**

Artigo

**COMO AS NORMAS ESTABELECEDORAS  
DE PADRÕES DE LANÇAMENTO  
DE ESGOTO EM MINAS GERAIS SE  
REVELARAM INCONSTITUCIONAIS E  
LEGALIZARAM O LANÇAMENTO DE  
MAIS POLUENTES NOS MANANCIAIS DE  
ABASTECIMENTO PÚBLICO DE ÁGUA**

ALEXANDRA FÁTIMA SARAIVA SOARES  
THAIS LAMIM LEAL THOMAZ  
LUIS FERNANDO DE MORAIS SILVA

# COMO AS NORMAS ESTABELECEDORAS DE PADRÕES DE LANÇAMENTO DE ESGOTO EM MINAS GERAIS SE REVELARAM INCONSTITUCIONAIS E LEGALIZARAM O LANÇAMENTO DE MAIS POLUENTES NOS MANANCIAIS DE ABASTECIMENTO PÚBLICO DE ÁGUA

HOW THE REGULATORY NORMS THAT ESTABLISH STANDARDS FOR SEWAGE DISCHARGE IN MINAS GERAIS STATE REVEALED UNCONSTITUCIONAL AND LEGALIZED LAUNCHING OF MORE POLLUTANTS IN WATERS SOURCES TO PUBLIC SUPPLY

ALEXANDRA FÁTIMA SARAIVA SOARES

Doutora em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos  
Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte | Brasil  
alexandra@mpmg.mp.br

THAIS LAMIM LEAL THOMAZ

Promotora de Justiça  
Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte | Brasil  
tlleal@mpmg.mp.br

LUIS FERNANDO DE MORAIS SILVA

Mestre em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos  
Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte | Brasil  
luismorais5@hotmail.com

**RESUMO:** A Deliberação Normativa COPAM nº 10/1986, que regulamentava os padrões de lançamento de esgotos sanitários nos corpos de água em Minas Gerais, passou por alterações ao longo dos anos, as quais possibilitaram o lançamento de maior quantidade de poluentes nos recursos hídricos, o que resulta em prejuízo à saúde humana e à vida aquática. Em termos de proteção ambiental, as doutrinas nacional e estrangeira, bem como a jurisprudência demonstraram que essas normas supervenientes são inconstitucionais e afrontam o princípio da vedação ao retrocesso social e ambiental.

**ABSTRACT:** The DN nº 10/1986, which regulated the standards for the discharge of sanitary sewage into bodies of water in Minas Gerais, underwent changes over the years that made it possible to discharge a larger quantity of pollutants into water resources, resulting in harm to human health and aquatic life. In terms of environmental protection, national and foreign doctrine, as well as jurisprudence, have demonstrated that those supervening norms are unconstitutional and affront the principle of the prohibition of social and environmental regression.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da vedação ao retrocesso ambiental. Flexibilização de padrões normativos. Efluente sanitário. Inconstitucionalidade.

**KEYWORDS:** Principle of prohibition of environmental setback. Flexibilization of normative standards. Sewage. Unconstitutionality.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Dos padrões de lançamento de esgotos sanitários em Minas Gerais. 3. Das consequências da flexibilização dos padrões de lançamento de esgoto. 4. Da inconstitucionalidade das normas que flexibilizaram padrões de lançamento de esgotos sanitários estabelecidos na DN COPAM 10/1986. 5. Considerações finais.

## 1. Introdução

Os mananciais para abastecimento público de água têm se tornando a cada dia menos disponíveis, mais escassos e degradados, o que tem contribuído para que sejam autorizadas captações para abastecimento público em mananciais poluídos, como rio das Velhas e rio Paraopeba em Minas Gerais. As águas captadas não são, até então, submetidas a tratamentos adequados para remoção desses poluentes. O crescimento das cidades, com consequente maior geração de esgotos sanitários e contaminação dos recursos hídricos, agrava essa situação.

De acordo com IGAM (2018), em Minas Gerais, os esgotos sanitários representam a principal pressão sobre os recursos hídricos do Brasil em função da ausência ou ineficiência dos tratamentos dos esgotos coletados. No estado, conforme a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD), em 2021, 88% da população urbana era atendida apenas por coleta de esgoto e 54% atendida por coleta e tratamento.

Em 2017, a Agência Nacional de Águas (ANA) publicou o Atlas Esgotos, o qual traz informações acerca dos sistemas de esgotamento sanitário em cada município do Brasil. O diagnóstico evidenciou que mais de 110 mil quilômetros de rios brasileiros estavam com a qualidade comprometida em função do aporte de carga orgânica (analisada em termos de demanda bioquímica de oxigênio – DBO). Desses 110 mil quilômetros, 83.450 apresentaram concentração de DBO superior a 10 mg/L, o que inviabilizaria a captação de água para o consumo humano de acordo com os usos da água estabelecidos pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) por classe de enquadramento.

---

O maior aporte de matéria orgânica nas águas, entre outros compostos existentes nos esgotos, aumenta a concentração de micropoluentes, que são espécies químicas presentes em fármacos, detergentes, desinfetantes, cosméticos, biocidas, produtos de higiene pessoal, entre outros. As substâncias que compõem esses produtos estão cada vez mais presentes nos esgotos sanitários em virtude da crescente variedade oferecida no mercado e consequente uso. A presença de micropoluentes orgânicos nas águas gera riscos à saúde pública e ambiental e esses contaminantes não são facilmente removidos pelos métodos convencionais de tratamento de água para potabilização. Assim, a introdução dessas substâncias nas águas dos mananciais deve ser mitigada.

Os problemas associados à poluição hídrica no país são agravados também pelo monitoramento precário, pela fiscalização ambiental ineficiente e flexibilização na legislação. Os agentes públicos e a sociedade devem compreender que preservar a qualidade dos mananciais de abastecimento público promove a desoneração do sistema de saúde, sendo imprescindível a adoção de políticas públicas mais efetivas para o controle e a divulgação dos riscos potenciais associados à poluição das águas.

Nas regiões semiáridas, buscou-se com mais veemência a segurança hídrica, devido aos recentes prolongados períodos de seca, que levaram a crises hídricas nos principais centros urbanos do país. De acordo com *United Nations Educational, Scientific And Cultural Organization* (UNESCO, 2012), a segurança hídrica é definida como a capacidade de uma população proteger o acesso à água em quantidade e qualidade adequadas para manter preservados a saúde humana e o ecossistema.

A crise hídrica que afetou o sudeste do Brasil entre 2014 e 2017 evidenciou a importância da preservação da qualidade dos mananciais nessa região. Projeções da Agência Nacional de Águas (ANA, 2019) indicam que em 2030, no Brasil, haverá demanda hídrica de retirada de suprimento de água 2.000% maior do que

em 1931, resultando em risco de ocorrência de balanço hídrico, entre oferta e demanda de água, negativo. Em 2019 foi publicado o Plano Nacional de Segurança Hídrica (PNSH), elaborado pela ANA, para ser o instrumento de tomada de decisões acerca de um cenário ideal de segurança hídrica.

Segundo IGAM (2018), a escassez hídrica evidenciou a *fragilidade dos órgãos gestores*, que não estavam amparados com arcabouços regulatórios ou instrumentos próprios para lidar com a crise, bem como dos Comitês de Bacias Hidrográficas (CBH), órgãos deliberativos e normativos que arbitraram em primeira instância administrativa os conflitos relacionados com os recursos hídricos na sua área territorial de atuação. Esse cenário fez com que o Conselho Estadual de Recursos Hídricos (CERH) estabelecesse diretrizes e critérios gerais para a definição de situação crítica de escassez hídrica e estado de restrição de uso de recursos hídricos superficiais nas porções hidrográficas no estado de Minas Gerais, mediante a publicação da Deliberação Normativa CERH nº 49/2015.

Conforme consta na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), Art. 225, “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público controlar o uso de substâncias que ocasionem risco à qualidade de vida e ao meio ambiente.

Em Minas Gerais, a SEMAD é que fiscaliza e licencia as atividades potencialmente poluidoras. Entretanto, os responsáveis em ditar normas sobre o tratamento do esgoto e nível/teor de poluente permitido a ser lançado nos corpos hídricos são o Conselho Estadual de Políticas Ambientais (COPAM) e o CERH.

Graças a essa atribuição normativa, o COPAM editou a Deliberação Normativa (DN) COPAM nº 10/1986 (revogada) que estabelecia

padrões para lançamento de esgoto sanitário nas coleções hídricas do estado de Minas Gerais. Posteriormente, ocorreram três alterações dessa norma, uma em 2001, outra em 2008, com a edição da DN Conjunta COPAM/CERH nº 1/2008 (revogada) e, em 2022, mediante publicação da DN Conjunta COPAM/CERH nº 8/2022 (em vigor), que estabeleceram arbitrariamente padrões menos rigorosos para o lançamento de esgotos sanitários em cursos d'água. Menos exigentes do que a norma anterior publicada em 1986, contrapuseram, pelo menos, aos princípios da prevenção e da motivação, bem como do *in dubio pro salute*, à regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social e ambiental, fundada no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito. De acordo com essa regra, não é possível mutilar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque mutilá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais, no caso o art. 225 da CRFB/88. Essa alteração contrapõe aos instrumentos, aos objetivos e aos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/1997), ao permitir a alteração do enquadramento do curso d'água (na zona de mistura) e ao não estabelecer uma extensão máxima, em função das características dos corpos d'água receptores, para que isso ocorra.

Tal fato restringe os usos múltiplos das águas de usuários situados a jusante do lançamento. Assim, as deliberações normativas flexibilizadas permitiram que as estações de tratamento de esgotos sanitários (ETE) pudessem ser menos eficientes, acarretando lançamento de esgoto com maior concentração de poluentes nos corpos d'água, que muitas vezes se tornam mananciais de abastecimento público.

A comparação e análise da normatização de padrões de lançamento de Minas Gerais responderá se a norma vigente contraria o princípio da vedação ao retrocesso social e ambiental, bem como a possibilidade de ser questionada, por meio do controle judicial de constitucionalidade.



---

## 2. Dos padrões de lançamento de esgotos sanitários em Minas Gerais

Conforme consta na Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, art. 3º, inciso III, alínea “e”, poluição é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Os padrões ambientais relacionados ao tratamento de esgotos sanitários são estabelecidos, em nível federal, pelo CONAMA (Resolução CONAMA nº 430/2011) e, em Minas Gerais, pelo COPAM e CERH. Esses Conselhos Estaduais fazem parte do Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos de Minas Gerais (SISEMA).

A primeira norma estadual que tratava dos padrões de lançamento de esgoto (DN COPAM nº 10/1986 - revogada), buscava atender aos padrões da literatura técnica nacional e internacional quanto à proteção dos recursos hídricos em face da poluição.

Conforme a DN COPAM nº 10/1986, o estado de Minas Gerais exigia que para o lançamento dos esgotos sanitários houvesse eficiência mínima de remoção de DBO de 85% e de 90% para DQO (demanda química de oxigênio), amônia (nitrogênio amoniacal total) até 5 mg/L N, detergentes até 2 mg/L e óleos e graxas até 20 mg/L (minerais) e 50 mg/L (vegetais e gorduras animais). Com a revogação da DN COPAM nº 10/1986 e a publicação das normas supervenientes, ETes menos eficientes tornaram-se legalizadas, culminando com o lançamento, em cursos d’água, de esgotos tratados com maior concentração de poluentes, elevando suas concentrações no meio aquático.

Nesse contexto, SOARES et. al. 2008, p. 14, depois de analisarem a Deliberação Normativa Conjunta COPAM/CERH-MG nº. 1/2008, verificaram “que os referidos dispositivos apresentam parâmetros que conduzem a um retrocesso quanto aos aspectos ecológicos, os quais deverão ser alterados, nos termos circunstanciados no corpo deste documento”.

Em 2001, a DN COPAM nº 46, sobre padrões de lançamento de efluentes referentes à matéria orgânica para sistemas de tratamento de esgotos sanitários, alterou as eficiências de remoção de DBO e DQO exigidas pela DN COPAM nº 10/86. O referido índice de remoção de DBO, estabelecido anteriormente como 85%, reduziu-se, sem motivação técnica, para 60% e o de DQO foi modificado de 90% para 60%.

E ainda em 2008, sem a publicação de qualquer estudo técnico científico a justificar, votou-se a DN COPAM/CERH nº 1/2008, que revogou a DN COPAM nº 10/1986, alterando e flexibilizando os padrões – DBO, DQO, detergentes e amônia (nitrogênio amoniacal total) – de lançamento de efluentes sanitários nos recursos hídricos de Minas Gerais.

Naquele momento, não houve preocupação da Administração Pública em adotar qualquer outra política para reduzir a poluição dos corpos hídricos no estado de Minas Gerais, ocasionada por poluentes de esgotos sanitários e outras fontes.

A Deliberação Normativa de 2008 passou a exigir um tratamento de esgoto sanitário que resultasse em somente 60% de redução de DBO e 55% de redução de DQO nos recursos hídricos e deixou de exigir limites para os padrões amônia (nitrogênio amoniacal total) e detergentes para esses efluentes.

Em 2022, a DN nº 1/2008 foi revogada e passou a vigorar a DN nº 8/2022, na qual as flexibilizações para DBO, DQO e detergente permaneceram e ainda tornou mais permissível a concentração do padrão de lançamento de óleos e graxas para esgoto sanitário. Essa nova deliberação retomou a exigência de monitoramento do parâmetro “nitrogênio amoniacal”, embora com maior permissividade da concentração final, em relação à exigência da DN COPAM nº 10/1986.

Conforme Tabela 1, pode-se observar a evolução (em retrocesso protetivo) das normas mineiras, sobre as exigências da eficiência do tratamento dos esgotos sanitários, quanto aos padrões DBO, DQO, amônia (nitrogênio amoniacal), detergentes e óleos e graxas.

Tabela 1: Padrões de lançamento de esgoto sanitário estabelecidos por deliberação normativa de Minas Gerais.

Parâmetro	Padrões			
	DN n° 10/1986 (revogada)	DN n° 46/2001	DN COPAM/CERH n° 1/2008 (revogada)	DN COPAM/CERH n° 8/2022 (em vigor)
DBO	60 mg/L ou 85% de remoção	60 mg/L ou 60% de remoção	60 mg/L ou 60% de remoção, com média anual superior a 70%	60 mg/L ou 60% de remoção, com média anual superior a 70%
DQO	90 mg/L ou 90% de remoção	90 mg/L ou 60% de remoção	180 mg/L ou 55% de remoção, com média anual superior a 65%	180 mg/L ou 55% de remoção, com média anual superior a 65%
Amônia (Nitrogênio Amoniacal Total)	5 mg/L N	-	Não exigido	20 mg/L N
Detergentes	2 mg/L	-	Não exigido	Não exigido
Óleos e graxas	Minerais: 20 mg/L Vegetais e gorduras animais: 50 mg/L	-	Minerais: 20 mg/L Vegetais e gorduras animais: 50 mg/L	Substâncias solúveis em hexano (óleos e graxas): 100 mg/L

Segundo artigo publicado e apresentado no IX Congresso Brasileiro de Gestão Ambiental, novembro de 2018, acerca das DN COPAM n° 46/2001 e DN COPAM/CERH n° 1/2008:

(...) **as novas exigências quanto à remoção de DBO e DQO tornaram a norma incoerente.** A incoerência decorre da incompatibilidade dos percentuais de remoção exigidos, com o padrão numérico estabelecido – considerando que a concentração típica desses parâmetros no esgoto sanitário bruto, de acordo com a literatura técnica nacional e internacional, é de 300 mg/L e 600 mg/L respectivamente (SOARES; SILVA, 2018, p.3) [grifo nosso].

Portanto, essas normas não atenderam ao mínimo de proteção preconizado nas literaturas técnicas nacional e internacional, para preservação da qualidade dos corpos hídricos, o que coloca, conseqüentemente, em risco o equilíbrio da vida aquática e da saúde humana.

Em razão dessa flexibilização da norma, o sistema de tratamento de esgoto sanitário denominado UASB (*upflow anaerobic sludge blanket*) adequou-se aos padrões normativos, passando a tecnologia a ser adotada na maioria dos municípios mineiros pelas empresas concessionárias e autarquias municipais de prestação do serviço de esgotamento sanitário, em razão de seus baixos custos de implantação e operação.

Entretanto, o sistema UASB possui uma série de inconvenientes, conforme von Sperling (2014), que relaciona 34 concepções de tratamento secundário/terciário de esgotos sanitários, sendo o UASB o menos eficiente:

- a) possibilidade de emanação de maus odores devido à emissão de gás sulfídrico;
- b) baixa capacidade em tolerar cargas tóxicas;
- c) baixa eficiência na remoção de coliformes (bactérias indicadoras de contaminação fecal);
- d) possibilidade de geração de efluente (que será lançado em curso d'água) com aspecto desagradável;
- e) remoção praticamente nula de nitrogênio – N e fósforo – P (nutriente presente nos esgotos sanitários, sobretudo devido aos detergentes);
- f) razoável eficiência de remoção de matéria orgânica (DBO e DQO), parâmetros considerados de suma importância para caracterização do grau de poluição de um corpo d'água.

O gás sulfídrico é incolor, com odor desagradável e semelhante ao de ovos podres. Além de corrosivo, esse gás é altamente tóxico e irritante, atua sobre o sistema nervoso, os olhos e as vias respiratórias. A título de exemplificação, concentração de 0,035% desse gás no ar pode levar à morte após inalação prolongada e provocar edemas pulmonares. Percentuais acima desse valor, no ar, têm efeito letal em segundos. Exposição ao ar com 0,001 a 0,005% desse gás pode resultar em envenenamentos subagudos, com irritação dos olhos, leve dificuldade respiratória, vertigem e estados de excitação nervosa. Em relação aos odores, mesmo concentrações muito pequenas são perceptíveis aos seres humanos (o limite olfativo situa-se em cerca de 0,15 mg/m<sup>3</sup>), embora haja variações (VON SPERLING, 2014; FATMA, 1999).

Transcorridos vinte e dois anos da vigência da norma DN COPAM nº 46/2001 e quinze anos da DN COPAM/CERH nº 1/2008, já se pode constatar que o relativo baixo custo operacional do sistema pode não se justificar a médio e a longo prazos. Isso, conforme Soares e Silva (2018), devido aos inconvenientes associados ao sistema UASB, gerados pela emanção de gases fétidos e corrosivos, especialmente gás sulfídrico, resultando na necessidade de frequente substituição de componentes danificados (pela oxidação do gás corrosivo liberado do UASB) nas estações de tratamento de esgoto e principalmente de implementação de medidas onerosas de controle dos gases, o que na prática não é constatado.

Ademais, há estudos demonstrando que os micropoluentes liberados nos esgotos sanitários e lançados nos corpos hídricos, que são utilizados como mananciais de abastecimento público, podem provocar doenças endócrinas, câncer de mama e de testículo, além de interferir na fertilidade masculina (GHISELLI, JARDIM, 2007).

No Brasil, conforme Portaria GM/MS nº 888, de 4 de maio de 2021, é possível que uma água considerada potável apresente contaminação por substâncias ainda não legisladas e potencialmente nocivas ao ecossistema aquático e à saúde humana.

---

Logo, a flexibilização das normas que estabelecem padrões de lançamento de esgotos sanitários no estado mineiro compromete a qualidade das águas, pois as três últimas normas aprovadas pelo COPAM e CERH possibilitaram que as estações de tratamento de esgotos sanitários fossem menos eficientes, acarretando lançamento de esgotos com maior concentração de poluentes nos recursos hídricos.

Em Minas Gerais, de acordo com Chernicharo *et al.* (2018), um estudo que avaliou 219 ETEs no estado mineiro identificou a prevalência de reatores UASBs de todos os portes, representando cerca de 78% das ETEs mineiras e totalizando 170 estações. Esse fato também foi constatado nos autos da ACP nº 5208124-27.2019.8.13.0024, ajuizada pela 16ª Promotoria de Justiça Especializada de Defesa de Habitação e Urbanismo (fls. 487/492), que demonstraram que, somente na região metropolitana de Belo Horizonte, dos 165 reatores UASBs existentes, 124 foram implantados após publicação da DN COPAM/CERH nº 1/2008, representando incremento de 75% de reatores UASBs. Esse aumento acelerado na implantação desses reatores, além de decorrer da flexibilização dessas normas, ocorre sob a alegação da necessidade de universalizar a cobertura dos serviços de saneamento no estado. No entanto, a universalização deve ser realizada com qualidade para não comprometer negativamente o meio ambiente e a saúde pública.

E tal flexibilização é um benefício às empresas prestadoras desses serviços no estado de Minas Gerais, já que o sistema “UASB”, mais adotado nos últimos anos, que atende aos padrões flexibilizados, possui baixos custos de instalação e operação, se comparado às modalidades aeróbias. As DN COPAM nº 46/2001, DN COPAM/CERH nº 1/2008 e DN COPAM/CERH nº 8/2022, entretanto, não trouxeram benefício ao cidadão/usuário, porque essa redução de despesas, devido ao sistema de cobrança dos serviços de esgotamento sanitário como tarifa (e não taxa), conforme esclarece

Amaral (2015), impossibilita esse repasse de redução de custos ao consumidor. Assim, a vantagem econômica apresentada pelos sistemas UASB beneficia exclusivamente o prestador de serviços.

Silva (2020) evidenciou aumentos das violações aos enquadramentos dos corpos de água de Minas Gerais, após o lançamento dos efluentes das ETEs, com destaque para os parâmetros nitrogênio amoniacal total e detergentes. Esse autor avaliou dados secundários de monitoramento, compreendidos entre 2006 e 2019, de 49 ETEs de Minas Gerais e de seus respectivos corpos receptores. A comparação de diversas tecnologias de tratamento identificou desempenhos piores para modalidades anaeróbias, em especial as que empregam reatores UASB, que resultaram em maior concentração de poluentes no efluente dos sistemas de tratamento. Apesar de estar amplamente implantada em Minas Gerais, a tecnologia UASB foi associada ao descumprimento de padrões ambientais dos corpos hídricos receptores dos efluentes, ocasionando impactos negativos ao meio ambiente e riscos à saúde humana, mesmo com a flexibilização das normas.

### **3. Das consequências da flexibilização dos padrões de lançamento de esgoto**

A alteração dos padrões de lançamento contribui para o maior aporte de poluentes nos corpos de água, entre esses os micropoluentes, que apresentam potencial danoso ao meio ambiente e à saúde humana, mesmo em baixas concentrações (HASHMI, WANG, AHMED, 2022; SARAIVA SOARES e LEÃO, 2015; PETROVIĆ et al., 2003).

Corpos de água receptores de esgotos podem se tornar mananciais de abastecimento público em localidades situadas a jusante dos lançamentos (BRASIL, 2005)<sup>1</sup>. No entanto, as técnicas convencionais de tratamento para potabilização da água, normal-

---

1 Resolução CONAMA nº 357/2005, art. 18. § 3º, I. “para efluentes lançados em corpos receptores de água doce Classes 1 e 2 (...)”.

mente adotadas no país não promovem a remoção eficiente dos micropoluentes orgânicos (KHAN et al., 2022; PETROVIĆ et al., 2003; VIENO et al., 2005; STACKELBERG et. al., 2007; ORMAD & MIGUEL, 2008; THUY et. al., 2008; MOREIRA et al., 2009; LOPES et al., 2010; USGS, 2011; ZEARLEY & SUMMERS, 2012; SARAIVA SOARES et. al., 2013).

No Brasil, considera-se potável a água que atenda aos requisitos estabelecidos na Portaria GM/MS nº 888, de 4 de maio de 2021. No entanto, essa norma relaciona poucos micropoluentes. Assim, é possível que uma água considerada potável apresente contaminação por substâncias ainda não legisladas, as quais, todavia, podem ser potencialmente nocivas à saúde humana. Assim, a água pode ser considerada potável (atender aos requisitos da norma) e não estar isenta dessas substâncias com potencial danoso à saúde pública.

Na Europa, os parâmetros e respectivos padrões de qualidade estão estabelecidos na diretiva *Drinking Water Directive* (EU) 2020/2184 (EUROPEAN UNION, 2020), que revogou a *Council Directive* 98/83/EC e suas atualizações e se baseia nos guias da Organização Mundial de Saúde (OMS) e no Comitê Científico Europeu (*European Commission's Scientific Advisory Committee*). Os Estados-Membros, não sendo menos rigorosos, podem seguir os preceitos dessa diretiva para estabelecer seus próprios padrões de qualidade. O texto consolidado dessa Diretiva encontra-se no Diretório da legislação consolidada da União Europeia. Esta Diretiva obriga à investigação de certos poluentes emergentes (fármacos, disruptores endócrinos e outros) nas águas para consumo humano para constatar se estão em níveis perigosos para a saúde humana (EUROPEAN UNION, 2020).

Assim, o fato de a norma vigente no estado de Minas Gerais (DN conjunta COPAM/CERH nº 8/2022) estar mais permissiva no que tange aos padrões de lançamento de esgoto sanitário, torna os mananciais de abastecimento público mais suscetíveis à contaminação e, conseqüentemente, a saúde pública mais vulnerável. Diante dis-



so, não se deve consentir que os padrões de lançamento de esgotos sanitários nos corpos de água continuem flexibilizados.

A Figura 1 demonstra a rota de contaminação dos mananciais de abastecimento público favorecida pela flexibilização dos padrões de lançamento de esgotos.

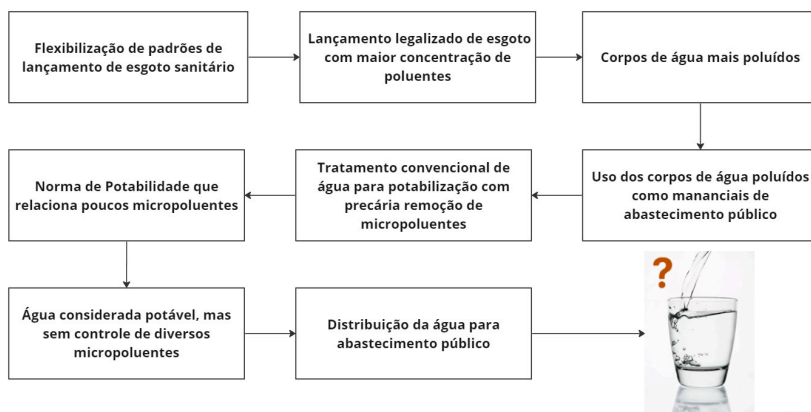


Figura 1. Rota de contaminação das águas de abastecimento público.

#### 4. Da inconstitucionalidade das normas que flexibilizaram padrões de lançamento de esgotos sanitários estabelecidos na DN COPAM 10/1986

Com a edição da DN COPAM nº 46/2001, DN COPAM/CERH nº 1/2008 e DN COPAM/CERH nº 8/2022 houve diminuição na proteção da qualidade das águas, que havia sido assegurada pela norma anterior (DN COPAM 10/1986), o que implicou em desfalque protetivo em relação a um direito já incorporado ao patrimônio da coletividade, qual seja, o direito a um tratamento de esgoto eficiente, que não coloque em risco o equilíbrio aquático e a saúde humana.

Em contrapartida, não se aprovou política substitutiva ou equivalente para compensar este desfalque protetivo em relação ao direito já incorporado ao patrimônio da coletividade.

As normas DN COPAM nº 46/2001, DN COPAM/CERH nº 1/2008 e DN COPAM/CERH nº 8/2022 diminuíram a proteção sobre a qualidade dos recursos hídricos de Minas Gerais, emitindo regras que, com certeza, enveredaram pela via da inconstitucionalidade, demonstrando o retrocesso normativo.

O direito ao meio ambiente equilibrado e sadio deve-se destacar e vedar qualquer possibilidade de alteração normativa que permita “retrocesso social” ou situações de enfraquecimento ou esvaziamento de tal preceito.

Canotilho e Leite (2015) ao examinar os contornos do princípio da proibição do retrocesso social, assim se manifestaram:

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado (CANOTILHO; LEITE, 2015).

O *princípio da proibição do retrocesso social* pode ser visto como uma cláusula geral de proteção dos direitos fundamentais (dentre eles o direito ao meio ambiente que promova a sadia qualidade de vida), especializados pela legislação infraconstitucional, e que assume uma função de defesa para o cidadão, contra as ingerências do Leviatã. A também chamada cláusula de vedação do retrocesso foi concebida na Europa, mais precisamente na Alemanha e em Portugal, como decorrência do Estado Democrático de Direito e sua função de garantidor das conquistas atingidas em termos de direitos fundamentais, cujo conteúdo vem bem delimitado no fragmento deste acórdão da Corte Constitucional Portuguesa:

[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa e consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social' (Acórdão n. 39/84 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa).

Sarlet (2001), ao realizar uma abordagem contextualizada da proibição do retrocesso, chegou à conclusão de que é possível considerá-la como implícita à Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Segundo o autor, a norma decorre implicitamente não só da noção de Estado Democrático de Direito, sufragada, como já dito, por nossa Constituição, mas também do já mencionado princípio da dignidade da pessoa humana. Outrossim, dos princípios da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, art. 5º, § 1, da CRFB/88; da segurança jurídica; da proteção da confiança, entre outros.

A eficácia vedativa do retrocesso propõe exigir do Judiciário a invalidade da revogação das normas que, ao regulamentar o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que essa revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. A ideia é que a revogação de um direito, já incorporado como efeito próprio do princípio constitucional, o esvazia e viola, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional.

O egrégio TJRS, por meio do Acórdão proferido na ADIN 70005054010, em 16/12/2002, declarou inconstitucional Emenda Constitucional que permitia a realização de queimadas no estado, adotando como fundamento a proibição do retrocesso social (TJRS, 2002).

## Colhe-se do acórdão o seguinte trecho:

A doutrina qualifica o direito ao meio ambiente como direito fundamental de terceira geração, inserindo dentre os direitos de solidariedade, direitos de fraternidade ou direitos dos povos. Firmada a fundamentalidade do direito ao meio ambiente equilibrado e sadio, deve-se destacar que tal 'status' veda qualquer possibilidade de emenda constitucional que permita situações de enfraquecimento ou esvaziamento do preceito, tanto quanto aquilo que a parte da doutrina chama 'retrocesso social'.

“E a atual redação do art. 251, §1º, XIII, da CF enfraquece substancialmente o direito à proteção ambiental, ferindo cláusula pétreia, limite material ao poder de reforma constitucional. A ressalva posta no dispositivo legal ora atacado, na realidade, esvazia a regra do combate às queimadas, enquanto medida de proteção ambiental, privilegiando interesses outros incompatíveis com direito fundamental em tela (TJRS, ADIN 70005054010, 2002).

O princípio da vedação do retrocesso também vem sendo amplamente utilizado no STJ, para afastar a aplicabilidade de normas menos protetivas, a exemplo do acórdão em sede de Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 302.906 – SP, figura como relator o Ministro Herman Benjamin.

Dessa forma, DN COPAM nº 46/2001, DN COPAM/CERH nº 1/2008 e DN COPAM/CERH nº 8/2022, por diminuírem os limites da proteção dos corpos hídricos – sem qualquer tipo de fundamentação ou compensação pelo retrocesso, embora anteriormente tenham sido protegidos pela DN COPAM 10/1986, são inconstitucionais por afrontar o princípio da proibição do retrocesso de conquistas sociais.

Cabe a transcrição de trecho de decisão proferida pelo relator Ministro Herman Benjamin, em sede do Recurso Especial 1. 310. 471 - SP (2011 / 0293295 - 2), acerca do papel do Judiciário,

---

quando o assunto envolver saúde humana ameaçada por normas nacionais que dispõem sobre padrões mais flexíveis:

(...)Inferência da ampla e inafastável proteção constitucional da saúde, aqui vigora *cláusula geral* implícita no sentido de que os padrões, critérios e parâmetros nacionais devem ser lidos à luz daqueles acordados, inclusive com a intervenção do Brasil, pela comunidade científica internacional. Consequentemente, sob o manto da razoabilidade, o Judiciário pode - e por se tratar de saúde humana, deve - adotar referências mais rigorosas da Organização Mundial de Saúde - OMS. Primeiro, porque, muito além de ordinário e fortuito aplicador-cego de normas regulamentares expedidas pela Administração Pública, nem sempre isenta na salvaguarda dos vulneráveis ou imune à captura precisamente por aqueles a quem incumbiria controlar, o juiz é, antes de tudo, fiscal último da eficácia da norma constitucional que garante, de maneira absoluta, a saúde como “direito de todos e dever do Estado” (art. 196, *caput*, da Constituição). Segundo, porque, no campo sanitário-ambiental, mais do que em qualquer outro, imperam desinibidamente o princípio *in dubio pro salute* e o *princípio da precaução*, ilação lógica da constatação de que, no topo dos valores mais preciosos e resguardados pelo ordenamento, acham-se a vida e a saúde. Terceiro, porque no universo dos agentes tóxicos, carcinogênicos, mutagênicos, teratogênicos e ecotóxicos, exatamente pelos riscos individuais e coletivos a que se submetem pessoas, gerações futuras e meio ambiente, o juiz está adstrito à leitura e aplicação rigorosa do axioma *neminem laedere* (= na convivência civil, e agora também na convivência planetária, o dever de não causar dano). Utilização que opera numa perspectiva rejuvenescida, muito além do campo restrito da responsabilidade civil clássica - isto é, de simples obrigação negativa ou de abstenção, e da imposição de reparar eventuais prejuízos (arts. 186 e 187 do Código Civil). Ao contrário, com olhos postos nos riscos e orientado preventiva ou precautariamente, trata-se de esforço destinado a *evitar e mitigar danos*, mormente os coletivos, intergeracionais, e de difícil identificação, quantificação e reparação (STJ, Resp 1.310.471 – SP, Rel. Min Herman Benjamin).

Assim, é perfeitamente possível a declaração parcial, incidental ou direta da inconstitucionalidade da norma em vigor - DN COPAM/CERH 8/2022 -, passando a prevalecer a parte mais protetiva da DN COPAM 10/1986.

## 5. Considerações Finais

A flexibilização das normas mineiras, estabelecedoras dos padrões de lançamento de esgotos, implicou na possibilidade de maior aporte de poluentes, resistentes ao tratamento convencional para potabilização de água, nos recursos hídricos, que muitas vezes se tornam mananciais de abastecimento público.

A portaria de potabilidade brasileira é menos exigente do que a europeia, por exemplo, que requer investigação de diversos micropoluentes nas águas para conhecer se estão em níveis considerados de risco para a saúde humana. No Brasil, água considerada potável pode não estar isenta de substâncias que oferecem risco à saúde. Daí a necessidade de privilegiar ações preventivas que concorram para promover a qualidade das águas e evitar sua contaminação, como predispõe o princípio *in dubio pro salute*.

O princípio da vedação ao retrocesso ambiental encontra amparo na CRFB/88, porquanto promove a sadia qualidade de vida para a presente e futuras gerações ao assegurar que conquistas sociais e de proteção ambientais alcançadas não sejam ameaçadas em razão de argumentos despidos de fundamentos razoáveis.

Ademais, o princípio da vedação ao retrocesso social e ambiental é, além de um princípio, a expressão de um dever de não regressão que se impõe à Administração Pública.

A despeito disso, a Administração Pública, no âmbito de Minas Gerais, editou normas (DN COPAM nº 46/2001, DN COPAM/CERH nº 1/2008 e DN COPAM/CERH nº 8/2022) que permitiram

que o tratamento de esgoto sanitário fosse menos eficiente que em outros estados-membros. A referida flexibilização contribuiu para gerar maior poluição hídrica, a comparar com a DN COPAM 10/1986, que vigorava no estado, colocando em risco os ecossistemas aquáticos e os seres humanos, que por esse fato se tornam mais suscetíveis a contrair doenças crônicas como endócrinas, câncer e infertilidade.

O acesso à água isenta de contaminação é um direito humano universal, proclamado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 28/7/2010, bem como o sexto dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) inseridos na Agenda 2030 da ONU. O retrocesso apresentado neste artigo com a flexibilização dos padrões de lançamento de esgoto sanitário está na direção oposta da Agenda 2030 e contraria as políticas nacionais que visam à garantia da segurança hídrica, vez que a legislação mineira em vigor permite a contaminação dos mananciais, com degradação da qualidade da água.

Dessa forma, é possível questionar parcialmente a constitucionalidade da norma mineira em vigor, pelos controles difuso ou concentrado. Sugere-se voltar a prevalecer os padrões estabelecidos na DN COPAM 10/1986, porque se exigia um tratamento de esgotos sanitários condizente com os planos, instrumentos, diretrizes, objetivos e fundamentos estabelecidos na Política Nacional de Recursos Hídricos, dentre outras normas que visam à tutela dos bens jurídicos “vida”, “água” e “saúde”, que constituem direitos humanos fundamentais.

Recomenda-se, portanto, que – em Minas Gerais – os padrões de lançamento de esgoto sanitário retornem àqueles anteriormente estabelecidos na DN COPAM nº 10/1986 para matéria orgânica (DBO e DQO), nitrogênio amoniacal (amônia) e óleos e graxas. Ademais, que o parâmetro “detergentes” seja considerado também para os esgotos sanitários, com a mesma restrição dessa de liberação, que é mais protetiva.

Por fim, ressalta-se que todo esforço deverá ser despendido para que os corpos de água, mananciais atuais ou futuros, tenham suas qualidades preservadas, vez que isso tem reflexo direto na qualidade da saúde humana e do meio ambiente.

## Referências

AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS (ANA). *Atlas esgotos*. 2017. Superintendência de Planejamento de Recursos Hídricos – SPR. Brasília/DF, 2017. Disponível em: <<http://atlasesgotos.ana.gov.br/>>. Acesso em maio 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS (ANA). *Plano Nacional de Segurança Hídrica*. 2019. Ministério do Desenvolvimento Regional – MDR. Brasília/DF, 2019. Disponível em: <<http://arquivos.ana.gov.br/pnsh/pnsh.pdf>>. Acesso em maio 2023.

AMARAL, P. A. D. *Aulas de direito tributário*. Belo Horizonte: D'plácido editora. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em maio 2023.

BRASIL. *Lei 6938, de 31 de agosto de 1981*. Institui a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 31 ago. 1981.

BRASIL. *Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997*. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Diário Oficial, Brasília, 09 jan. 1997.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS nº 888, de 4 de maio de 2021*. Altera o Anexo XX da Portaria de Consolidação GM/MS nº 5, de 28 de setembro de 2017, para dispor sobre os procedimentos de controle e de vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade. 2021.

CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.) *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHERNICHARO, C. A. L.; RIBEIRO, T. B.; GARCIA, G. B.; LERMONTOV, A.; PLATZER, C. J.; POSSETTI, G. R. C.; LEITES, M.A. L.; ROSSETO, R. Panorama do tratamento de esgoto sanitário nas regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste do Brasil: tecnologias mais empregadas. *Revista DAE*, n. 213, v. 65, p. 5-19, 2018.

CONAMA (CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE). *Resolução CONAMA Nº 357/2011*. “Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências.” - Data da legislação: 17/03/2005 - Publicação DOU nº 053, de 18/03/2005, págs. 58-63.

CONAMA (CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE). *Resolução CONAMA Nº 430/2011*. “Dispõe sobre condições e padrões de lançamento de efluentes, complementa e altera a Resolução no 357, de 17 de março de 2005, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA.” - Data da legislação: 13/05/2011 - Publicação DOU nº 92, de 16/05/2011, pág. 89.



COUNCIL DIRECTIVE. Directive 98/83/EC. Quality of water intended for human consumption. *Official Journal of the European Communities*. N. L 330/32. 3 de nov. 1998.

EUROPEAN UNION. Directive (EU) 2020/2184 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on the quality of water intended for human consumption. *Official Journal of the European Union*, L 435/1, 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2020/2184/oj>. Acesso em: maio 2023.

FATMA (FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE SANTA CATARINA). *Relevância de Parâmetros de Qualidade das Águas Aplicados à Águas Correntes*. Parte I: Características Gerais, nutrientes, elementos-traço e substâncias nocivas inorgânicas, características biológicas / Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina; tradução de Jörg Henri Saar. Florianópolis: FATMA/GTZ, 1999. 108 p.

GHISELLI, G.; JARDIM, W. Interferentes endócrinos no ambiente. *Química nova*, v. 30, p. 695-706, 2007.

INSTITUTO MINEIRO DE GESTÃO DAS ÁGUAS (IGAM). RELATÓRIO ANUAL GESTÃO E SITUAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS DE MINAS GERAIS – 2014/2017. Belo Horizonte: IGAM, 2018. Disponível em: <[http://www.igam.mg.gov.br/images/stories/2019/RELAT%C3%93RIOS/Conjuntura\\_2017\\_completo.pdf](http://www.igam.mg.gov.br/images/stories/2019/RELAT%C3%93RIOS/Conjuntura_2017_completo.pdf)>. Acesso em: maio 2023.

LOPES L.G.; MARCHI, M.R.R.; SOUZA, J.B.G.; MOURA, J.A.; LORENZON, C.S.; CRUZ C.; AMARAL, L.A. Estrogênios em águas naturais e tratadas da Região de Jaboticabal – São Paulo. *Química Nova*. 2010;33(3):639-43.

MINAS GERAIS. *Deliberação Normativa COPAM nº 10/1986* (Revogada). Estabelece normas e padrões para qualidade das águas, lançamento de efluentes nas coleções de águas, e dá outras providências. Publicação - Diário do Executivo - "Minas Gerais" - 10/01/1987.

MINAS GERAIS. *Deliberação Normativa COPAM nº 46/2001* (Revogada). Estabelece alteração no limite de eficiência de remoção em termos de Demanda Bioquímica de Oxigênio e Demanda Química de Oxigênio para os sistemas de tratamento de esgotos domésticos e de percolado de aterros sanitários municipais e dá outras providências. Publicação - Diário do Executivo - "Minas Gerais" - 10/08/2001

MINAS GERAIS. *Deliberação Normativa conjunta COPAM/CERH nº 1/2008* (Revogada). Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências. Publicação – Diário do Executivo – “Minas Gerais” – 13/05/2008.

MINAS GERAIS. *Deliberação Normativa CERH nº 49/2015*. Estabelece diretriz e critérios gerais para a definição de situação crítica de escassez hídrica e estado de restrição de uso de recursos hídricos superficiais nas porções hidrográficas no Estado de Minas Gerais. Publicação – Diário do Executivo – “Minas Gerais” – 26/03/2015.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. *Panorama de abastecimento de água e esgotamento sanitário 2021*. Belo Horizonte: SEMAD, 2021. 106 p. Disponível em: [https://www.agenciaminas.mg.gov.br/ckeditor\\_assets/attachments/12543/panorama\\_abastecimento\\_de\\_agua\\_e\\_esgotamento.pdf](https://www.agenciaminas.mg.gov.br/ckeditor_assets/attachments/12543/panorama_abastecimento_de_agua_e_esgotamento.pdf). Acesso em: maio 2023.

MINAS GERAIS. *Deliberação Normativa conjunta COPAM-CERH/MG nº 8, de 21 de novembro de 2022*. Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências. Publicação – Diário do Executivo – “Minas Gerais” – 02/12/2022.

---

MOREIRA, D.S.; AQUINO, S.F.; AFONSO, R.J.C.F.; SANTOS, E.P.P.C.; PÁDUA, V.L. *Occurrence of endocrine disrupting compounds in water sources of Belo Horizonte Metropolitan Area, Brazil. Environ Technol.* 2009;30(10):1041-9.

HASHM, M. Z.; WANG S., AHMED, Z. *Environmental Micropollutants*, Elsevier, 2022. Page iv. ISBN 9780323905558.

KHAN A., ALLI, J.; JAMIL, S. U. U.; ZAHRA N., TAYABA, T.B.; IQBAL, M. J.; WASEEM, H. Chapter 22 - Removal of micropollutants, Editor(s): Muhammad Zaffar Hashmi, Shuhong Wang, Zulkfil Ahmed. In *Advances in Pollution Research, Environmental Micropollutants*, Elsevier, 2022, Pages 443-461. ISBN 9780323905558. DOI <https://doi.org/10.1016/B978-0-323-90555-8.00012-X>.

ORMAD, M. P.; MIGUEL, N., et al. Pesticides removal in the process of drinking water production. *Chemosphere*, v. 71, n. 1, p. 97-106, mar. 2008.

PETROVIĆ, M.; GONZALEZ, S; BARCELÓ, D. Analysis and removal of emerging contaminants in wastewater and drinking water. *Trends Analyt Chem.* 2003;22(10):685-96.

SARAIVA SOARES; A. F.; LEÃO, M. M. D.; VIANNA NETO, M. R.; COSTA, E. P. da; OLIVEIRA, M. C.; AMARAL, N. B. Efficiency of conventional drinking water treatment process in the removal of endossulfan, ethylenethiourea, and 1,2,4-triazole. *Journal of Water Supply: Research and Technology-AQUA*, v. 62, n. 6, p. 367-376, ago. 2013.

SARAIVA SOARES, A. F.; LEÃO, M. M. D. Contaminação dos mananciais por micropoluentes e a precária remoção desses contaminantes nos tratamentos convencionais de água para potabilização. *De Jure* (Belo Horizonte), v. 14, p. 36-85, 2015.

SARLET, I. W. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, v. 1, n. 1, p. 45, 2001.

SILVA, L. F. de M. Desempenho de estações de tratamento de esgoto e impactos de seus efluentes em corpos de água receptores em Minas Gerais. Dissertação de Mestrado. DESA/Universidade Federal de Minas Gerais. 229 f. 2020.

SOARES, A. F. S.; MACHADO, A. O. V.; DINIZ, P. S. *Informações técnicas referentes à Deliberação Normativa Conjunta COPAM/CERH-MG Nº 1, de 5 de maio de 2008*. PARECER TÉCNICO MPMG. ID SGDP 1011391. 2008.

SOARES, A. F. S.; SILVA, L. F. M. Gestão da qualidade das águas: considerações técnicas acerca dos padrões de lançamento de esgoto em Minas Gerais. In: *CONGRESSO BRASILEIRO DE GESTÃO AMBIENTAL*. São Bernardo do Campo, novembro de 2018.

STACKELBERG, P. E.; GIBBS, J. et al. Efficiency of conventional drinking-water-treatment processes in removal of pharmaceuticals and other organic compounds. *Science of the Total Environment*, v. 377, n. 2-3, p. 255-272, maio 2007.

THUY, P. T.; MOONS, K.; VAN DIJK, J. C., et al. To what extent are pesticides removed from surface water during coagulation-flocculation? *Water and Environment Journal*, v. 22, n. 3, p. 217-223, jul. 2008.

TJRS (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL). Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda Constitucional nº 32/2002. Autorização do emprego de queimadas em hipóteses excepcionais mediante prévia permissão do Poder Público competente. Lesão ao direito à proteção ambiental. Preliminar de incompetência do TJRS. Desacolhimento. Inconstitucionalidade. *ADIn 70005054010*. Porto Alegre. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudenc>

Artigo

**Como as normas estabelecedoras de padrões de lançamento de esgoto em Minas Gerais se revelaram inconstitucionais e legalizaram o lançamento de mais poluentes nos mananciais de abastecimento público de água**

Alexandra Fátima Saraiva Soares | Thais Lamim Leal Thomaz | Luis Fernando de Morais Silva

---

cia> . Acesso em: maio 2023.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO). (DRAFT) Strategic plan of the eighth phase of IHP (IHP-VIII, 2014-2021). Paris: Unesco, 2012. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000216434>> . Acesso em: maio 2023.

USGS (UNITED STATE GEOLOGICAL SURVEY). Organic Compounds Assessed in Chattahoochee River Water Used for Public Supply near Atlanta, Georgia, 2004–05. *Fact Sheet 2011–3062*. June 2011. Disponível em: <https://pubs.usgs.gov/fs/2011/3062/pdf/fs2011-3062.pdf>. Acesso em maio 2023.

VIENO N.M.; TUHKANEN T.; KRONBERG L. Seasonal variation in the occurrence of pharmaceuticals in effluents from a sewage treatment plant and in the recipient water. *Environ Sci Technol*. 2005;39(21):8220-6.

VON SPERLING, M. *Princípios do tratamento biológico de águas residuárias*. Vol. 1. Introdução à qualidade das águas e ao tratamento de esgotos. Departamento de Engenharia Sanitária e Ambiental - UFMG. 4ª ed, 2014.

ZEARLEY, T. L.; SUMMERS R. S. Removal of trace organic micropollutants by drinking water biological filters. *Environ. Sci. Technol*. Colorado, United States 2012, 46, 9412–9419.

Artigo recebido em 18/12/2019.

Aprovado em 07/05/2021.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i37.413>

**91 - 112**

Artigo

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
DIFUSO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL:  
UMA ANÁLISE DO ART. 52, INCISO X,  
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998**

KARLA THAÍS NASCIMENTO SANTANA

# CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DO ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

DIFFUSE CONSTITUTIONALITY CONTROL AND CONSTITUTIONAL CHANGE:  
AN ANALYSIS OF ART. 52, ITEM X, OF THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION

KARLA THAÍS NASCIMENTO SANTANA

Advogada

Centro Universitário UniAges, Lagarto | Brasil

kaarlathais@live.com

**RESUMO:** A Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi considerada como o marco da redemocratização do país, uma vez que surgiu após um período marcado pela Ditadura Militar. Ela é classificada, quanto à sua alterabilidade, como rígida. Isso significa que, para que haja mudança no seu texto, é necessário um procedimento especial solene, diferente das demais normas, realizado pelo Poder Legislativo. Todavia, este fato não é compatível com a necessidade que a Carta Maior tem de estar sempre adequada ao contexto social, que se encontra em constante mudança. Por esse motivo, o Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial, vem atuando de forma a amoldar o Texto Constitucional às atuais conjunturas da sociedade por meio de decisões proferidas, principalmente, pelos tribunais superiores, que resultam na mudança informal das normas constitucionais, ou melhor, na mutação constitucional. Em suma, o presente artigo científico tem o objetivo de identificar como se deu a mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição, bem como seus principais fundamentos e sua importância para o ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, partindo de um estudo descritivo e exploratório, mediante a análise teórica e jurisprudencial, foi possível verificar que o novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal é de que o Senado Federal, que, de acordo com a norma supramencionada, possui a discricionariedade de editar resolução para suspender a lei declarada inconstitucional pelo controle de constitucionalidade difuso, passe apenas a dar publicidade à decisão, sendo que a esta será atribuída o efeito *erga omnes* e vinculante.

**PALAVRAS-CHAVE:** controle de constitucionalidade difuso; ativismo judicial; mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição; Reclamação nº 4.335/AC; teoria da abstratização do controle difuso de constitucionalidade.

**ABSTRACT:** The Brazilian Constitution, promulgated on October 5, 1988, was considered as the landmark of the country's redemocratization, since it emerged after a period marked by the Military Dictatorship. It is classified, as to its alterability, as rigid. This means that, for there to be a change in its text, it is necessary a special solemn procedure, different from the other rules, carried out by the Legislative Power. However, this fact is not compatible with the need that the Carta Maior has to be always adapted to the social context, which is constantly changing. For this reason, the Judiciary Power, through judicial activism, has been acting to shape the Constitutional Text to the current conjunctures of society through decisions rendered, mainly, by the higher courts that result in the informal change of constitutional norms, or better, on constitutional change. In short, this scientific article aims to identify how the constitutional mutation of art. 52, item X, of the Constitution, as well as its main foundations and its importance for the national legal system. Thus, starting from a descriptive and exploratory study, through theoretical and jurisprudential analysis, it was possible to verify that the new understanding signed by the Supreme Federal Court is that the Federal Senate, which, according to the aforementioned rule, has the discretion to edit resolution to suspend the law declared unconstitutional by the diffuse constitutionality control, proceed only to publicize the decision, and this will be attributed the *erga omnes* and binding effect.

**KEYWORDS:** diffuse constitutionality control; judicial activism; constitutional change in art. 52, item X, of the Constitution; Complaint 4335 /AC; theory of abstraction of diffuse constitutionality control.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Controle de Constitucionalidade Difuso. 3. O comportamento interpretativo do Poder Judiciário no Brasil. 4. Análise da Reclamação nº 4.335/AC. 5. Consequências da Mutação Constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição. 6. Teoria da Abstratização do Controle Difuso. 7. Conclusão. 8. Referências.

## 1. Introdução

A Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi considerada como o marco da redemocratização do país, uma vez que surgiu após um período marcado pela Ditadura Militar. Ela é classificada, quanto à sua alterabilidade, como rígida. Isso significa que, para que haja mudança no seu texto, é necessário um procedimento especial solene, diferente das demais normas, realizado pelo Poder Legislativo. Todavia, este fato não é compatível com a necessidade que a Carta Maior tem de estar sempre adequada ao contexto social, que se encontra em constante mudança. Por esse motivo, o Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial exercido pelo controle de constitucionalidade, especialmente em sede de controle difuso, vem atuando de forma a amoldar o Texto Constitucional às atuais conjunturas da sociedade por meio de decisões proferidas pelos tribunais superiores, que resultam na mudança informal das normas constitucionais, ou melhor, na mutação constitucional.

Nesse contexto, surge a discussão acerca da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, tema de grande repercussão no âmbito do direito constitucional na atualidade, que foi afirmada pelo voto do ministro Gilmar Mendes, na Reclamação nº 4.335/AC.

O artigo citado prevê que o Senado Federal deverá editar resolução, de forma discricionária, com o objetivo de suspender a lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, as deliberações oriun-

das das ações mencionadas deram ensejo a alterações relativas ao papel da respectiva Casa Legislativa. Assim, o Senado Federal, de acordo com o teor da norma supramencionada, seria o órgão deliberativo responsável pela edição de resolução para suspender a lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso e atribuir a esta o efeito *erga omnes* ou apenas daria publicidade às decisões da Suprema Corte?

O que se vê é que, a partir do ativismo exercido pelo Poder Judiciário, mediante a Reclamação nº 4.335/AC, houve uma verdadeira mudança informal no texto constitucional no que se refere ao art. 52, inciso X, da Constituição. A nova interpretação é que as deliberações do Pretório Excelso no controle incidental de constitucionalidade passaram a ter eficácia *erga omnes*, de forma automática, e não *inter partes*. Frise-se que, antes da referida alteração, o Senado Federal possuía a discricionariedade de editar resolução e atribuir à decisão o efeito vinculante. Agora, a respectiva Casa Legislativa foi encarregada apenas de dar publicidade à determinação proferida, para que esta passe a vincular todos os juízes e tribunais do país.

Trata-se da aplicação da abstrativização do controle difuso, isto é, o fato de as decisões no sistema de controle indireto de constitucionalidade serem dotadas de força *erga omnes*. A referida teoria é fundamentada no fato de a Constituição já atribuir o efeito vinculante a inúmeras determinações do Tribunal Superior em sede difusa, alheias à inconstitucionalidade de uma norma, sem necessitar da manifestação do Senado Federal.

Posto isto, o objetivo geral do presente artigo científico é alicerçar a importância de o Texto Constitucional estar atualizado quanto às mudanças político-sociais, que, a partir do processo de globalização, se tornaram mais rápidas. Já o objetivo específico está relacionado à imprescindibilidade de atribuir à eficácia *erga omnes* as decisões em sede de controle de constitucionalidade difuso proferidas pelo Pretório Excelso, sob a análise da Reclamação nº 4.335/AC.

---

No que tange à metodologia, a pesquisa se caracteriza como qualitativa e descritiva, visto que a sua finalidade se resume em entender e explicar como se dá a alteração informal da Constituição a partir da análise do histórico e do conceito do controle de constitucionalidade difuso, bem como da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Carta Maior; sua influência na aplicação da teoria da abstrativização do controle difuso, e a importância para o direito pátrio. Para tanto, foi utilizada a revisão bibliográfica como principal fonte exploratória do tema.

Primeiro se discorrerá sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente, o difuso, que possui inspiração no direito norte-americano e surgiu a partir do caso *Marbury versus Madison*. Também será mostrada a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e da participação do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade para que haja compreensão acerca da sua aplicabilidade.

Depois será retratado o comportamento interpretativo do Poder Judiciário e a importância do ativismo judicial como fundamento para a aplicação do instituto da mutação constitucional, tendo como base a alteração informal do art. 52, inciso X, da Carta Maior. Além disso, será descrito o seu alicerce, qual seja, o voto do ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335/AC.

Por fim, tratar-se-á da teoria da abstrativização do controle difuso, derivada da mutação constitucional do art. 52, inciso X, que significa atribuir às decisões do Supremo Tribunal o efeito *erga omnes* sem a necessidade de uma resolução do Senado Federal.

## **2. Controle de constitucionalidade difuso**

O controle de constitucionalidade tem como parâmetro o princípio da supremacia da Constituição, isto é, o fato de esta ocupar a cimeira do ordenamento jurídico. Em síntese, a noção de



controle de constitucionalidade dos atos de outro poder pelo Judiciário teve origem no início do século XIX, com o caso *Marbury versus Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte Americana, e responsável pelo desenvolvimento da doutrina *judicial review*, ou melhor, o controle atribuído aos órgãos do Poder Judiciário.

Ensina Bulos (2015, p. 193-195) que, no ano de 1797, os Estados Unidos eram governados pelo presidente John Adams, membro do Partido Federalista, e que era amplamente criticado pelo Partido Republicano por causa do posicionamento americano sobre o conflito entre França e Inglaterra. A então oposição dos federalistas acreditava que os Estados Unidos possuíam dívida histórica com a França, visto que a Europa foi uma grande aliada para sua independência. Ao fim do seu mandato, John Adams nomeou William Marbury para ocupar cargo estratégico no Poder Judiciário federal. Entretanto, antes de tomar posse, nas eleições de 1800, o Partido Federalista foi derrotado pelo Partido Republicano, que elegeu o presidente Thomas Jefferson. Este, por sua vez, ordenou ao Secretário de Estado, James Madison, que não concedesse a posse aos beneficiários. Recalcitrante, Marbury, com fulcro no *Judiciary Act*, ou seja, *writ of mandamus*, ajuizou ação para postular sua nomeação. Ainda de acordo com Bulos (2015, p. 191):

[...] a problemática era muito mais política do que jurídica. Enquanto a Corte Suprema era composta, em sua maioria, por federalistas, o Congresso e o Executivo eram controlados pelos republicanos, que nunca admitiram qualquer interferência direta do Judiciário nas deliberações do Executivo.

A Suprema Corte Americana, na pessoa de John Marshall, então *Chief Justice*, julga improcedente o pedido, com o argumento de que a referida lei utilizada por Marbury como fundamento para o seu pedido era contrária à Constituição americana e, portanto, devia ser considerada nula.

---

Nesse diapasão, Alexandre de Moraes (2017, p. 983) reafirma que a ideia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso *Marbury versus Madison* (1803), em que o Juiz Marshall, da Suprema Corte Americana, afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E, ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.

Surge, então, o controle de constitucionalidade difuso, chamado desta forma pelo fato de que qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, a partir de uma situação concreta, tem competência para realizá-lo, assim como no caso de *Marbury versus Madison*. Seu objetivo não é resguardar a supremacia da Constituição, mas, sim, proteger direitos subjetivos que estão ameaçados pela lei inconstitucional. A declaração incidental será feita na fundamentação da sentença e não se reveste de coisa julgada material, uma vez que o conteúdo está limitado à questão principal. Neste sentido, Alexandre de Moraes (2017, p. 735) discorre:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação.

No Brasil, o controle de constitucionalidade incidental surgiu a partir da edição do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Todavia, tornou-se efetivo por intermédio da Constituição de 1891, em seu art. 59, § 1º, “a” e “b”, que previa a competência para juízes e tribunais avaliarem a validade das leis em situações concretas, podendo, até mesmo, deixar de usá-las, caso entendessem por sua inconstitucionalidade. Para Luiz Streck (2018, p. 148), ele se deu a partir da designação de um órgão

de cúpula do Poder Judiciário que seria encarregado de realizar esse controle. Percebe-se, então, que o direito brasileiro se inspirou de forma direta no modelo constitucional americano de controle, cujas características já foram delineadas.

O controle incidental, no entanto, passou a ganhar maiores contornos com a Constituição de 1934, que trouxe em seu bojo a cláusula de reserva de plenário e a competência do Senado Federal para editar resolução que suspende a lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte. Mas só com a Constituição democrática, promulgada em 1988, o sistema misto de constitucionalidade, isto é, as hipóteses de declaração de inconstitucionalidade tanto pelo controle concentrado, quanto pelo difuso, ganhou destaque no direito brasileiro. De acordo com Barroso (2016, p. 88), o controle incidental difuso continuou a ser previsto de forma expressa, porém oblíqua, na disciplina do cabimento do recurso extraordinário, da qual decorre a inequívoca possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais.

Além disso, de acordo com o autor Lênio Streck (2018, p. 148), pelo controle difuso de constitucionalidade permite-se que, no curso de qualquer ação, seja arguida/suscitada a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo, em âmbito municipal, estadual ou federal. Assim, qualquer das partes pode levantar a questão da inconstitucionalidade, assim como também o Ministério Público e, de ofício, o juiz da causa.

A declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos faz com que estes sejam considerados nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia ou validade jurídica, até mesmo para atos passados praticados com fulcro nela. Todavia, o efeito *ex tunc* só será aplicado às partes e ao processo em que houver a declaração de forma incidental, o chamado efeito *inter partes*.

Todavia, já foi pacificado o entendimento de que tal questão se estende também ao controle incidental. Assim, poderá o STF ma-

nipular os efeitos da decisão para que esta não retroaja (efeito *ex tunc*), mas, sim, seja válida do trânsito em julgado da sentença em diante (efeito *ex nunc*).

Em aspecto subjetivo, o efeito do controle de constitucionalidade difuso possui efeito apenas entre as partes que compõem a lide, não se estendendo a terceiros. Assim, uma norma pode ser constitucional em um processo e inconstitucional em outro. De acordo com Nathalia Masson (2015, p. 1.083), cumpre informar que o efeito *inter partes* tem sido apontado como a principal desvantagem do controle difuso, pois dá oportunidade ao surgimento de uma multiplicidade de questões idênticas (ou mesmo muito semelhantes), ocasionando a marcante morosidade do Poder Judiciário, além de favorecer o surgimento de decisões judiciais contraditórias, o que enseja o descrédito na justiça pública.

Conclui-se que as decisões em controle difuso de constitucionalidade possuem efeitos *ex tunc* e *inter partes*. Todavia, o art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 autoriza o Senado Federal a editar resolução que suspenda a eficácia e validade da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF no controle incidental. Por consequência, o efeito restrito será ampliado e passará a ter efeito *erga omnes*. Segundo Nathalia Masson (2015, p. 1.083), vê-se, pois, que a decisão de inconstitucionalidade, por força do comando judicial emanado do STF, só produzia efeitos meramente *inter partes*, mas, em virtude da participação do Senado, passará a produzir efeitos *erga omnes*.

É assim que se perfaz a discussão principal do presente artigo científico, qual seja, a possibilidade de as decisões proferidas pela Suprema Corte em controle incidental possuírem efeitos *erga omnes* sem a atuação do Senado, a chamada abstrativização do controle difuso, disseminada pela decisão da Reclamação nº 4.335/AC, como se verá um pouco mais adiante.

### 3. O comportamento interpretativo do Poder Judiciário no Brasil

A Constituição brasileira, promulgada no dia 5 de outubro de 1988, foi fruto da Assembleia Constituinte (1987-1988), formada por membros do Legislativo, e trouxe consigo um rol extenso de direitos e garantias fundamentais. Um de seus direitos essenciais previstos é o do regime democrático, que assegura ao povo o poder político de decidir, por meio de voto direto, secreto, universal e periódico, os seus governantes, conforme preceitua o art. 60, § 4º, inciso II.

O teor democrático da Carta Maior foi desenvolvido com inspiração europeia advinda do pós-guerra, especialmente, no que diz respeito ao sobrepujamento do formalismo jurídico. Para Luís Roberto Barroso (2005, p. 5), o ordenamento jurídico nem sempre fornece ao aplicador do direito a norma pré-pronta, havendo casos nos quais a solução jurídica há de ser construída, por hermenêutica, pelo intérprete.

Nesse diapasão, a Constituição, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se no topo e é suprema às demais normas. Por isso, foram criados mecanismos essenciais à sua garantia, tal como o controle de constitucionalidade (*judicial review*). Apesar de ser considerada rígida por muitos doutrinadores, a Carta Magna apresenta uma característica axiológica, que consiste na aproximação do direito e da moral, facilitando a interpretação do seu texto de acordo com a realidade fática.

É a partir desse contexto que surge o Judiciário como poder imprescindível à garantia dos direitos fundamentais, em virtude da sua aproximação com a realidade cultural e social. Doravante, ao concretizar valores, o Judiciário aplica as leis de acordo com os casos concretos e realiza uma hermenêutica judicial ao interpretar as normas de acordo com a situação real ali narrada. Luís Roberto Barroso (2005, p. 14) ensina que, ao longo dos últimos anos, verificou-se uma crescente judicialização da vida, rótulo

que identifica o fato de que inúmeras questões de grande repercussão moral, econômica e social passaram a ter sua instância decisória final no Poder Judiciário e, com frequência, no Supremo Tribunal Federal.

O Judiciário, então, desempenha papel fundamental para o exercício da democracia, enquanto o Poder Legislativo encontra-se defasado perante a sociedade em razão dos inúmeros casos de corrupção a ele atrelados, além da omissão quanto à elaboração de leis e à desqualificação profissional de seus integrantes. Ainda, percebe-se que o primeiro poder se encontra mais próximo à sociedade em virtude da democratização do acesso à justiça, fazendo com que haja um alto nível de litigiosidade de questões sociais relevantes, que poderão, assim, ser abrangidas pelas decisões judiciais interpretativas.

Alguns doutrinadores classificam tal atuação como ativismo judicial. Trata-se, de acordo com Lênio Luiz Streck (2011, p. 16), de uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Há críticas relevantes associadas à atuação do Judiciário em face de questões relacionadas aos direitos fundamentais. Todavia, percebe-se que, na contemporaneidade, este atua no sentido de fazer cumprir a Constituição; portanto, não há o que se falar do conceito admoestado de ativismo, na medida em que não se trata de atuar como legislador.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2016), a expressão “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos e serviu como qualificação para a Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Para ele, seu conceito se baseia na ideia de participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais; o ativismo seria uma atitude, ou seja, um meio proativo de interpretar a Constituição, ampliando seu sentido.

Assim, o ativismo representa uma maior atividade judicial na resolução de conflitos e é derivado de inúmeros fatores culturais e sociais. A globalização faz com que as transformações da sociedade aconteçam de forma mais rápida, razão pela qual é imprescindível que as normas se adaptem às novas realidades que surgem. Não é sensato, por exemplo, a aplicação de normas constitucionais em sua literalidade, sem que haja amoldamento com a atualidade, uma vez que a realidade em 1988, data da promulgação do Texto Constitucional, era completamente diferente da dos dias atuais. Appio (2008, p. 308) ensina que:

[...] por isso, o ativismo é uma ferramenta que promove a democracia, nos casos em que a Suprema Corte compreende seu papel histórico, dispondo de credibilidade política suficiente para contrariar a vontade da maioria do Congresso ou quando protege direitos fundamentais.

Trata-se, então, de conceder uma nova roupagem aos direitos e às garantias fundamentais, sem, no entanto, ofendê-los, mas ampliando-os e garantindo, assim, uma sociedade livre, justa e solidária<sup>1</sup>, com a promoção da igualdade, fundada na isonomia, entre outros preceitos objetivos da República Federativa do Brasil e essenciais ao Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a mutação constitucional é um exemplo claro dessa prática. Trata-se de um uma espécie do gênero ativismo judicial. Nesse contexto, o ministro Gilmar Mendes cita no acórdão da Reclamação nº 4.335/AC inúmeros atos judiciais que revelam um novo perfil ao controle de constitucionalidade e que reafirmam a ideia da alteração informal do art. 52, inciso X, da Constituição.

---

1 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pode-se dizer que a mutação constitucional se trata de um conflito entre a matéria constitucional e a realidade. A visão brasileira sobre o tema prospera como uma herança de conservação da Carta Magna e não de efetiva reforma. A mudança de sentido é fundamentada em uma classe dogmático-científica e tem como pressuposto a alteração das circunstâncias fáticas com relação ao que era desenvolvido na época da criação do documento.

#### **4. Análise da Reclamação nº 4.335/AC**

A Reclamação nº 4.335/AC, objeto de estudo do presente artigo, datada de 2014, foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, junto ao Supremo Tribunal Federal, ante a decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de condenados a crimes hediondos que cumprem pena em regime fechado.

Pleiteou o reclamante que fosse ofertada a progressão de regime aos apenados e utilizou como precedente a decisão proferida em sede de controle difuso pela Suprema Corte do *Habeas Corpus* nº 82.959, com o seguinte teor:

PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, §1º, DA LEI N. 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.



O julgamento do presente remédio constitucional declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. Ocorre que o plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu os pedidos de progressão de regime com o argumento de que a decisão em sede de controle incidental produz apenas efeitos *inter partes*. Portanto, não havendo resolução do Senado Federal que suspenda a lei declarada inconstitucional em questão, conforme prevê o art. 52, X, da Constituição, não há que se falar em efeito *erga omnes*. Assim, foi mantido o regime fechado de cumprimento de pena para crime hediondo.

A Reclamação em epígrafe ainda não foi julgada pela Suprema Corte. Todavia, há uma discussão assídua representada pelos votos de alguns relatores, como os dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. O entendimento agora é de que, em virtude das mudanças ocorridas no controle de constitucionalidade pátrio, o papel do Senado foi alterado e ficou restrito a dar publicidade à lei declarada inconstitucional, e não a de editar resolução de nulidade, como prevê o art. 52, X, da Constituição. Assim, o simples fato de o Supremo Tribunal Federal decidir em sede de controle difuso de constitucionalidade já seria um precedente obrigatório (efeito *erga omnes*), devendo os juízes e tribunais observá-lo na forma do art. 927 do Código de Processo Civil. Haveria, portanto, a mutação constitucional do referido artigo da Carta Maior.

Os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau julgaram procedente a reclamação. Já o ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas concedeu o *Habeas Corpus* de ofício. A concessão do remédio constitucional em epígrafe se alia ao fato de a Lei nº 11.464/2007 alterar a redação da Lei nº 8.072/1990 e permitir a progressão do regime de pena para crimes hediondos ou equiparados. Todavia, este não foi o ponto central da discussão. O ponto principal desse caso diz respeito aos efeitos

da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Neste sentido, Pedro Lenza (2017, p. 290) explica que:

Nesse tema, 2 (sic) Ministros, Gilmar Mendes e Eros Grau, sustentavam, no caso concreto da Rcl 4.335, a partir do julgamento do referido HC, mesmo sem a edição da súmula vinculante, o efeito transcendente e *erga omnes* da decisão (tese da mutação constitucional do art. 52, X). Por sua vez, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio não admitiam a mutação constitucional e, assim, para o efeito *erga omnes*, a necessidade de resolução do Senado Federal ou a edição de súmula vinculante. Como esses 4 concordavam com a tese da inconstitucionalidade do regime fechado, não conheceram da reclamação, mas concederam *habeas corpus* de ofício.

Muito embora a reclamação tenha sido conhecida e julgada procedente, apenas os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau fundamentaram seus votos com base na tese da mutação constitucional.

Todavia, o voto do Ministro Gilmar Mendes na análise da reclamação alterou a conjuntura da atuação do Senado no controle difuso. Para ele, o art. 52, X, da Constituição, haveria sofrido mutação constitucional e passou a ter o papel restrito de apenas dar publicidade às decisões em controle difuso proferidas pelo Supremo, enquanto a estas seria atribuído o efeito *erga omnes* e vinculante no mesmo patamar do controle concentrado, como se verá a seguir, e esse é o entendimento mais atual sobre o assunto.

## **5. Consequências da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição**

O ordenamento jurídico brasileiro não adota como regra a utilização de precedentes para embasar decisões, e esse é um dos principais problemas da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Apesar do controle concen-

trado de constitucionalidade, não há que se falar em problemas envolvendo a situação, uma vez que a inconstitucionalidade da lei será suscitada como questão principal. O mesmo não ocorre com o controle difuso, já que a inconstitucionalidade da norma será aferida de forma incidental, isto é, servirá apenas como fundamentação para a procedência ou improcedência da questão principal, o denominado *judicial review*.

A principal problemática da adoção do efeito *erga omnes* para as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, sem a necessidade de edição de resolução do Senado Federal para suspender a lei, reside no fato de a legislação vigente prever que os efeitos da coisa julgada devem recair somente sobre o dispositivo da sentença, e não sobre os fundamentos que embasaram a decisão, conforme os artigos 468 e 469<sup>2</sup> do Código de Processo Civil.

Contudo, mesmo havendo ainda discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito, algumas decisões vêm adotando, nos últimos anos, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, ou melhor, o fato de atribuir à *ratio decidendi* o efeito vinculante, como se verá no próximo capítulo. A indagação que se faz é se a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes facilita a consolidação da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Noutro ponto, como já se viu, há uma discussão assídua a respeito da alteração informal do art. 52, inciso X, da Constituição. Essa modificação altera o sentido da referida norma, de modo que atribui às decisões do Supremo Tribunal Federal o efeito *erga omnes* sem a necessidade de edição de resolução pelo Senado, uma vez

---

2 Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

que este só daria publicidade à deliberação da Corte Suprema, a chamada teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Um dos precedentes iniciais utilizados para ratificar a decisão, que já havia sido discutida por vários doutrinadores, foi o voto do ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335/AC, data de 2014, em que houve a menção de alguns institutos, como o requisito da repercussão geral para a admissibilidade dos recursos extraordinários e as condições para edição de súmula vinculante, que foram imprescindíveis para o convencimento acerca da mutação constitucional em epígrafe e, em consequência, a utilização da ideia da abstrativização do controle incidental.

## 6. Teoria da Abstrativização do Controle Difuso

Como foi dito antes, o Brasil adota a jurisdição constitucional mista, isto é, pode-se declarar uma lei inconstitucional tanto por meio do controle difuso, quanto pelo concentrado. No controle difuso, a declaração se dá de forma incidental, no bojo de um processo, como questão prejudicial. Já no concreto, a arguição da inconstitucionalidade é o objeto principal da ação, que tem como objetivo a proteção da supremacia da Constituição, ou melhor, o fato de esta se encontrar no topo do ordenamento jurídico brasileiro, devendo as demais normas respeitar seus preceitos.

Em tese, as decisões em sede de controle incidental proferidas pelo Supremo Tribunal Federal possuíam efeito *inter partes* e não vinculantes. A partir do julgamento da Reclamação nº 4.335-3/AC, surgiu uma discussão que envolve a atribuição do efeito *erga omnes* a essas decisões. Trata-se da teoria da abstrativização do controle difuso, que tem relação com o entendimento de as decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, possuírem efeito *erga omnes* e vinculante, sem a necessidade de edição de resolução do Senado Federal para tanto, como prevê o art. 52, inciso X, da Constituição de 1988.

Portanto, o atual entendimento é de que houve a mutação constitucional do referido dispositivo constitucional, fazendo com que as deliberações em controle incidental fossem equiparadas ao controle concentrado.

De acordo com Edson Pires da Fonseca (2014, p. 59-60), as modificações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro fazem com que alguns constitucionalistas defendam a existência de verdadeira abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que ganha cada vez mais feições típicas do controle concentrado. Para ele, em inúmeras situações, as decisões do Pretório Excelso, sem qualquer interferência senatorial, já desfrutam de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Esta foi uma das fundamentações utilizadas no voto do ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335/AC.

Trata-se, portanto, de atribuir a mesma roupagem de efeitos tanto ao controle de constitucionalidade concentrado, quanto ao difuso. Neste sentido, abstrativizar significa desvincular a conclusão caso concreto de uma decisão para que ela sirva como precedente em outras situações, passando a produzir efeitos em situações equivalentes. Canotilho dá o nome de generalização ao fato de estender os efeitos jurídicos de uma decisão. Assim, ensina que:

Permite-se o trânsito do controle difuso para o controle concentrado quando o Tribunal Constitucional tiver julgado e considerado inconstitucional ou ilegal uma norma em três casos concretos. Neste caso, ele poderá fixar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou ilegalidade dessa norma (cfr. Art. 281,º/2). Existe aqui um fenômeno de generalização e o processo a isto destinado designa-se vulgarmente processo de generalização. Os efeitos jurídicos não se limitam aos casos concretos já julgados, antes se generaliza o juízo da inconstitucionalidade. (CANOTILHO, 2012, p. 1.024).

Para ratificar tal convicção, cita-se o princípio da reserva de plenário. Como se sabe, o art. 97 da Constituição Federal reza que

---

somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Em contrapartida, o art. 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil preconiza que os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Assim, é inegável que, em tal conjuntura, ocorre a “generalização” da decisão, isto é, um método de aplicar o efeito *erga omnes* às decisões do STF em controle difuso no próprio tribunal, que se dá pelo dever de seus órgãos fracionários se submeterem às deliberações proferidas pela Suprema Corte.

## 7. Conclusão

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a realização de uma análise pormenorizada a respeito da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, fundada na necessidade que o Texto Maior tem de estar adequado às atuais conjunturas sociais e, assim, suprir as necessidades da sociedade.

Como foi mencionado, o Poder Legislativo é omissivo, e, em consequência, o Poder Judiciário, por vezes, exerce o chamado ativismo judicial, caracterizado pela atribuição do efeito vinculante das decisões proferidas por tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos julgamentos da Reclamação nº 4.335/AC, que foi o fundamento para a referida alteração informal do Texto Constitucional.

No geral, o Brasil adota o modelo de controle de constitucionalidade misto, isto é, o controle exercido de forma direta, mediante

as ações diretas de inconstitucionalidade, e praticado na forma incidental, como prejudicial de mérito em qualquer processo e exercido por qualquer juiz ou tribunal. Este último possui inspiração no direito norte-americano, por meio do *judicial review*, inaugurado com o caso *Marbury versus Madison*, em que o juiz Marshall, da Suprema Corte Americana, afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei, devendo ser garantida à Constituição a supremacia perante as demais normas do ordenamento jurídico.

A promulgação da Constituição de 1988 trouxe consigo a previsão do controle de constitucionalidade difuso, ou melhor, o que pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal como questão prejudicial no processo, atribuindo a estas o efeito *inter partes*. Todavia, atribuiu ao Senado Federal à discricionariedade de editar resolução com o objetivo de conferir às decisões do Supremo Tribunal Federal a eficácia *erga omnes* e vinculante. Ocorre que, em meio às mudanças no ordenamento jurídico, que passou a dar uma maior visibilidade ao Pretório Excelso, uma vez que este é guardião da Carta Maior, surgiu a necessidade de alteração da interpretação do dispositivo que previa tal regra, o art. 52, inciso X.

Portanto, é perceptível que a mutação constitucional alterou a interpretação do art. 52, inciso X, da Carta Magna, no que se refere à participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte. Assim, a problemática do presente artigo está relacionada ao fato de que, antes, a respectiva Casa Legislativa editava resolução de forma discricionária para atribuir efeito *erga omnes* às deliberações do Pretório Excelso, que, em regra, possuíam efeito *inter partes*. Todavia, após a referida mutação, resolução senatorial passou apenas a dar publicidade às decisões.

## 8. Referências

- ALMEIDA, Vânia Hack de. *Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.
- APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Série "Arquivos do Ministério da Justiça". Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BRASIL. Constituição (1934). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 521.797-AgR. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 29 set. 2006.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.959, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasília, DF. Relator: Ministro Marco Aurélio; Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2110217>>. Acesso em: 31 mar. 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 35-39.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2006.
- FONSECA, Edson Pires da. *Direito Constitucional Legislativo: Poder Legislativo, Direito Parlamentar e Processo Legislativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 7 ed. Madri: Revista de Occidente, 1964.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOEWESTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
-



Artigo

**Controle de constitucionalidade difuso e a mutação constitucional:  
uma análise do Art. 52, Inciso X, da Constituição Federal de 1998**

Karla Tháís Nascimento Santana

---

MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

SANTOS, José Wilson dos; BARROSO, Rusel Marcos Batista. *Manual de Monografia da AGES: graduação e pós-graduação*. Paripiranga: AGES, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume III. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Clever. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Lubmann*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Artigo recebido em 24/03/2020.

Artigo aprovado em 11/05/2021.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i37.414>

**113 - 137**  
Artigo

**AS MANIFESTAÇÕES ARTÍSTICAS  
NO PERÍODO ELEITORAL X FAKE NEWS**

SANGES MORAIS DOS SANTOS

# AS MANIFESTAÇÕES ARTÍSTICAS NO PERÍODO ELEITORAL X FAKE NEWS

ARTISTIC MANIFESTATIONS IN THE ELECTORAL PERIOD X FAKE NEWS

SANGES MORAIS DOS SANTOS

Especialista em Direito Penal

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte | Brasil

sangessantos@gmail.com

**RESUMO:** O artigo aborda a liberdade de expressão nas manifestações artísticas no período eleitoral, enfatizando a importância da informação no debate democrático e na formação da opinião pública. Inicialmente, é exposto um breve apanhado do arcabouço legal e doutrinário atinente à liberdade jornalística e a sua dupla face: negativa e positiva. Adiante, o artigo analisa os pontos mais importantes da decisão do STF na ADI de nº 4451, que declarou a inconstitucionalidade do art. 45, incisos II e III, da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, do § 4º e do § 5º do mesmo artigo, que visavam coibir, em suma, a crítica jornalística no período eleitoral. O tópico seguinte terá por objeto a análise da decisão do TSE na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000, ajuizada pelo então candidato a presidente Jair Bolsonaro sob a alegação de que a publicação de charges relacionando-o com ditadores nazistas e fascistas macularia sua imagem em face dos seus eleitores de origem judaica, que negou o direito de resposta pleiteado pelo então candidato. Ao final, o trabalho conclui que a decisão do TSE na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000 foi adequada tanto do ponto de vista doutrinário e legal, bem como quanto à adequação ao precedente do STF na ADI de nº 4451.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de Expressão; Manifestação Artística; Direito à informação; Debate Democrático.

**ABSTRACT:** The article deals with Freedom of Expression in artistic manifestations during the electoral period, emphasizing the importance of information in democratic debate and formation of public opinion. Initially, a brief survey of the legal and doctrinal framework regarding journalistic freedom and its double face is presented: negative and positive. Later, the article analyzes the most important points of the decision of the Supreme Court in ADI of nº 4451, which declared the unconstitutionality of art. 45, sections II and III, of Law 9,504 / 1997, as well as, by extension, Paragraph 4 and Paragraph 5 of the same article, which were intended to restrain, in short, journalistic criticism during the election period. The next topic will be the analysis of the decision of the TSE in Representation No. 0600946-84.2018.6.00.0000, filed by the then presidential candidate Jair Bolsonaro, who denied the right of reply pleaded by the candidate on the grounds that the publication of cartoons linking it with Nazi and fascist dictators would tarnish his image in the face of his Jewish voters. In the end, the paper concludes that the decision of the TSE in Representation No. 0600946-84.2018.6.00.0000 was adequate from both the doctrinal and legal standpoint, as well as the adequacy to the precedent of the STF in ADI of nº 4451.

**KEYWORDS:** Freedom of Expression; Artistic Manifestation; Right to information; Democratic debate.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Liberdade de imprensa e democracia. 3. A decisão do STF na ADI 4451 e a liberdade de imprensa de cunho satírico. 4. Análise da representação no TSE da coligação do presidente Jair Bolsonaro em face da editora Abril. 5. Adequação da decisão do TSE ao precedente do STF na ADI 4451. 6. Considerações finais. 7. Referências.

## 1. Introdução

O artigo abordará a adequação da decisão do TSE na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000, ajuizada pelo então candidato a presidente Jair Bolsonaro sob a alegação de que a publicação de charges o relacionando com ditadores nazistas e fascistas macularia sua imagem em face dos seus eleitores de origem judaica, que negou o direito de resposta pleiteado.

A pesquisa se utilizará do método indutivo, se concentrando na análise doutrinária e jurisprudencial do assunto por meio das obras de grandes juristas.

Nessa ótica, a decisão do TSE na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000 será analisada por meio de um juízo de adequação aos princípios constitucionais da liberdade de expressão e de imprensa e do precedente do STF na ADI de nº 4451.

O capítulo primeiro fará um breve apanhado do arcabouço constitucional e doutrinário a respeito da imprensa, enfatizando a importância do referido princípio na formação e manutenção de uma democracia plural e distinguindo as charges das *fake news*.

O tópico seguinte abordará os pontos mais relevantes da decisão do STF na ADI de nº 4451 que declarou a inconstitucionalidade do art. 45, incisos II e III, da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, do § 4º e do § 5º do mesmo artigo, que visavam coibir, em suma, a crítica jornalística no período eleitoral. Adiante, será analisada a decisão do TSE na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000, explicitando as alegações e os fundamentos relevantes da decisão.

Ao final das explicitações das decisões do STF na ADI de nº 4451 e do TSE na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000, se buscará demonstrar a *ratio decidendi* da decisão na ADI para se verificar a adequação do precedente do STF à representação.

Por fim, sem pretender esgotar a matéria, concluiremos que a decisão do TSE na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000 foi adequada aos princípios constitucionais da liberdade de expressão e de imprensa e ao precedente do STF na ADI nº 4451.

## 2. Liberdade de imprensa e democracia

A Declaração Universal dos Direitos Humanos impõe no art. 19 que “todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras<sup>1</sup>”.

O art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos também inclui o direito à informação na liberdade de expressão. Na seção 2, consta:

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha<sup>2</sup>.

A liberdade de expressão é o gênero do qual decorrem as liberdades de pensamento, de criação, de informação e de imprensa, nos termos do art. 220 da Constituição da República. Eis o escólio de Barroso:

É fora de dúvida que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo, mas a distinção parece útil

---

1 UNITED NATIONS. Universal Declaration of Human Rights. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf). Acesso em: 20 abr. 2019.

2 BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 20 abr. 2019.

por conta de um inegável interesse prático, relacionado com os diferentes requisitos exigíveis de cada uma das modalidades e suas possíveis limitações (BARROSO, 2004, p. 19).

As liberdades de expressão e informação são imprescindíveis para o exercício de outras liberdades, razão pela qual a Suprema Corte Norte Americana, o Tribunal Constitucional Espanhol e o Tribunal Constitucional Alemão reconhecem a posição de preferência – *preferred position* – dessas liberdades em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Eis a lição de Barroso:

Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência - *preferred position* - em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação (BARROSO, 2004, p. 20).

A liberdade de expressão, como corolário da imprensa no Estado Democrático de Direito, cujo princípio fundamental é o pluralismo de ideias (art. 1º, V, da CF), não admite juízo prévio de censura sobre o conteúdo das publicações, de modo que se revela incompatível com o regime atual o juízo de conveniência ou não da manifestação. É o ensinamento de Mendes:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer

assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque “diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista (MENDES, 2016, p. 264).

O texto constitucional atribui à liberdade de expressão uma dupla face, negativa e positiva. Se por um lado impõe ao Estado a abstenção de realizar qualquer ato de censura, por outro assegura aos indivíduos, por meio do acesso à informação, o direito de exercer um controle dos atos dos seus representantes, efetivando o próprio regime democrático. É o ensinamento de Tavares:

Essa liberdade segue duas grandes vertentes. Na primeira, garante-se a liberdade na divulgação da informação. De outra parte, garante-se a liberdade de acesso à informação (TAVARES, 2017, p. 506).

Assim, a liberdade de imprensa, como corolário da liberdade de expressão, é um direito de mão dupla – envolve o direito de informar e o de ser informado – como meio de efetivar a formação da opinião pública como instrumento de participação política e de cidadania. Veja a lição de Carvalho:

Com efeito, a liberdade de imprensa enfeixa um complexo de direitos da personalidade, que envolve o direito de informar e ser informado, tudo tendente à formação da opinião pública, como expressão de um direito de participação política e de cidadania (CARVALHO, 2010, p. 200).

Incumbe ao público, como detentor do direito à informação, estabelecer quais opiniões são ou não aceitáveis, e não ao Estado. Mendes (2016, p. 265) ressalta que “não é o Estado que deve estabelecer quais opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe antes ao público a que essas manifestações se dirijam. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. Estamos,

portanto, diante de um direito de índole notadamente defensiva – direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira sobre a liberdade do indivíduo”.

O direito à informação é definido por Moraes (2018, p. 203) como “o direito que todo indivíduo tem de saber aquilo que é preciso que ele saiba, para que possa formar a sua opinião e se conduzir como membro da coletividade”. No Estado Democrático de Direito, principalmente no período eleitoral, o direito à informação é imprescindível para a formação do juízo crítico dos eleitores quanto aos candidatos.

Informar não é, e nem pode ser, se limitar a descrever fatos que enaltecem as figuras dos agentes públicos, mas, antes de tudo, é criticar os atos dos governantes e candidatos, servindo para os cidadãos realizarem seu julgamento crítico a respeito dos mesmos. Cabe lembrar a célebre frase de Millôr Fernandes, publicada na edição de número 300, de abril de 1975, do Pasquim: “Imprensa é oposição, o resto é armazém de secos e molhados<sup>3</sup>”. Eis o magistério de Carvalho:

Em mais de uma oportunidade o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Casos Lingells, Casrells, e Opell Door e Dublill Well Wollall), **consagrou a tese de que a liberdade de informação - e de expressão - não autoriza apenas a divulgação de informação inócua ou indiferente, ou mesmo, agradável em relação ao personagem do fato, mas também a informação que ofenda ou moleste.**” Seguindo a mesma linha, a Suprema Corte americana já autorizou a divulgação de aspectos pessoais e mesmo da identidade de vítima de estupro, a despeito do constrangimento que isso lhe causaria, sob o fundamento de que as referências concretas aumentam o impacto e a verossimilhança da matéria jornalística, conferindo-lhe credibilidade e, por consequência, tornando-a mais informativa: “The Court stated that ‘plaintiffs photograph and name’ were substantially relevant to a newsworthy topic because they strengthen the impact and

---

3 A frase foi vetada pela censura por cerca de três anos, em mais de 20 tentativas de publicação.



credibility of' the article. They obviate any impression that the problems raised in the article are remote and hypothetical, thus providing an aura of' immediacy and even urgency that might not exist had plaintiffs name and photograph been suppressed" (Paul C. Weiler, *Elltertaillllelll, media, anel the law*, 1997, p. 129) (CARVALHO, 1999, p. 91, grifo nosso).

A charge é uma manifestação crítica que visa, justamente, incomodar, ressaltando questões não convenientes ao seu destinatário (DIANA). Assim, conferir o direito de resposta a um candidato por ter sido vítima de uma sátira importaria em eliminar o próprio direito à liberdade de imprensa, pois não há liberdade sem espaço para crítica.

Nesse ponto, devemos distinguir as charges das *fake news*, como ressaltado pelos Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli (ADI 4451/DF, p. 73); a primeira cuida de um gênero textual crítico que visa acentuar características que o autor julga desagradável à pessoa alvo da charge; a segunda é uma notícia fraudulenta, ou seja, uma notícia dolosamente espalhada com o intuito de desinformar. As charges estão acobertadas pela liberdade de expressão, pois a crítica é inerente às democracias plurais; as *fake news*, por outro lado, não são amparadas pela liberdade de expressão, haja vista que seu intuito é justamente prejudicar o acesso à informação.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, como citado pelo Min. Alexandre de Moraes na ADI 4451 no caso Alves da Silva x Portugal – que cuidava de um pedido de responsabilização posterior em face da publicação de uma sátira –, entendeu que sancionar o comportamento do artista poderia importar em um efeito dissuasor às intervenções satíricas, as quais desempenham um importante papel ao fomentar um debate democrático. Eis um trecho da decisão citado por Moraes:

Sancionar penalmente comportamentos como o que o requerente sofreu no caso pode ter um efeito dissuasor relativamente a intervenções satíricas sobre temas de interesse geral, as quais podem também desempenhar um papel muito importante no livre debate

das questões desse tipo, sem o que não existe sociedade democrática” (ECHR, Caso Alves da Silva v. Portugal, Queixa 41.665/2007, J. 20 de outubro de 2009 apud Moraes, 2019, p. 10).

A seguir, serão abordados os aspectos mais relevantes da decisão do STF na ADI nº 4451 e do TSE na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000, como meio de explicitar o entendimento jurisprudencial da matéria.

### 3. A decisão do STF na ADI 4451 e a liberdade de imprensa de cincho satírico

A Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4451 foi proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Televisão (ABERT), pleiteando a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997, assim descritos:

Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: [...] II- **usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;** III- veicular propaganda política ou **difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes** (grifo nosso).

A autora da ADI alegou, em síntese, que os dispositivos supramencionados violam a liberdade de imprensa ao proibirem a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato em período eleitoral e vedarem o uso de trucagem, montagem, charge ou outro recurso de áudio ou vídeo que degrade ou ridicularize candidatos.

A liminar fora concedida sob o fundamento de que a liberdade de imprensa não admitia censura prévia, razão pela qual, na ótica dos ministros, há um dever de omissão da atividade legislativa que impõe a

vedação para dispor sobre as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação de pensamento, da informação e da criação *lato sensu*.

Alegaram ainda os ministros que a imprensa é constituída pelo rol de liberdades previstos no *caput* do art. 220 da Constituição Federal, que inclui: liberdade de “manifestação do pensamento”, liberdade de “criação”, liberdade de “expressão”, liberdade de “informação”, que constituem verdadeiros bens de personalidade correspondentes aos direitos que nossa Constituição intitula no art. 5º como direitos fundamentais.

Ainda na fundamentação, ressaltaram a estreita ligação entre a liberdade de imprensa e democracia, como meio alternativo de controle das atividades estatais, cujo pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. Desse modo, as sátiras, como meio por excelência das manifestações críticas, estariam acobertadas pela liberdade de imprensa e somente em casos de abusos poderiam os autores responderem penal e civilmente. A decisão ressalta, ainda, que o período eleitoral não se confunde com o Estado de Sítio, única fase que admite restrição à liberdade de imprensa (inciso III do art. 139).

Cabe ressaltar, que os ministros realizam uma distinção importante entre as emissoras de rádio e televisão, que funcionam mediante “outorga” do Estado, com a utilização de bens públicos, e os outros meios de comunicação. Afirmam que as primeiras possuem um dever de imparcialidade e equidistância perante os candidatos, que não se confunde com ausência de opinião ou crítica jornalística. Contudo, tal dever de imparcialidade e equidistância, pelo que foi assentado na decisão, não seria imposto aos meios de comunicação que não dependem de outorga do Poder Público.

Assim, concluíram os ministros, no julgamento do pedido da medida cautelar, por maioria, que o inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009, não protegeriam a imparcialidade da imprensa, mas visavam coibir uma forma peculiar de fazer crítica jornalística:

a trucagem, a sátira, as charges e outros meios. O inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997, por sua vez, somente poderia ser reputado constitucional caso a crítica ou opinião se descambasse em propaganda eleitoral, passando a favorecer um dos candidatos, circunstância que somente pode ser aferível em cada caso e não a priori. Nesse sentido, segue a ementa do acórdão que ratificou a liminar na ADI nº 4451:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997. [...] 2. Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de “manifestação do pensamento”, liberdade de “criação”, liberdade de “expressão”, liberdade de “informação”. Liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de “Fundamentais”: a) “livre manifestação do pensamento” (inciso IV); b) “livre [...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” (inciso IX); c) “acesso a informação” (inciso XIV). 3. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. A presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa. A traduzir, então, a ideia-força de que

abrir mão da liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do Poder, seja ele político, econômico, militar ou religioso. 4. A Magna Carta Republicana destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de humorismo (tema central destes autos) . A previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa. 5. Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística” (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução “humor jornalístico” enlaça pensamento crítico, informação e criação artística. 6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em

período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de “restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei” (inciso III do art. 139). 7. O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. O rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de “outorga” do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo. 8. Suspensão de eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009. Os dispositivos legais não se voltam, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos. 9. Suspensão de eficácia da expressão “ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”, contida no inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997. Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto. 10. Medida cautelar concedida para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo (STF – Medida Cautelar

na ADI nº 4451, Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Relator: Min. Ayres Brito, data do Julgamento: 02/09/2010, data da publicação: 01/07/2011, grifo nosso).

Os ministros do STF, em 21/06/2018, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgaram procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 45, incisos II e III, da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, do § 4º e do § 5º do mesmo artigo, confirmando os termos da medida liminar concedida.

O Ministro Relator Alexandre de Moraes (2019, p. 4-5) defendeu que os artigos supramencionados eram inconstitucionais, pois estabeleciam uma censura prévia durante o período eleitoral – buscando diminuir a liberdade de opinião, de criação artística e a livre multiplicidade de ideias - com a nítida intenção de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático; tratando-se, pois, de ilegítima interferência estatal no direito individual de criticar. O Ministro reconheceu, ainda, os riscos das nominadas *fake news*, porém alegou que é constitucionalmente inidôneo e realisticamente falso assumir que o debate eleitoral, ao perder em liberdade e pluralidade de opiniões, ganharia em lisura ou legitimidade. Por fim, alegou que a Corte Europeia de Direitos Humanos já reconheceu a importância das sátiras no fomento do debate democrático. Assim, o Min. Alexandre de Moraes proferiu seu voto pela procedência da ADI.

O Ministro Edson Fachin proferiu seu voto acompanhando o relator e julgando procedente a ADI, sob o fundamento da especial proteção e primazia da liberdade de expressão e de imprensa, bem como sob a alegação de que para ofensas à honra, há figuras penais típicas, além da garantia constitucional do direito de resposta. Por fim, salientou que o período eleitoral não se compara ao Estado de Sítio para restringir tão importantes liberdades públicas.

O Ministro Barroso também seguiu os antecessores, julgando procedente a ação sob os fundamentos de que não há hierarquia entre direitos fundamentais na Constituição: quando o legislador estabeleceu em lei a primazia das “lisuras das eleições” sobre a liberdade de expressão incorreu em inconstitucionalidade. Sustentou que os dispositivos atacados simplesmente suprimiam a liberdade de expressão, não preservando seu núcleo duro. Por fim, defendeu o caráter preferencial do direito à liberdade de expressão, motivo pelo qual o cerceamento deve passar por um escrutínio extremamente estrito. Só em situações muito excepcionais é que deveria se admitir a censura prévia, que, de resto, é vedada pela Constituição.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, seguindo os demais ministros, entendeu pela procedência da ação sob os fundamentos de que o pretexto de lisura e equilíbrio do processo eleitoral levaria ao enfraquecimento total da plena liberdade de informação jornalística, expressamente garantida pelo art. 220, § 1º, da CF. Ademais, os mecanismos de controle a posteriori, como a verificação da ocorrência de abuso dos meios de comunicação ou o direito de resposta, são suficientes para coibir eventuais interferências no pleito. Concluiu seu voto afirmando que o remédio legal proposto tem tantos efeitos colaterais que sua manutenção no sistema parece capaz de “matar o doente”. Preferível, portanto, excluí-la do mundo jurídico e trabalhar com os outros remédios já existentes, capazes de tratar sem causar tantos danos.

O Ministro Dias Toffoli seguiu seus antecessores sob o fundamento de que, na lição de Osório (2017, p. 221), deve ser afastada da Justiça Eleitoral a visão paternalista de escolher quais informações são relevantes para formação da opinião políticas dos indivíduos, pois tal comportamento é incompatível com a democracia, negando aos indivíduos a autonomia fundamental à própria ideia de autogoverno e de soberania popular, tratando-lhes como ‘eternas crianças imaturas’. Alegou que a democracia



se desenvolve na crença do valor do diálogo, contudo, mesmo as liberdades preferenciais podem ser limitadas em face da legitimidade do processo eleitoral. Saliou os riscos das sátiras na deformação da opinião pública, todavia, constatou que a medida legal utilizada não apresenta razoabilidade e importa em censura prévia, vedada expressamente pela Constituição Federal.

O Ministro Luiz Fux abriu seu voto ressaltando que o Direito Eleitoral deve buscar a verdade real e que as *fake news* devem ser combatidas, pois levam a um processo de desinformação que compromete a liberdade do voto. Contudo, no caso concreto, entendeu que as limitações da lei eleitoral não eram razoáveis e justificáveis, importando em inconstitucionalidade.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, acompanhou os demais ministros ressaltando as mazelas das *fake news*, mas enfatizando que a prática da democracia está indissolúvelmente ligada à liberdade de expressão, motivo pelo qual acompanhou o voto do relator Min. Alexandre de Moraes, entendendo pela falta de razoabilidade imposta nas limitações legais atacadas.

O Ministro Gilmar Mendes, acompanhando os demais membros, iniciou sua participação ressaltando a preocupação com as *fake news*, mas também com os vazamentos inverídicos de informações de autoridades oficiais (como por ex. delações, inquéritos). Sustentou o Min. Gilmar Mendes, no seu voto, que as sátiras, charges, trucagens ou qualquer outra forma de expressão que favoreça ou agrida determinado candidato ou coligação podem sim vir a gerar desequilíbrio apto a influenciar o processo eleitoral, contudo, simplesmente proibir qualquer manifestação nesse sentido é medida extremamente desproporcional e desnecessária. Isso porque nosso sistema constitucional já possui mecanismos de controle a posteriori, o que nos permite o afastamento da censura prévia. Desse modo, assentou que a liberdade de imprensa é indispensável à democracia, enfatizando a possibilidade

de, no caso concreto, se realizar um juízo de proporcionalidade. Assim, acompanhou o relator Min. Alexandre de Moraes.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou o relator, assentando que os dispositivos atacados eram inconstitucionais por importarem censura prévia. O Min. Celso de Mello, por sua vez, também julgou procedente a ação sob o fundamento de que “o riso deve ser levado a sério, pois constitui, entre as várias funções que desempenha, o papel de poderoso instrumento de reação popular e de resistência social a práticas que caracterizam ensaios de dominação governamental, de opressão do poder político, de abuso de direito ou de desrespeito aos direitos dos cidadãos” (2019, p. 3). Assim, as sátiras e as críticas são indispensáveis ao debate democrático e encontram legitimidade constitucional até mesmo quando não refletem o pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social ou quando hostilizam severamente, por efeito de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade. Concluiu afirmando que tanto a Constituição Federal quanto os tratados internacionais vedam a censura prévia.

Por fim, a Ministra Carmen Lúcia reputou incompatível com a Constituição Federal os dispositivos legais atacados, pois, segundo ela, importam em inegável censura prévia que macula o próprio núcleo duro da liberdade de expressão. Contudo, ressaltou a possibilidade de responsabilização posterior em casos de abusos.

#### **4. Análise da representação no TSE da coligação do presidente Jair Bolsonaro em face da editora Abril**

Inicialmente, por questões didáticas, cabe pontuar que o artigo se atentará apenas ao mérito da decisão na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000, razão pela qual não abordará questões processuais, como o cabimento da referida representação no TSE, posto que tal questão nem sequer foi enfrentada na referida decisão.

A representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000 foi ajuizada pelo à época candidato à Presidência da República, Jair Messias Bolsonaro, e pela Coligação “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”, em desfavor da Editora Abril Comunicações S.A. e do jornalista Ricardo José Delgado Noblat, alegando, em síntese, que a editora publicou mensagens ofensivas à honra do candidato ao relacioná-lo com ditadores de regimes fascistas e nazistas, e que tal fato se mostrava grave na medida em que Bolsonaro tinha grande apoio da comunidade judaica, que fora perseguida por tais regimes.

Os autores pleitearam o direito de resposta a ser publicada no blog do segundo representado e no seu Twitter pessoal, nos termos do art. 15, I, “b”, da Resolução n. 23.547/2017 do TSE.

O art. 5º da Resolução n. 23.547/2017 do TSE impõe que “a partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o exercício do direito de resposta ao candidato, ao partido político ou à coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social”. O art. 15 da referida Resolução, por sua vez, disciplina o procedimento do pedido de resposta relativo à ofensa veiculada.

Os ministros do TSE, seguindo o precedente do STF na ADI nº 4451, entenderam que a charge estava acobertada pela liberdade de imprensa de modo a auxiliar o juízo crítico do eleitor.

O Ministro Relator lembrou que a sátira é uma manifestação artística essencialmente provocativa, cabendo descrever a passagem, por ele citada, do autor Juan Gabriel Vásquez em seu romance “Las Reputaciones” (Bogotá: Alfaguara, 2013):

os grandes caricaturistas não esperam o aplauso de ninguém, não desenham para consegui-lo: desenham para molestar, para incomodar, para que os insultem (...) Não há caricatura se não há subversão, porque toda a imagem memorável de um político é por natureza subversiva: retira do solene seu equilíbrio (Bogotá: Alfaguara, 2013).

Assim, o Tribunal Superior Eleitoral julgou improcedente a representação sob o fundamento que a sátira merece dupla proteção constitucional, por ser – ao mesmo tempo – expressão do discurso político e da criatividade artística do chargista, e que ao prevalecer a tese do autor estaria impossibilitada a imprensa de fazer qualquer manifestação crítica, o que seria um contrassenso no ambiente plural de ideias que caracteriza o regime democrático. Segue o teor da ementa do acórdão na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000:

ELEIÇÕES 2018. RECURSO INOMINADO. REPRESENTAÇÃO. CHARGE POLÍTICA. EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO ENSEJA O DEFERIMENTO DE DIREITO DE RESPOSTA. DESPROVIMENTO. 1. **A charge política consubstancia forma de arte essencialmente provocativa, a merecer dupla proteção constitucional, por ser – ao mesmo tempo – expressão do discurso político e da criatividade artística do chargista. A publicação impugnada – consistente em charge que associa o nome do recorrente a personagens históricos identificados com regimes não democráticos e com violações a direitos fundamentais da pessoa humana – apenas expressa críticas às posições do candidato, inseridas no campo de tais liberdades públicas.** 2. **A prevalecer a tese exposta na exordial e reiterada no recurso ora em exame, impossibilitados estariam os artistas da caricatura e da charge política de traduzir em seus desenhos quaisquer críticas às ações, às posições políticas e às pessoas dos candidatos, o que se apresenta como verdadeiro contrassenso no ambiente plural de debate de ideias que caracteriza o regime democrático.** 3. Recurso ao qual se nega provimento (TSE – Representação nº: 0600946-84.2018.6.00.0000, Órgão julgador: Colegiado do TSE, Relator: Juiz Auxiliar Carlos Bastide Horbach, Data da Publicação: 18/09/2018, grifo nosso).

Abordados os aspectos mais relevantes dos entendimentos jurisprudenciais, será enfrentado o problema da adequação da decisão do TSE na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000 à decisão do STF na ADI de nº 4451.

## 5. Adequação da decisão do TSE ao precedente do STF na ADI 4451.

As decisões definitivas de mérito pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário, nos termos do § 2º do art. 102 da Constituição Federal.

Aos demais órgão do Poder Judiciário cabe identificar a *ratio decidendi* das decisões proferidas pelo STF, em controle concentrado, para aplicar nos casos futuros. A *ratio decidendi*, nas palavras de Didier (2015, p. 450) “deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e os motivos jurídicos determinantes e que conduzem à conclusão. A consideração de um ou outro isoladamente não é a opção mais apropriada”.

A liberdade de imprensa nas manifestações artísticas de cunho satírico foi objeto da ADI 4451 no STF, em que se postulava a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II e III, do art. 45, da Lei 9.504/1997; a referida ação constitucional insurgia, em suma, quanto à proibição constante da referida lei à difusão de opinião favorável ou contrária a candidatos em período eleitoral e quanto à vedação ao uso de trucagem, montagem, charge ou outro recurso de áudio ou vídeo que degradem ou ridicularizem candidatos.

O STF decidiu que era inconstitucional a vedação ao uso de trucagens, montagens e charges contra candidatos prevista no art. 45, incisos II, da Lei 9.504/1997, sob o fundamento de que o uso dos referidos expedientes jornalísticos estava acobertado pela liberdade de expressão, de imprensa e de criação artística. Ademais, o pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna, indispensável à própria democracia. Assim, a decisão do STF na ADI 4451 declarou expressamente que era inconstitucional a vedação ao uso de trucagem, montagem ou charge contra candidatos, ainda que em período eleitoral.

Por sua vez, a Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000, ajuizada pelo então candidato Jair Bolsonaro, tinha por objeto o pedido do direito de resposta em face da publicação de charges relacionando-o a personagens ligados a regimes ditatoriais e violadores dos direitos humanos. Cabe ressaltar que o então candidato já havia dado declarações públicas em apoio a pessoas acusadas de tortura, como o coronel Ustra<sup>4</sup>. Tal distinção é importante para distinguir as *fake news* - denominação dada às informações falsas divulgadas, dolosamente, com o intuito de desinformar - pois na charge há um exagero de características pessoais dos candidatos - inerente ao próprio tipo de texto - mas, a princípio, as informações são fundamentadas em fatos reais que ganham nas mãos dos artistas contornos críticos.

O art. 926 do CPC, de inspiração em Dworkin<sup>5</sup>, impõe que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la íntegra, coerente e estável. A integridade atribui aos magistrados o dever de construir os argumentos dos provimentos judiciais de forma integrada ao conjunto do direito, ou seja, não poderia o TSE deixar de enfrentar a ADI 4451 na elaboração da decisão na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000. É o magistério de Streck (2016):

A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Ou seja: por mais que

---

4 G1 - Bolsonaro diz no Conselho de Ética que coronel Ustra é 'herói brasileiro'. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/bolsonaro-diz-no-conselho-de-etica-que-coronel-ustra-e-heroi-brasileiro.html>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

5 Pois é sobre o artigo 926 que recai uma carga epistêmica de infinito valor. Por várias razões. Primeiro, porque um modo de evitar a jurisprudência lotérica é exigir coerência e integridade; segundo, a garantia da previsibilidade e da não surpresa; terceira, o dever de *accountability* em relação à Constituição, justamente ao artigo 93, IX. E um quinto elemento: o Supremo Tribunal Federal deve também manter a coerência e integridade nas suas próprias decisões. Em todas. Nesse sentido, cresce igualmente o papel do STJ, locus da unificação do Direito infraconstitucional (STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. Revista Eletrônica: CONJUR: 2016).

o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, *não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”,* como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso — a morte do personagem — *não fosse condição para a construção do capítulo seguinte* (STRECK, 2016).

Os Ministros do TSE, ao invocarem a decisão do STF na ADI nº 4451 como fundamento de decidir na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000, aplicaram o precedente de maneira adequada, conforme preceitua o art. 926 do CPC, pois, a *ratio decidendi* (as razões determinantes da decisão) da ADI 4451 goza de plena aplicabilidade no caso submetido a julgamento perante o TSE.

Ora, conferir o direito de resposta a candidato por veiculação de charges que, por excelência, são críticas e cujo teor é passível de aferição nas próprias declarações públicas do à época candidato, consubstanciaria, de maneira indireta, em vedar o próprio uso da charge, matéria enfrentada na ADI 4451 e considerada inconstitucional. Assim, escorreita, em termos de adequação ao precedente a decisão do TSE na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000.

## 6. Considerações finais

A liberdade de expressão é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, permitindo a livre manifestação de ideias e resguardando o pluralismo existente. A imprensa é um direito de mão dupla, posto que ao mesmo tempo que a divulgação da informação interessa às emissoras, jornais e revistas, também há o interesse do público no acesso à informação.

No mundo globalizado, o acesso à informação pode ser o diferencial a celebrar um negócio, a evitar uma guerra, a curar uma doença infecciosa, ou seja, a garantir a melhoria da qualidade de vida das pessoas.

O período eleitoral é por excelência o palco de debates incisivos acerca das propostas e dos próprios candidatos. Soa temeroso cercear a liberdade de expressão no período eleitoral, posto que, constitucionalmente, a única hipótese de restrição à liberdade de expressão é no Estado de Sítio.

As charges, como manifestações artísticas, visam criticar as atuações e ideias dos agentes públicos, servindo como importante instrumento de apoio à conscientização na formação da opinião pública.

A imprensa não admite meio termo, ou seja, ou se tem liberdade ou não. A restrição à crítica jornalística manifestada por meio de charges consubstanciaria em verdadeira eliminação da imprensa.

Saliente que há uma distinção fundamental entre charges e *fake news*: as charges são criadas a partir de fatos reais - declarações, características físicas ou pessoais, atos - que nas mãos dos artistas ganham contornos críticos por meio de ironia e exagero, enquanto as *fake news*, por sua vez, não partem de qualquer base fática, mas sim de informações inverídicas que buscam dolosamente levar à desinformação.

As charges estão acobertadas pela liberdade de expressão, haja vista que a crítica é indissociável da liberdade no estados plurais, mas as *fake news* não, pois violam um dos pilares do referido direito fundamental, que é garantir o direito à informação, tendo em vista que as *fake news* possuem o único propósito de desinformar.

No caso da Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000, ajuizada pelo à época candidato à Presidência da República, Jair Messias Bolsonaro, e pela Coligação “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”, em desfavor da Editora Abril Comunicações S.A. e do jornalista Ricardo José Delgado Noblat, requerendo o direito de resposta, foi adequada a decisão do TSE.

Cabe ressaltar que o STF, na ADI nº 4451, já havia declarado a inconstitucionalidade do inciso II, do art. 45, da Lei 9.504/1997 e,



por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009, que visavam coibir uma forma peculiar de fazer crítica jornalística: a trucagem, a sátira, as charges e outros meios.

Ora, conferir o direito de resposta em razão da publicação de uma charge configuraria uma verdadeira eliminação da imprensa, posto que eliminaria a crítica inerente às charges. Urge salientar que o teor das charges, no caso concreto, é passível de aferição e correlação com o conteúdo de declarações públicas dadas pelo próprio candidato apoiando pessoas acusadas de atos de tortura, como o coronel Ustra.

Assim, em face do precedente do STF na ADI nº 4451 e dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e de imprensa, a decisão do TSE na Representação nº 0600946-84.2018.6.00.0000 se mostra adequada ao Estado Democrático de Direito e aos novos parâmetros insculpidos pelo CPC de 2015.

## 6. Referências

BRASIL. Brasília, DF: Senado Federal. *Lei 9.504/1997. Lei Geral das Eleições*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Brasília, DF: Senado Federal. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Brasília, DF: Senado Federal. *Lei 13.105/2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL, Bruno. *A breve história e a caracterização d'O Pasquim*. Rio de Janeiro: Revista do Arquivo Geral do Rio de Janeiro, 2012, p. 163.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451 DF* – Distrito Federal. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 06 de mar. 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 4.451 DF** – Distrito Federal. Relator: Juiz Aux: Carlos Bastide Horbach, Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 06 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://pje.tse.jus.br:8443/pje-web/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/listView.seam?ca=105b96200289d64764d90e34874e2b0239b484d172d84d8e>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

Artigo

**As manifestações artísticas no período eleitoral x fake news**

Sanges Morais dos Santos

---

BRASIL. Tribunal Superior *Eleitoral*. *Resolução n. 23.547/2017*. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235472017.html>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 235, jan./mar. 2004, p. 19-20.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O Supremo Tribunal Federal brasileiro e o direito de imprensa: Análise da decisão do STF na ADPF nº 130-DF*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 200.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 91-97.

DIANA, DANIELA. *Gênero textual charge*. Toda Matéria. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/genero-textual-charge/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 450.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 264-268.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2018, p. 203.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC*. Revista Eletrônica CONJUR, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 506-507.

Artigo recebido em 20/06/2020.

Artigo aprovado em 17/05/2021.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i37.426>

**138 - 167**

Artigo

**O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO  
ÂMBITO INFRACIONAL E A RELEVÂNCIA  
DA REALIZAÇÃO DA OITIVA INFORMAL  
PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS  
SOCIOEDUCATIVAS E PROTETIVAS**

LARISSA KOVALSKI PENHARBEL  
HELOÍSA GOMES NEGRÃO

# O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO INFRACIONAL E A RELEVÂNCIA DA REALIZAÇÃO DA OITIVA INFORMAL PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E PROTETIVAS

THE PUBLIC PROSECUTOR'S ROLE IN THE INFRACIONAL AREA  
AND THE RELEVANCE OF THE INFORMAL HEARING FOR THE  
APPLICATION OF SOCIO-EDUCATIONAL MEASURES AND PROTECTIVE MEASURES

LARISSA KOVALSKI PENHARBEL

Graduanda em Direito  
Universidade Estadual de Londrina, Londrina | Brasil  
larissapenharbel@hotmail.com

HELOÍSA GOMES NEGRÃO

Graduanda em Direito  
Universidade Estadual de Londrina, Londrina | Brasil  
heloisagomesn@outlook.com

**RESUMO:** Este artigo, que mostra a importância das oitivas informais do Ministério Público para a escolha de medidas socioeducativas e medidas protetivas, traça a evolução do direito infantojuvenil àqueles considerados inimputáveis pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estatuto da Criança e do Adolescente; Ministério Público; Ato infracional; Oitiva informal; Medidas socioeducativas e protetivas.

**ABSTRACT:** This article, which shows the importance of the Public Prosecutor's Office informal inquiries for the choice of socio-educational measures and protective measures, traces the evolution of children and youth law to those considered unattributable by the Federal Constitution of 1988 and the Statute of children and adolescents.

**KEYWORDS:** Statute of Children and Adolescents; Public Prosecutor; Infracional Act; Informal Hearing; Socio-educational and protective measures.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Da normativa infantojuvenil. 3. Do ato infracional. 4. O papel relevante do Ministério público na oitiva informal prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 5. Das medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 5.1 Da advertência e da obrigação de reparar o dano. 5.2 Da prestação de serviços à comunidade e da liberdade assistida. 5.3 Da semiliberdade e da internação. 6. Das medidas de proteção. 7. Conclusão. 8. Referências.

## 1. Introdução

O direito infantojuvenil também foi alvo das mudanças que advieram com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Por meio da doutrina de proteção integral primada no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei 12.954/2012, que instituiu o Sistema Nacio-

nal de Atendimento Socioeducativo (Sinase), o ato infracional deve considerar o caráter pedagógico da medida e afastar a ideia da mera punição a uma pessoa em desenvolvimento.

Daí a relevância do Ministério Público nas oitivas informais para a escolha do meio mais efetivo de responsabilização e aplicação de medidas protetivas no contexto social e familiar de cada adolescente.

## 2. Da normativa infantojuvenil

Não há que se falar em direito da criança e do adolescente sem antes analisar todo o contexto histórico que envolveu a construção dos conceitos de hoje. A doutrina da proteção integral na infância e na adolescência, incorporada ao direito pátrio por meio da Constituição Federal de 1988, é indispensável à compreensão do direito infantojuvenil tanto na esfera protetiva quanto na infracional.

Para Veronese apud Müller (2008), a Convenção definiu a base da Doutrina da Proteção Integral ao proclamar um conjunto de direitos de natureza individual, difusa, coletiva econômica, social e cultural, reconhecendo que criança e adolescente são sujeitos de direitos e, considerando sua vulnerabilidade, necessitam de cuidados e proteção especiais.

A Convenção, com força de lei internacional, exige que os países signatários adaptem as legislações às suas disposições e os compromete a não violarem seus preceitos, instituindo, para isso, mecanismos de controle e fiscalização.

Conforme o artigo 227 da Constituição (BRASIL, 1988), é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse aspecto, a Constituição Federal de 1988 propiciou um enorme avanço na promoção dos direitos das crianças e adolescentes, principalmente no que tange à seara do direito infracional e da aplicação das medidas protetivas e socioeducativas.

O Código Mello Mattos (BRASIL, 1927), composto de 231 artigos, consolidava as leis de assistência e proteção aos menores abandonados ou delinquentes que tivessem menos de 18 anos de idade.

Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma; a autoridade competente tomará sòmente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.

Art. 69. O menor indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral d'elle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda.

[...]

Art. 71. Si fôr imputado crime, considerado grave pelas circumstancias do facto e condições pessoaes do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral o juiz lhe applicar o art. 65 do Codigo Penal, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal.

Art. 72. Tratando-se de contravenção, que não revele vicio ou má indole, pôde o juiz ou tribunal, advertindo o menor entregal-o aos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, ou dar-lhe outro destino, sem proferir condemnação.

Tal código foi revogado pelo Código de Menores de 1979 elaborado durante a ditadura militar para promover um certo controle social e a internação de crianças e adolescentes com desvio de conduta ou autores de infração penal. Hoje, isso apenas é permitido em caráter excepcional e dentro das hipóteses previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 41. O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.

Sobre o assunto, Antônio Fernando Amaral e Silva (2001, p. 51-52) reflete:

Não se admitia que o “menor” fosse estigmatizado pela sentença penal. Exorcizava-se o juízo criminal pelos aspectos “retributivo” e “punitivo”, mas “encaminhavam-se” crianças e adolescentes a celas iguais às da pior carceragem, sem garantir um dos mais elementares direitos da pessoa humana, o devido processo legal.

Garantias como tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, presunção de inocência, proporcionalidade eram ignoradas, tudo em nome do “superior interesse do menor”.

Afastava-se o estigma da sentença e da justiça criminal, mas, sem o devido processo, “menores” pobres eram esquecidos em depósitos e masmorras.

Não havendo acusação ou delinquência, estando integrados na família, não se levando em conta qualquer retributividade, o seu interesse sobrelevando a qualquer outro, eram mantidos na família, enquanto os pobres, não envolvidos com delinquência, por estarem em “situação irregular”, eram “encaminhados” ao diagnóstico e à terapia do “internamento”, ou seja, à prisão por pobreza.

Foi apenas por meio da normativa infantojuvenil do Estatuto da Criança e do Adolescente, junto com a Constituição Federal de 1988, que se adotou a doutrina de as crianças e os adolescentes serem considerados como sujeitos de direitos, e não mais como meros portadores de carências. O caráter universal dessa titularidade também se caracteriza como ponto fundamental no avanço dos direitos. Pelo Código de Menores de 1979, apenas aqueles em situação irregular eram objeto da lei.

### 3. Do ato infracional

O ato infracional em si, de acordo com o artigo 228 da Carta Magna e do artigo 27 do Código Penal, sujeita-se ao prisma da legislação especial, ou seja, à do Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei 8.069/1990, que no artigo 104 preconiza penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos. (BRASIL, 1990)

Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 2.º, são crianças as pessoas com até 12 anos de idade incompletos, às quais poderão ser aplicadas as medidas protetivas elencadas no artigo 101. Já os adolescentes, entre 12 anos e 18 anos incompletos, submetem-se, além das medidas protetivas do artigo 101, I a VI, às medidas socioeducativas do artigo 112, quando cometem atos infracionais.

Ato infracional, conforme o art. 103, é a conduta descrita como crime ou contravenção penal (BRASIL, 1990). Percebe-se que o legislador optou pela tipicidade delegada da legislação ordinária do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais. Em suma, o adolescente que pratica ato infracional equiparado a um crime ou a uma contravenção penal sujeita-se às medidas socioeducativas estabelecidas no artigo 112 do Estatuto.

Segundo Bandeira (2006, p. 28), ontologicamente a noção de delito, contravenção e ato infracional está vinculada à eleição feita



---

pelo legislador dos bens jurídicos relevantes para convivência e realização do ser humano na vida social, cuja violação justificaria a legitimação estatal de se aplicar pena, medida de segurança ou socioeducativa aos crimes de contravenção atribuídos aos maiores de 18 anos ou ao ato infracional praticado por adolescentes. E o autor continua (p. 29):

Com efeito, se crime e contravenção, na essência, não diferem um do outro; o mesmo se dá com relação aos atos infracionais, pois a distinção é apenas subjetiva, ou seja, se a figura típica e antijurídica prevista, abstratamente, como crime ou contravenção estiver sendo praticada por um imputável penalmente, ele estará cometendo um crime ou contravenção e poderá sofrer uma pena, enquanto se esse mesmo ato estiver sendo cometido por um adolescente configurar-se-á ato infracional e estará ele sujeito à imposição de uma medida socioeducativa e/ou protetiva – artigos 101 e 112 do ECA.

A opção legislativa de aplicar medidas socioeducativas aos inimputáveis em razão da idade fundamenta-se na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente. Essas medidas têm condão pedagógico e não meramente punitivo, diferentemente do que ocorre com as penas na seara criminal. A atitude agressiva e violadora de um bem jurídico traduz desvio de conduta e gera a necessidade de o adolescente receber orientação psicopedagógica a fim de possibilitar o despertar de valores de promoção social, tudo com o objetivo de reinseri-lo de modo pacífico e útil na sociedade. (BANDEIRA, 2006, p. 30)

A Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012, por meio da qual se instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), determina, como objetivos das medidas socioeducativas e desaprovação à conduta infracional, a responsabilização do adolescente quanto às consequências do ato por ele praticado, a integração e a garantia de seus direitos individuais e sociais.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, são medidas socioeducativas (BRASIL, 1990):

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semiliberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

A aplicação da medida socioeducativa ocorre de modo distinto ao das penas no direito penal comum, que se dá em âmbito infracional por meio da análise do caso concreto.

A medida socioeducativa menos gravosa consiste na admoestação verbal reduzida a termo, assim como a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida, por serem cumpridas em meio aberto.

De acordo com Rossato, Lépure e Sanches (2012, p. 349), deve-se levar em conta no momento da eleição a capacidade do adolescente de cumprir a medida, as circunstâncias e a gravidade da infração.

Já as medidas de semiliberdade e internação são consideradas extremamente gravosas e, por implicarem redução da liberdade do adolescente, excepcionais aos casos em que se mostre impossível ou ineficaz outra medida.

De acordo com o art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a internação segue os princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, de-

vendo ser reavaliada a cada seis meses, sem exceder, em nenhuma hipótese, o período máximo de três anos ou os 21 anos de idade. Depois disso, o adolescente deve ser liberado ou progredido para o regime de semiliberdade ou liberdade assistida. (BRASIL, 1990)

A internação, como medida mais gravosa, só se aplica mediante ameaça ou violência a pessoa, ato infracional praticado de maneira reiterada, descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Ressalte-se que em nenhuma hipótese será aplicada a internação se houver outra medida adequada. (BRASIL, 1990, art. 122, §2.º)

#### **4. O papel relevante do Ministério público na oitiva informal prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente**

A oitiva informal de quem cometeu ato infracional é de extrema importância para colher informações imprescindíveis à decisão pelo arquivamento, remissão simples, oferecimento de remissão onerosa cumulada com alguma medida socioeducativa ou a representação do adolescente, já que o Ministério Público é o titular da ação que verifica as condições pessoais do adolescente em seu contexto social e familiar, o que pode levar à aplicação de alguma medida protetiva pelo Juízo.

A doutrina da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente traz relevância à necessária atuação conjunta da Justiça da Infância e Juventude e do Ministério Público para o devido atendimento ao adolescente acusado da prática de ato infracional, sendo imprescindível a análise esmerada das necessidades pedagógicas específicas à condição social e familiar do adolescente como um ser em desenvolvimento.

Conforme o artigo 173 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no flagrante cometido mediante violência ou grave ameaça, a autoridade policial lavra o auto de apreensão com a tomada de depoimentos das testemunhas e do próprio adolescente, caso este deseje; a

---

apreensão do produto e dos instrumentos da infração; a requisição de exames e perícias necessários à comprovação da autoria e materialidade. No caso de atos infracionais de natureza leve, cometidos sem violência ou grave ameaça, é lavrado o boletim de ocorrência circunstanciado. (BRASIL, 1990)

Depois, há a possibilidade de o adolescente ser prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, se impossível, no primeiro dia útil imediato. (BRASIL, 1990, art. 174)

Caso não ocorra a liberação, o adolescente deve ser conduzido ao representante do órgão ministerial, no prazo máximo de 24 horas, para a oitiva informal prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Seguindo a orientação do próprio Ministério Público, as oitivas devem ser realizadas com as peças autuadas no cartório e a certidão de antecedentes, além de informações colhidas dos pais ou responsável acerca da conduta pessoal, familiar e social do adolescente.

Destarte, o fim da oitiva informal é identificar as causas da conduta infracional e as necessidades pedagógicas e psicológicas do adolescente da forma mais célere possível. A responsabilização dele por meio das medidas socioeducativas, preferencialmente remissão ou aplicação de medidas protetivas, apresenta-se como elemento eficaz no processo socioeducativo, mas o representante do órgão ministerial pode valer-se da assistência de profissionais das áreas de psicologia, pedagogia, serviço social, entre outras.

As oitivas informais permitem que o promotor de Justiça e o adolescente escolham a melhor medida socioeducativa, cumulada com a remissão onerosa a ser homologada pelo Juízo aplicada ao caso, com a ressalva de esta ser revista para se adequar às condições pessoais do adolescente em qualquer momento, como dispõe a Lei do Sinase (BRASIL, 2012):

Art. 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável.

Ciente e admoestado acerca da medida socioeducativa que terá que cumprir, o adolescente recebe orientação sobre como proceder e as consequências de seu descumprimento.

No tocante à representação, que se assemelha à denúncia no âmbito criminal, o Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza (BRASIL, 1990):

Art. 182. Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida socioeducativa que se afigurar a mais adequada.

§ 1.º A representação será oferecida por petição, que conterà o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária.

§ 2.º A representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade.

Nesse caso, o rito seguirá com a designação da audiência de apresentação, embora haja a possibilidade de o órgão ministerial requerer, depois da oitiva informal, junto com a representação, a internação provisória do adolescente. Pode, inclusive, haver

antes o oferecimento de representação, quando houver indícios suficientes de autoria e materialidade bem como comprovada a necessidade imperiosa da medida. Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990):

Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

A remissão onerosa cumulada à aplicação de alguma medida socioeducativa, bem como a representação para que se instaure um processo de apuração de ato infracional, possibilita ao Ministério Público entender pelo arquivamento do feito, caso haja atipicidade ou inexistência do fato, a autoria não seja do adolescente, ou se o autor do fato já houver completado 21 anos de idade no momento da oitiva informal.

Também existe a possibilidade de concessão de remissão simples ao adolescente como forma de um perdão simples ou de exclusão do processo.

É digno de ênfase que a oitiva informal, apesar de sua natureza administrativa, não se trata de um procedimento obrigatório para oferecimento de representação. Serve, porém, como auxílio à formação do convencimento do membro do Ministério Público.

Tribunais de Justiça de vários estados assim procedem, entre os quais o de São Paulo (HC 121733/SP, Tribunal de Justiça de São Paulo, relator ministro Og Fernandes, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 23 de março de 2009:

*Habeas Corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo a homicídio qualificado. Ausência de Oitiva Informal. Nulidade. Inexistência. Internação por prazo indeterminado.

do. Falta de fundamentação não configurada. Conduta praticada com grave ameaça à pessoa. Circunstâncias pessoais desfavoráveis. Medida de internação justificada. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

A ausência de oitiva informal não gera nulidade da representação se os elementos presentes já bastarem, por si sós, à formação de convencimento do magistrado. Embora não obrigatória, a oitiva informal é, conforme se viu, uma oportunidade de contato entre Ministério Público, adolescente e família para colher informações adicionais que influenciem na concessão ou não da remissão, bem como cumulá-la com medida socioeducativa e/ou protetiva.

A oitiva informal, portanto, constitui um direito do adolescente em conflito com a lei, ao qual devem ser garantidos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal aos inimputáveis, como a ampla defesa e o contraditório e o devido processo legal, além das garantias específicas contidas no artigo 111, inciso V, do ECA, em especial o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente.

De acordo com o juiz Márcio da Silva Alexandre (2016), deixar de realizar a oitiva e, de imediato, oferecer representação ofende o devido processo legal (art. 5.º, inciso LX, Constituição Federal de 1988), na medida em que suprime direito fundamental de o adolescente ter sua situação resolvida sem a necessidade de se submeter a processo sabidamente estigmatizante, retirando dele a oportunidade de mostrar ao MP que a judicialização é desnecessária.

A oitiva informal constitui mais do que uma faculdade do Ministério Público a um direito subjetivo garantido ao adolescente inclusive em âmbito constitucional. Trata-se de uma hipótese de defesa e oportunidade de afastar a judicialização do caso, razão pela qual em situações normais não deve ser dispensada.

Segundo o Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva do Ministério Público de São Paulo (2012), o qual estabeleceu um

Manual Prático para as Promotorias da Infância e Juventude, a oitiva informal, associada à sensibilidade do promotor de Justiça, é capaz de determinar o início e a exclusão do processo socioeducativo.

No referido manual (p. 38), consta que o promotor de Justiça deve zelar pelos direitos do adolescente em conflito com a lei, razão pela qual o momento da oitiva não deve, por sua informalidade, desrespeitar ou violar a pessoa do adolescente ou de seus familiares.

A informalidade não pode ser confundida com qualquer outra prática que possa violar ou desrespeitar a pessoa do adolescente ou de qualquer de seus familiares. Como fiscal da lei, o promotor de Justiça deve zelar para que nenhum direito ou garantia do adolescente em conflito com a lei tenha sido violado na fase policial. Seria ilógico – além de ilegal é claro – que viesse a fazê-lo durante a oitiva, valendo-se da informalidade que a lei lhe concede. Obviamente que a informalidade permite que o vocabulário utilizado com o adolescente seja coloquial e o mais simples e direto possível, permitindo que o investigado efetivamente compreenda os fatos que lhe são imputados e as consequências jurídicas que advirão em razão de sua participação ou não, conforme a convicção do promotor de Justiça.

Tendo em vista que a Justiça da Infância e da Juventude é regida pelo princípio da celeridade, Murillo e Ildeara Digiácomo (2017, p. 619) apontaram que a concessão da remissão deverá ser, a princípio, o caminho a ser seguido depois da oitiva informal ou a qualquer momento, antes de proposta a ação socioeducativa via representação. A remissão busca abreviar o processo que envolve adolescentes, visto que permite a socioeducação mais rapidamente.

Vale lembrar que o objetivo do procedimento socioeducativo não é aplicação de uma sanção estatal, mas sim a efetiva recuperação do adolescente, sempre da forma mais célere e menos traumática possível, o que pode perfeitamente ocorrer via remissão, notadamente nos casos de menor gravidade, através do ajuste de uma ou mais medidas socioeducativas e/ou protetivas,



conforme as necessidades pedagógicas específicas do adolescente (artigos 113 c/c 100, caput, e 127 do ECA).

Em qualquer momento, antes de oferecida a representação, pode ser oferecida a remissão pelo Ministério Público, visto que prescinde de comprovação de autoria e materialidade infracionais. Não existe constrangimento ilegal quando a remissão oferecida pelo órgão ministerial é cumulada com medidas socioeducativas em meio aberto, haja vista o que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990):

Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

Ressalte-se que o oferecimento de remissão pelo Ministério Público não infringe a Súmula 108 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a aplicação de medidas socioeducativas é de competência exclusiva do juiz. Tal súmula adveio de uma discussão na doutrina quanto à possibilidade de órgão diverso ao Poder Judiciário, no caso o órgão ministerial, praticar no ato decisório a concessão da medida socioeducativa.

Apesar de a maioria da doutrina, na época, já defender que a resposta era negativa, tendo em vista a necessidade de homologação judicial para que o ato da remissão adquirisse plena eficácia, o Superior Tribunal de Justiça buscou encerrar a divergência, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 181: “promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.” (BRASIL, 1990)

---

Pinto (1993, p. 4) trata do assunto sobre aqueles que alegam a inconstitucionalidade da remissão frente ao artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal.

A remissão, embora concedida pelo Ministério Público, se sujeita ao crivo judicial, devendo ser homologada pela autoridade judiciária para que possa ser executada, conforme dispõe o art. 181 da Lei 8.069/1990. Outrossim, a lei faculta ao adolescente ou a seu responsável legal, bem como ao próprio Ministério Público, o direito de requerer a revisão judicial, a qualquer tempo, desde que insatisfeitos com a medida aplicada na remissão.

Ainda no que concerne às oitivas informais, é válido tocar no ponto da desnecessidade de presença de advogado, já que ocorrem em momento extrajudicial de natureza administrativa, razão pela qual a ausência de defesa não constitui aspecto de nulidade. Assim, em julgamento de *habeas corpus*, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça prolatou, em 1.º de junho de 2017, o HC 349147 RJ 2016/0039418-0, relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 8 de junho de 2017:

*HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE FURTO QUALIFICADO. OITIVA INFORMAL. ART. 179 DO ECA. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. ALEGADA NULIDADE. PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL PREVISTO EM LEI. MANIFESTAÇÃO DO MENOR QUE DEVERÁ SER RATIFICADA EM JUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - Nos termos da jurisprudência desta Corte, a ausência de defesa técnica na audiência de oitiva informal do menor perante o Ministério*

---

Público não configura nulidade, porquanto não implica prejuízo à defesa, em razão da necessidade de ratificação do depoimento do menor perante o Juízo competente, sob o crivo do contraditório. Com efeito, a audiência de oitiva informal tem natureza de procedimento administrativo, que antecede a fase judicial, oportunidade em que o membro do Ministério Público, diante da notícia da prática de um ato infracional pelo menor, reunirá elementos de convicção suficientes para decidir acerca da conveniência da representação, do oferecimento da proposta de remissão ou do pedido de arquivamento do processo.

### Sobre remissão, representação e suas consequências, Murillo e Ildeara Digiácomo expõem (2017, p. 620):

Antes de oferecida a representação socioeducativa (cf. artigos 180, inciso III, e 182 do ECA), a prerrogativa pela concessão da remissão é do Ministério Público, que, afinal, é o titular exclusivo da ação socioeducativa. Neste caso, a remissão concedida excluirá o processo e evitará a representação.

Entretanto, após o oferecimento da representação socioeducativa a prerrogativa pela concessão da remissão passa à autoridade judiciária (invariavelmente o juiz da Infância e Juventude), que pode optar por tal solução a qualquer momento, antes de prolatar a sentença, depois de ouvir o Ministério Público (art. 186, §1.º c/c 204, do ECA e item 17.4, das “Regras de Beijing”). Em tal hipótese, a remissão poderá ser concedida como forma de suspensão ou de extinção do processo.

A remissão como forma de suspensão do processo será, em regra, cumulada com medida socioeducativa não privativa de liberdade cuja execução se prolongue no tempo (art. 127, terceira parte, do ECA), que deverá ser ajustada entre a autoridade judiciária e o adolescente, ouvido o Ministério Público. Já a remissão como forma de extinção do processo será concedida pela autoridade judiciária, também em regra, quando desacompanhada de medidas socioeducativas ou quando cumulada unicamente com a advertência (art. 112, inciso I, do ECA), que se exaure num único ato.

Com ou sem oitiva informal, a autoridade judiciária deverá nomear um defensor, caso o adolescente não tenha advogado constituído, conforme preconizam os artigos 111, 186 e 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990):

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Art. 186 [...]

§ 3.º O advogado constituído ou o defensor nomeado, no prazo de três dias contado da audiência de apresentação, oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas.

Art. 207. Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor.

§ 1.º Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz, ressalvado o direito de, a todo tempo, constituir outro de sua preferência.

§ 2.º A ausência do defensor não determinará o adiamento de nenhum ato do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente, ou para o só efeito do ato.

§ 3.º Será dispensada a outorga de mandato, quando se tratar de defensor nomeado ou, sido constituído, tiver sido indicado por ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária.

Por conseguinte, é preciso compreender as medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei, se oferecida representação pelo ente ministerial ao Juízo do caso ao término da fase de apuração.

## **5. Das medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente**

Verificada a prática de ato infracional, ao adolescente podem ser aplicadas, conforme o artigo 1.º da Lei do Sinase (BRASIL, 2012):

§ 2.º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;

II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e

III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Sobre o assunto, expôs Borcsik (2019, p. 6):

Suas finalidades são as de reeducar, ressocializar, proteger a formação moral e intelectual do adolescente em conflito com a lei,

afastá-lo temporariamente do meio social em que está inserido e que lhe é prejudicial, fazer despertar nele a consciência do desvalor de sua conduta equiparada a crime, possibilitar-lhe a reflexão e reavaliação de sua conduta e evitar que volte a praticar outros atos infracionais.

Assim, as medidas socioeducativas têm natureza predominantemente pedagógica e são escolhidas levando-se em conta, de forma privilegiada, as condições psicossociais do adolescente, sua capacidade de cumpri-las, as circunstâncias em que ocorreram os fatos e a gravidade da infração.

### **5.1. Da advertência e da obrigação de reparar o dano**

A advertência, regulamentada pelo artigo 115 do ECA, consiste em admoestação verbal redigida e assinada. Tem-se que é a única medida aplicável diretamente pela autoridade judiciária, devendo estar presentes o adolescente e seus responsáveis, o representante do Ministério Público e o juiz.

No tocante à obrigação de reparar o dano, o art. 116 do ECA dispõe que, em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Conforme o parágrafo único do referido artigo, “havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada”.

O fundamento principal dessa medida encontra-se nos princípios do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo de se dar preferência aos “meios de autocomposição de conflitos” e “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas”. (BRASIL, 2012, art.35)

## 5.2. Da prestação de serviços à comunidade e da liberdade assistida

A modalidade Prestação de Serviços à Comunidade está assim regulamentada no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990):

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

A própria lei evidencia que as tarefas devem ser atribuídas levando em consideração as aptidões do adolescente, medida para a qual é necessário um programa socioeducativo que apresente uma proposta pedagógica que evidencie as metas e os deveres para cada atividade a ser desenvolvida por ele. A oitiva informal, neste ponto, revela-se, mais uma vez, de suma importância, pois é o primeiro momento de se colherem as informações, gostos, costumes, habilidades e aspectos da vida familiar, pontos úteis à designação de uma atividade a ser prestada pelo infrator, apesar do prévio encontro do adolescente com o Centro de Referência de Assistência Social ao início do cumprimento da medida.

Nesse diapasão, a Liberdade Assistida (artigo 118 do ECA) também é uma medida a se cumprir em meio aberto e a ser adotada sempre que se afigurar como a mais adequada para acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente. (BRASIL, 1990)

A Liberdade Assistida surte efeitos positivos, pois permite uma intervenção efetiva na vida do adolescente e de sua família do mesmo modo que na medida de Prestação de Serviços à Comunidade, em que há a necessidade de um programa individual de atendimento ao adolescente, o qual deve especificar os resultados da avaliação interdisciplinar; os objetivos declarados pelo adolescente; a previsão de suas atividades de integração social,

apoio à família e/ou capacitação profissional; as formas de participação da família para o efetivo cumprimento do plano individual; e as medidas específicas de atenção à sua saúde, cujo acompanhamento direto por um profissional especializado e ciente das características do caso permite, se cumprido escorreitamente, superar os problemas do adolescente (BRASIL, 1990):

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;

III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV - apresentar relatório do caso.

Ressalte-se que essas medidas em meio aberto podem ser cumulas entre si com medidas de proteção.

### **5.3. Da semiliberdade e da internação**

A medida socioeducativa de semiliberdade exige um estudo da sua efetiva capacidade de cumprir-se parcialmente em meio aberto, imprescindível à elaboração de um detalhado Plano Individual de Atendimento.

Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.



§ 1.º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2.º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

Segundo o artigo 121 do ECA (BRASIL, 1990), a medida socioeducativa na modalidade de internação, por ser em meio fechado, está sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Aliado a esses princípios, assegura-se à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, de modo que restrições a esse direito somente podem ocorrer em situações extremas, levando-se em conta a gravidade do ato infracional e as medidas anteriormente aplicadas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) também prevê:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

O estatuto estipula que a internação deve ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida a rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, medidas não abrangidas pelo instituto da remissão disposto no artigo 110 do ECA (BRASIL, 1990), segundo o qual “nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”, sendo necessária, portanto, a instauração de um processo de apuração de ato infracional no qual serão produzidas todas as provas pertinentes.

Quanto à reavaliação da medida socioeducativa, segundo a Lei do Sinase (BRASIL, 2012):

Art. 42. As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de 10 (dez) dias, cientificando o defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável.

§ 1.º A audiência será instruída com o relatório da equipe técnica do programa de atendimento sobre a evolução do plano de que trata o art. 52 desta Lei e com qualquer outro parecer técnico requerido pelas partes e deferido pela autoridade judiciária.

Com base no relatório informativo formulado pela unidade socioeducativa do programa, preconiza o mesmo dispositivo legal (BRASIL, 2012):

Art. 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável.

O pedido de reavaliação se embasa no plano individual de atendimento, antes do prazo da reavaliação obrigatória, sobre a inadaptação ou o reiterado descumprimento ao programa, além da necessidade de modificação das atividades do plano individual que importem em maior restrição da liberdade do adolescente. É importante, pois, a colaboração e o bom desempenho do socioeducando no cumprimento de seu Plano Individual de Atendimento (BRASIL, 2012, art. 43, § 1.º).

## 6. Das medidas de proteção

A adoção da doutrina da Proteção Integral pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) conferiu às crianças e aos adolescentes as condições de sujeitos de direitos de natureza individual, social ou econômica. Assim, não é surpreendente que os mesmos dispositivos legais tenham estabelecido medidas a tomar no caso de violação ou de ameaça a tais direitos, como as de que dispõe o ECA (BRASIL, 1990):

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta.

Em conformidade com as necessidades específicas do destinatário infrator, devem ser considerados princípios a própria condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; a proteção integral e prioritária; responsabilidade primária e solidária do poder público; interesse superior da criança e do adolescente; privacidade; intervenção precoce; intervenção mínima; proporcionalidade e atualidade; responsabilidade parental; prevalência da família; informação e participação das crianças e dos adolescentes, bem como de seus pais ou responsáveis, na oitiva obrigatória (BRASIL, 1990, art. 100).

Considerando que as medidas de proteção são aplicadas a direitos em risco, é importante que o problema específico de cada criança ou adolescente seja identificado a fim de que a autoridade competente atue. O artigo 101 do ECA (BRASIL, 1990) prevê:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

---

- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- X - colocação em família substituta.

Como “autoridade competente” tem-se o Judiciário e o Conselho Tutelar na oitiva informal que permite, de modo célere, o contato com o adolescente em conflito com a lei, acompanhado de seus responsáveis e do ente ministerial que teria identificado naquele contexto de vida a imprescindibilidade da aplicação de medidas protetivas.

De acordo com Murillo e Ildeara Digiácomo (2017, p. 167), o que importa não é a pura e simples aplicação, de maneira “burocrática”, do encaminhamento do destinatário a um programa de atendimento qualquer. É fundamental descobrir exatamente o problema que aquela criança ou adolescente apresenta. A solução pode exigir um atendimento individualizado que demande intervenções múltiplas não apenas da criança ou do adolescente, mas também da sua família (art. 129 do ECA).

Destaque-se que as crianças e os adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, devendo ser asseguradas todas as oportunidades e facilidades para que se desenvolvam fisicamente, mentalmente, moralmente, espiritualmente e socialmente, sem discriminação à condição pessoal

de nascimento, desenvolvimento e aprendizagem, situação econômica, idade, sexo, raça, etnia, religião ou crença, deficiência, ambiente social e familiar, região e local de moradia.

Ressalte-se o direito à educação, considerado um direito social pelo artigo 6.º da Constituição Federal e enfatizado no artigo 205. “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

A atribuição ao Estado de zelar e promover a educação, contida nos artigos 205 e 227 da Constituição Federal e no artigo 2.º da Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, foi repetida no artigo 4.º da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que o direito à educação formal está intimamente ligado ao desenvolvimento pleno das capacidades individuais de cada educando.

Ressalte-se que a prática de atos infracionais está relacionada à evasão escolar, motivo pelo qual o agente ministerial Almeida (2019, p. 4), da 2.ª Promotoria de Justiça da Comarca de Assis Chateaubriand, inicia suas oitivas informais questionando os adolescentes acerca da frequência escolar, já que cerca de 80% deles não têm frequentado as aulas.

A oitiva informal é crucial para que o membro do Ministério Público tenha contato direto com o adolescente e consiga identificar necessidades e soluções pedagógicas que impeçam a prática infracional ao aplicar a medida protetiva de retorno escolar, haja vista a relevância do direito fundamental à educação (2019, p. 9).

Sob a luz da Constituição Federal e do ECA, que atribuem ao Ministério Público a função de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias assegurados às crianças e aos adolescentes, pode-se afirmar que a oitiva informal verifica o contexto de vida do adolescente e restaura eventuais direitos fundamentais prejudicados e proporciona novas oportunidades.

---

## 7. Conclusão

A tentativa de responsabilizar o adolescente em conflito com a lei tem de ponderar a relevante situação de pessoa em desenvolvimento, considerada inimputável pela Constituição Federal e, conseqüentemente, pelo Código Penal.

Assim, a oitiva informal realizada pelo Ministério Público é a oportunidade da breve identificação das necessidades pedagógicas e psicológicas a constar no relatório acerca das causas que levaram o adolescente à conduta infracional.

Destarte, a colheita de informações do adolescente e de seus pais ou responsável, no contexto da conduta pessoal, familiar e social do menor, graças à oitiva informal para os encaminhamentos devidos, representa um procedimento de modo célere por meio do oferecimento de remissão onerosa cumulada com medida socioeducativa mais eficaz preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sem, é claro, desconsiderar a necessidade de iniciar um processo judicial para a responsabilização do adolescente em determinados casos.

## 8. Referências

ALEXANDRE, Márcio da Silva. *Oitiva informal e o sentido da jurisprudência do STJ*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2016-1/oitiva-informal-e-o-sentido-da-jurisprudencia-do-stj-juiz-marcio-da-silva-alexandre>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

ALMEIDA, Karina Freire Gonçalves de. *Oitiva informal: a importância de um olhar diferenciado na identificação das causas do ato infracional e no reconhecimento da realidade social do adolescente*. Disponível em: <[https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/TCCs/2019/Karina\\_Almeida\\_-\\_Oitiva\\_Informal\\_a\\_importancia\\_de\\_um\\_olhar\\_diferenciado\\_na\\_identificacao\\_das\\_causas\\_do\\_ato\\_infracional.pdf](https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/TCCs/2019/Karina_Almeida_-_Oitiva_Informal_a_importancia_de_um_olhar_diferenciado_na_identificacao_das_causas_do_ato_infracional.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BANDEIRA, Marcos. *Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional*. Disponível em: <<http://www.uesc.br/editora/livrosdigitais/atos-infracionais-medidas-socioeducativas.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

BORCSIK, Sandor Krisztan. Medida socioeducativa de internação: noções fundamentais e questões relevantes aos operadores e adolescentes em conflito com a lei. In: *Revista dos Tribunais Online*, v. 999, p. 465-502, jan. 2019. Disponível em: <<https://apps.mppr.mp.br/maf/app/resultList/document?&src=rl>>



MULLER, Crisna Maria. *Direitos fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9619](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619)>. Acesso em: 16 abr. 2020.

MUSSI, Breno Moreira. Breve contribuição ao debate sobre a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente nos casos de remissão concedida pelo Ministério Público. *In: Revista dos Tribunais Online*, v. 680, p. 438-442, jun. 1992. Disponível em: <<https://apps.mppr.mp.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017453c0dfdc05ae6d77&docguid=I210ed590f25011dfab6f01000000000&hitguid=I210ed590f25011dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=43&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 3 set. 2020.

PINTO, Simone Montez. Polêmica constitucional do princípio da oportunidade na remissão. *In: Revista dos Tribunais Online*, v. 694, p. 440-443, ago. 1993. Disponível em: <<https://apps.mppr.mp.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017453c45694c45ea5e3&docguid=I33ce0750f25011dfab6f01000000000&hitguid=I33ce0750f25011dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=58&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 3 set. 2020.

Artigo recebido em 08/09/2020.

Artigo aprovado em 07/06/2021.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i37.432>



**168 - 188**

Artigo

**UM CONTRAPONTO DWORKINIANO  
À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA  
PURA NO MUNDO A PARTIR DE RAN  
HIRSCHL: A LEGITIMIDADE E APTIDÃO  
DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**

DAVID ELIAS CARDOSO CAMARA  
PEDRO NILSON MOREIRA VIANA

# UM CONTRAPONTO DWORKINIANO À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PURA NO MUNDO A PARTIR DE RAN HIRSCHL: A LEGITIMIDADE E APTIDÃO DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A DWORKINIAN COUNTERPOINT TO THE JUDICIALIZATION OF  
PURE POLICY IN THE WORLD FROM RAN HIRSCHL: A LEGITIMACY AND  
DEMOCRATIC APTITUDE FOR THE CONTROL OF BRAZILIAN CONSTITUTIONALITY

DAVID ELIAS CARDOSO CAMARA

Graduando em Direito  
Universidade CEUMA, São Luís | Brasil  
david.camara1@outlook.com

PEDRO NILSON MOREIRA VIANA

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça  
Universidade Federal do Maranhão, São Luís | Brasil  
pedro.moreira.viana@hotmail.com

**RESUMO:** Desde a doutrina judicialista, são variados os debates que pretendem conciliar interdependência e harmonia entre o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário na criação e significação dos direitos. Entre os muitos doutrinadores opostos ao poder revisional dos tribunais constitucionais, destaca-se Ran Hirschl, para quem as questões de política e que envolvem identidades das nações devem ser decididas, em último caso, por cortes legislativas. Neste aspecto, a obra analisa a teoria do *judicial review* e o fenômeno da judicialização da política a partir Ran Hirschl, a fim de confrontar seus argumentos com as perspectivas de Ronald Dworkin na tentativa de compreender se tribunais constitucionais são (ou não) democraticamente legitimados a interpretar e definir questões de valores morais e de política.

**PALAVRAS-CHAVE:** judicialização da política; controle de constitucionalidade; tribunais constitucionais.

**ABSTRACT:** Since the judicial doctrine, there are many debates that aim to reconcile interdependence and harmony between the executive, legislative and judiciary powers in the creation and meaning of rights. Among the many indoctrinates opposed to the reviewing power of constitutional courts, Ran Hirschl stands out, for whom issues of politics and which involve the identities of nations must be decided, ultimately, by legislative cuts. In this regard, the work analyzes the theory of the judicial review, and the phenomenon of the judicialization of politics from Ran Hirschl, in order to confront its arguments with the perspectives of Ronald Dworkin in an attempt to understand whether constitutional courts are (or not) democratically legitimated. to interpret and define questions of moral and political values.

**KEYWORDS:** judicialization of politics; constitutionality control; constitutional courts.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Ran Hirschl e a judicialização da política pura no mundo: delimitação inicial. 3. As três faces da política judicializada de Hirschl e sua imprecisão conceitual. 4. Dworkin e a legitimidade democrática da revisão judicial sobre valores e princípios constitucionais. 5. O controle de constitucionalidade brasileiro: legitimidade e aptidão democrática para lidar com questões de valores e princípios. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1. Introdução

A busca pelo equilíbrio institucional levada a cabo nas origens da organização política dos Estados Unidos implicou necessariamente o controle do poder mediante o seu escalonamento, seja entre governo central e local, seja ainda entre poderes de estado com funções repartidas para legislar, governar e julgar. Essa noção de controle do poder estatal estabeleceu a separação harmônica de papéis que cada ramo de governo deveria exercer, de sorte que é possível identificar neste modelo de organização um imbricado sistema de competências repartidas entre as várias esferas de decisão política.

Em que pese não terem os americanos inventado a tríplice estrutura de funções do Estado, a sua Constituição de 1787 apresenta características que expressam fortes tendências ao controle, dentre as quais se destacam a instituição de um plano horizontal entre os poderes de estado e a capacidade de tribunais de justiça invalidarem leis e atos normativos por meio de um singular sistema de controle de constitucionalidade.

O paradigma judiciário firmado primeiramente na Constituição americana, apesar de também fazer parte da estrutura política de vários Estados democráticos, como o Brasil, enfrentou e ainda enfrenta incisivas objeções. É que a última palavra do sistema do *judicial review* pode promover, em alguma medida, a ocorrência de fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização política, levando a doutrina a uma busca por formas alternativas de definição do direito.

Neste estudo, pretende-se analisar os argumentos expedidos por Ran Hirschl (2009) no artigo “O novo constitucionalismo e a judicialização da política no mundo”, em contraste com as perspectivas de Ronald Dworkin, a fim de compreender, afinal de contas, se tribunais constitucionais são (ou não) democraticamente legitimados a interpretar e definir questões de valores morais e de política.

---

## 2. Ran Hirschl e a judicialização da política pura no mundo: delimitação inicial

No artigo “O novo constitucionalismo e a judicialização da política no mundo”, Ran Hirschl desenvolve uma análise do fenômeno contemporâneo da judicialização da política nas democracias contemporâneas, destacando em seu estudo uma profunda transformação dos processos decisórios e dos centros de poder. Segundo sua perspectiva, o poder migrou de instituições democráticas de representação para tribunais, tanto em nível nacional como internacional. Esta alteração, na perspectiva do autor, advém do estabelecimento de uma chamada “supremacia constitucional” – oriunda dos Estados Unidos da América –, e amplamente difundida no constitucionalismo global em razão da influência intelectual e política dos americanos.

Este arranjo institucional pautado na supremacia constitucional seria tão atraente que foi capaz de “infiltrar-se” em países de tradição legalista – como é o caso do Reino Unido, Canadá e Nova Zelândia, onde tradicionalmente os processos de decisão e interpretação do direito centram-se não no Judiciário, mas sim no Poder Legislativo. Esta significativa alteração da forma como as democracias vem interpretando o sentido e extensão dos direitos – para ele, uma “tendência” – tem manifestado um fenômeno de efeitos negativos: a judicialização da política.

Segundo Hirschl (2009, p. 140), a judicialização da política é um conceito “guarda-chuva”, difícil de delimitar em razão da dificuldade de definir no que consiste a “política”, mas que, apesar disso, expressa-se pela constatação do “recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”. Para o autor, isso tem conferido aos tribunais uma importância muito maior do que deveriam ter, o que significa dizer, de outro modo, que importa mitigar a atuação dos tribunais acerca de “controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver” (HIRSCHL, 2009, p. 140).

Cumpra observar que, para Hirschl, o que precisa ser analisado com maior cuidado é precisamente que confiar aos tribunais a solução de questões delicadas de identidade coletiva – que se encontram nos processos de construção de uma nação – não é a melhor coisa a ser feita. A fim de sustentar essa tese, Hirschl constrói de início três categorias de judicialização “indevida” da vida, pretendendo ao fim, pelo estudo de casos emblemáticos, evidenciar a judicialização da política pura e seus efeitos negativos sobre a representatividade democrática dos tribunais em seus processos decisórios interpretativos no constitucionalismo contemporâneo. Assim, cumpre analisar criticamente os argumentos expostos por Hirschl na tentativa de validar, ou não, suas premissas e conclusões.

De partida, em sua análise preliminar, o autor sugere a existência de uma política pura – aquela relativa a questões que envolvem “controvérsias políticas sobre as identidades das nações”. Isto é, para ele, deve existir nas democracias um processo político puro, no qual os macrodissensos políticos (ou como o autor prefere, macropolítica) sejam decididos por meio da representação legislativa. A par desta consideração é que ele conclui, na premissa, que esta ordem natural das democracias foi alterada a partir da cultura da soberania ou supremacia judiciária fixada no constitucionalismo americano. Logo, aqui é preciso cuidado em sua análise. Isto porque Hirschl está se referindo vagamente ao arrojado sistema de controle de constitucionalidade americano, desenvolvido a partir da constituição de 1787, que não pode ser compreendido – ao menos não sem debate – como uma supremacia judiciária.

Veja-se que a expressão “supremacia”, no uso de Hirschl, refere-se ao fato de que lá nos Estados Unidos da América, assim como no Brasil e em inúmeras outras democracias atuais, é o Poder Judiciário que é dotado da última (e não única) palavra sobre os conflitos que envolvem a extensão e o sentido dos direitos fixados em uma constituição política.

---

Deste modo é que, ao discutir-se, ao fim e ao cabo, se os tribunais são aptos ou não a lidar com controvertidas questões de ordem política, não estamos diante de uma supremacia judiciária – que, pela expressão supremacia, constrói a ideia de que somente o Poder Judiciário seria legitimado pela construção e interpretação do direito – mas sim de um modelo, democrático, no qual o Poder Judiciário se encontra juntamente a outros dois poderes, a exercer funções tanto nomológicas, quanto administrativas e decisórias.

Neste modelo americano, diferentemente dos de tradição legislativa, o Judiciário detém a última palavra nos processos de interpretação das questões constitucionais, não uma “supremacia”. Portanto, o emprego desta terminologia, dissociada de uma análise concreta de um sistema constitucional, pode induzir o leitor a concluir que o Judiciário é o único e, portanto, soberano dos ramos de governos a lidar com questões morais ou políticas, quando em verdade, pelo menos no constitucionalismo americano, este detém a última palavra.

Tanto que, se assim não fosse, o Congresso americano já poderia ter encerrado suas atividades legislativas e delegado sua função típica de inovação ao Poder Judiciário – que, pela tradição, apenas conforma interpretações à Constituição, mas não cria. Assim, não há que se falar em supremacia judiciária, mas sim em um arranjo no qual o Judiciário detém a última interpretação sobre os direitos de uma dada organização política.

Para Hirschl (2009, p. 141), deve existir nas democracias um processo político puro, no qual questões morais polêmicas sejam decididas, exclusivamente, por meio da representação legislativa, sendo o direito constitucional “uma forma de política por outros meios”.

Significa dizer que, na concepção hirschliana, os processos judiciais de decisão que envolvam os direitos e valores principiológicos previstos em uma Constituição – que antes de tudo consti-

tui uma ordem política – são uma forma inadequada de decidir questões políticas por conta de um *deficit* de legitimação democrática dos tribunais não eleitos.

### 3. As três faces da política judicializada de Hirschl e sua imprecisão conceitual

A fim de sustentar sua tese principal, o autor revela que a judicialização da política é um termo “guarda-chuva”. “Guarda-chuva” porque nele estão inseridos pelo menos três processos diferentes, que, apesar de suas características próprias, são inter-relacionados. Muito embora seja um conceito amplo, para Hirschl (2009, p. 142), pode ser delimitado como sendo “a disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera política e nos fóruns, e processos de elaboração de políticas públicas”. Na sua concepção, muito acertadamente, essa judicialização “é inseparável do fenômeno da captura das relações sociais e da cultura popular e da expropriação dos conflitos sociais por parte do direito” (HIRSCHL, 2009, p. 142). Essa constatação, deriva, naturalmente, do modo pelo qual a civilização humana compreende o estabelecimento de suas relações. Isso significa dizer que a visão hirschliana muito corretamente observa que a complexidade e a multiplicidade de direitos e interesses nas sociedades contemporâneas impõem a constituição de ordens políticas e sociais cada vez mais complexas.

Fazer frente a uma realidade cada vez mais complexa e cada vez mais mutável, fluída, demanda do pacto social uma ordem que contempla ao mesmo tempo a todos, em suas diferenças e semelhanças, permitindo-se a participação da construção de uma coletividade rica em diferenças. Essa necessidade sistêmica de uma organização política pautada na diversidade de valores e interesses é absolutamente indesejável na contemporaneidade. Isto porque a evolução social humana, permitida pelo avanço tecnológico e pela construção de uma comunidade global de

---

mercados, misturou valores morais e princípios que não mais conhecem fronteiras, idiomas ou moedas. Tal realidade demanda das instituições de governo uma coordenação, uma racionalidade nos processos de decisão e escolha pública, porquanto, diante de interesses multitudinários, o conflito de direitos e valores morais é comum e absolutamente normal.

Conciliar tamanhas diferenças culturais, históricas, econômicas, religiosas e filosóficas em um único ordenamento demanda uma “servidão voluntária” dos cidadãos, uma espécie de adesão racional na qual as escolhas coletivas são pautadas não no arbítrio, mas na confrontação entre argumentos racionais. Assim é que, para Hirschl, questões antes decididas informalmente passam a ser submetidas a regras e procedimentos jurídicos. Esse é um aspecto da judicialização hirschliana.

O segundo aspecto, ou face, da judicialização da política para Hirschl reside na expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas – por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais. Esta expansão se desenvolve ora no sentido de ampliar e reforçar as fronteiras da proteção de direitos individuais, ora por meio da fiscalização de procedimentos por parte dos tribunais. Isto, em sua concepção, evidencia a transferência de prerrogativas centrais de elaboração de políticas de arenas decisórias majoritárias para tribunais insulados.

Por fim, Hirschl (2009, p. 147) evidencia a terceira classe emergente da judicialização da política: caracterizada pelo emprego de tribunais e juízes para lidar com a “megapolítica”. “Megapolítica” deve ser compreendida como questões de alta importância para uma sociedade, questões que, segundo ele, “são primordialmente morais e políticas – e não jurídicas” e que, portanto, devem ser dissociadas do julgamento por um tribunal. Segundo o autor, “como tais, eles devem – ao menos por questão de princípio – ser contemplados e decididos pela própria população, por meio de seus representantes eleitos e politicamente responsáveis” (HIRSCHL, 2009, p. 147).



Hirschl confessa que a diferença entre o segundo e o terceiro nível de judicialização da política vai além da relevância política das questões que tratam. Porém insiste em concluir que o que diferencia a judicialização da megapolítica é uma diferença “qualitativa” que importe na definição autoritativa da *raison d’être* de uma comunidade. Isto permite evidenciar, na realidade, que as questões que Hirschl define como questões de megapolítica são todas as questões de valores ou princípios vigentes em uma sociedade que têm impacto qualitativo grande sobre como aquela organização lida com tais valores.

Noutro modo, questões de judicialização da política de menor importância são aquelas que envolvem o julgamento de um tribunal sobre valores ou princípios vigentes em uma sociedade que têm impacto qualitativo menor do que os valores de megapolítica. A abertura desse conceito, aliado à sua imprecisão terminológica, parece comprometer, afinal, qual destes níveis de judicialização da política pode ser tolerável e qual permite reforçar a tese hirschliana de que tribunais “usurpam” a legitimidade democrática dos representantes eleitos nas discussões de valores morais. São esses fundamentos facilmente superados pela doutrina dworkiniana.

#### 4. Dworkin e a legitimidade democrática da revisão judicial sobre valores e princípios constitucionais

Dworkin reconhece que a supremacia judicial é um fato histórico da sociedade americana, que considera o Poder Judiciário como o intérprete final da Constituição, cuja compreensão dos direitos fundamentais é a de um ordenamento principiológico. O esforço teórico por ele depreendido na obra *Taking Rights Seriously* tem como objetivo justificar a legitimidade democrática do *judicial review*. Em um primeiro momento, é possível afirmar que Dworkin não vê nenhuma objeção à invalidação de leis por juízes não eleitos – em verdade, o autor acredita que este arranjo é capaz de melhorar as estruturas democráticas. As-

sim, para sustentar a tese do controle de constitucionalidade por Cortes de Justiça, ele desenvolve uma teoria acerca da decisão judicial, pautando-se na atuação do Estado-Juiz ante o dever de decidir um caso, nas hipóteses em que a norma é insuficiente ou o texto legislativo ambíguo.

Segundo Dworkin, na doutrina positivista mais tradicional:

[...] é aceitável que em casos deste jaez, o juiz tenha discricionariedade para solucionar a disputa a ele proposta, posto que inevitavelmente não pode se esquivar de julgá-la. (DWORKIN, 1978, p. 94).

Dworkin discorda incisivamente dessa postura e acredita que o juiz deve achar a única solução possível para o conflito. Na sua acepção, o positivismo não consegue lidar com casos efetivamente difíceis, pelo fato de que eles consideram o sistema jurídico composto apenas de normas regras, desconsiderando as normas princípios – dotadas de conceitos indeterminados ou suficientemente abertos a várias interpretações simultaneamente possíveis.

Para Dworkin (1978, p. 95), “o direito é essencialmente interpretativo” e, neste aspecto, as normas princípios, por seu turno, permitem aos juízes decidirem os casos concretos. Isso significa dizer, de certa forma, que o direito só pode ser compreendido no caso concreto, uma vez que derivaria de um esforço conjunto de interpretação das regras, da moralidade, princípios e das diretrizes políticas. Brevemente, seria possível que, a partir dos direitos fundamentais fixados na Constituição, as decisões políticas tomadas pela sociedade ou por seus representantes sofressem um processo de adequação.

O autor assenta que a Constituição americana prevê uma série de direitos (jurídicos) individuais – como as cláusulas do devido processo legal, proteção igualitária e outras similares. Contudo, a única previsão constitucional de direitos não é suficiente para garantir a sua execução. Essencialmente porque a Constituição,

ao fundir problemas jurídicos e morais simultaneamente, não responde diretamente se aquele sistema jurídico reconhece todos os direitos morais dos cidadãos, ou mesmo se estes cidadãos teriam o dever de obedecer à lei, ainda quando ela violasse tais direitos<sup>1</sup>.

Assim, inevitavelmente, quando uma Constituição firma direitos individuais de natureza principiológica – ou seja, quando estabelece direitos, mas não estabelece instrumentos próprios para garanti-los, ou ainda quando não estabelece precisamente no que tais direitos consistem<sup>2</sup>, algum organismo de governo deve ter a última palavra sobre o que tal direito deve valer.

Assim, clarifica Dworkin:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. (DWORKIN, 1978, p. 101) (tradução nossa).

De acordo com a teoria constitucional do autor, a argumentação jurídica pode ser compreendida em decisões: (1) *argumentos de princípios* (justificam uma decisão mostrando que ela protege os direitos de um indivíduo ou de um grupo); e (2) *argumentos de política* (justificam a decisão mostrando que ela protege ou fomenta um objetivo da comunidade como um todo; são aqui entendidos como de políticas públicas, que buscam promover benefícios gerais.)

---

1 Segundo Dworkin, esses questionamentos são sempre mais exsurgentes quando alguma minoria reclama direitos e a lei lhe nega, ou quando se debatem movimentos radicais de exclusão de direitos.

2 Os princípios não almejam estabelecer condicionantes para a sua aplicação, mas tão somente fazem um anúncio para a sua efetivação e aplicação. Já as regras devem ser aplicadas de modo irrestrito, pois se aplicam ou não se aplicam no caso concreto.

A distinção entre argumento de princípios e argumento de política é o que em um primeiro momento autoriza o *judicial review*. Em regra, o juiz não deve agir como legislador, devendo limitar-se a aplicar as leis existentes, visto que o juiz não é investido de autoridade pública para legislar. Não obstante, a atividade jurisdicional é inescapável à atuação análoga de um legislador, pois que o magistrado aplica a lei, em tese, ao caso concreto, adequando-a às particularidades e finalidades a que se propõe. Demais, os preceitos legais, quando de tipologia aberta, são vagos e, em certa medida, confusos e conflitantes com outras normas.

Essa atividade jurisdicional, especialmente quando do exercício do *judicial review*:

deve levar em consideração apenas os argumentos de princípio, de forma a impor direitos fundamentais contra decisões de uma maioria política que, pelo processo legislativo, pode suprimir os direitos morais das minorias. (DWORKIN, 1978, p. 104) (tradução nossa).

Neste particular, as mais variadas teorias de refreamento do *judicial review* surgiram com base no “temor” de que a vontade democrática seja substituída pela vontade das Cortes.

Em geral, teóricos como o próprio Waldron advogam pela preservação de um espaço próprio de conformação com a vontade legislativa. Tais teóricos alegam, segundo Dworkin (1978, p. 106), que em uma democracia todas as questões não resolvidas, incluindo aquelas relativas a princípios morais e políticos, “devem ser resolvidas por instituições que sejam politicamente responsáveis de um modo que os tribunais não são”. Em regra, na sua leitura, existem variados fundamentos democráticos em cada constituição. E para a resposta da viabilidade da tradição e dos princípios (entre eles o *judicial review*), é importante conhecer a espécie de democracia cultivada nos Estados Unidos.

Para Dworkin, a democracia americana adota um constitucionalismo que tem por um primeiro decorrente a proteção dos direitos das minorias contra os abusos da maioria – de sorte que decisões contra a maioria não devem ser deixadas aos influxos de interesse dessa mesma maioria.

Ademais, Dworkin, neste ponto específico, identifica um óbice à tese de Waldron. Segundo o autor, em virtude do princípio que veda a atividade legislativa em causa própria, as decisões de política e de princípio que têm potencial de ir de encontro à maioria não podem ser submetidas a sua própria deliberação. Na sua concepção, este cenário revela que a legalidade ficaria malferida (visto que os legisladores atuariam em benefício de si mesmos ou de seu próprio grupo político), o que impunha reconhecer que, pelo menos quando direitos fundamentais das minorias estivessem em risco (de extinção ou mesmo de redução), o Legislativo não seria o lugar apropriado para tomar decisões de princípios.

Demais, Dworkin reconhece que em uma sociedade que se dignifica a ponto de assegurar direitos em um texto constitucional está necessariamente sujeita a lidar com problemas jurídicos e morais. Inevitavelmente, pelo que ele afirma, quando uma Constituição firma direitos individuais, mas não estabelece instrumentos próprios para garanti-los ou não estabelece precisamente no que consistem (de natureza principiológica) – algum organismo de governo deve ter a última palavra sobre o que tal direito deva valer. Tal resposta pode ser dada pelas Cortes de Justiça, sem que isso portanto signifique violação ao princípio da legitimação democrática.

Em toda sociedade que assegure direitos individuais, todos os cidadãos têm o dever moral para si e para com seus concidadãos de obedecer a lei. Contudo, tal dever não é absoluto ante a possibilidade de conflitos entre obrigações morais/religiosas e obrigações de Estado. Assim, todos os homens têm o dever de obedecer a Lei, mas, quando houver eventual conflito entre a lei de estado e a consciência, existirão situações que autorizam a desobediência civil (p. ex., objeção de consciência para o exercício militar).

A Constituição dos Estados Unidos assegura direitos morais aos cidadãos e converte-os em direitos jurídicos, a exemplo dos direitos à igualdade jurídica, liberdade de expressão e de consciência; isto é, tais direitos fundamentais representam verdadeiros direitos indisponíveis, de sorte que, mesmo se eventualmente convencidos de que a maioria estaria melhor com a restrição de tais direitos, o governo não poderia restringi-los.

Dworkin (1978, p. 107) compreende que o Estado “pode modificar os direitos fundamentais; contudo, deve haver razoável justificativa para tanto”. Entre as justificativas inservíveis, ele acredita que o benefício comum, o bem geral ou ainda o interesse da maioria não são argumentos razoáveis. Em sua acepção, se o governo elenca justificativas abstratas sem razoabilidade para, por meio da lei, restringir um direito individual fundamental, o cidadão está desobrigado a cumpri-la, de sorte que há uma necessidade de defesa dos direitos morais em desfavor da simples alocação de recursos ou da mudança de plano político (argumentos de política), a fim de que os direitos contra o Estado sejam factivelmente estruturados.

Essa digressão – de proteção dos direitos morais (fundamentais) de minorias – leva a considerar que o Poder Judiciário é muito mais preparado para lidar com problemas dessa natureza, visto que o direito é por ele compreendido como eminentemente interpretativo, e a proteção dos direitos morais das minorias não pode ficar a cargo do julgamento da maioria (que detém argumentos de política radicalmente diferentes)<sup>3</sup>.

Apesar de crer serem as Cortes as instituições mais apropriadas para a leitura principiológica da Constituição (teoria judicial da decisão aliada à concepção de democracia constitucional),

---

<sup>3</sup> Dworkin acredita ainda que devemos considerar que os comandos normativos constitucionais são de escrita aberta (e eventualmente confusos e conflitantes). A autoridade prevista no sistema norte-americano é dos juízes e da Suprema Corte.

Dworkin não olvida que o controle de constitucionalidade está sujeito ao seu próprio acerto. Neste particular, ele acredita que as possibilidades de decisões equivocadas do Parlamento e das Cortes são simétricas.

De toda forma, o autor prefere instituições mais arrojadas em lidar com argumentos de princípio, pois a ele importa mais essa atitude de velar pela integridade dos direitos morais dos indivíduos do que propriamente a resposta dada. Isso significa que, na sua acepção de democracia constitucional, tendo em vista a necessidade de proteção dos argumentos de princípio contra os argumentos de política, que, por sua vez, são condicionados pela mera vontade da maioria numérica, o Judiciário tem a palavra final mais qualificada.

## **5. O controle de constitucionalidade brasileiro: legitimidade e aptidão democrática para lidar com questões de valores e princípios**

O sistema de controle normativo – que, *grosso modo*, serve para apurar a adequação das normas com a Constituição, apesar de ser realizado por uma estrutura de decisão argumentativa e deliberativa de um Tribunal Constitucional somente – e não pela deliberação de todos os poderes – encontra-se permanentemente em meio a decisões e reações da opinião pública e dos demais poderes, fatores estes que têm muita relevância na formação, estabilização e modificação de uma interpretação.

Assim, o Tribunal Constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade concentrado, não só permite um diálogo interpretativo por meio da participação endoprocessual de vários intérpretes (por meio das técnicas de audiências públicas ou *amicus curiae*), como ainda está sujeito a decisões e reações dos demais poderes na esfera extraprocessual. Também porque o Supremo

---

Tribunal Federal, no Brasil, pode decidir que suas deliberações, em determinados casos, sejam dotadas de provisoriedade ou passíveis de revisão, o que, por seu turno, permite a superação legislativa de uma decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade.

De outro modo, o sistema concentrado de controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro permite ainda que o diálogo ocorra mesmo quando o Supremo Tribunal Federal declara uma lei ou um ato incompatível com a Constituição. Isso porque a eficácia de tais decisões – oponível de modo *erga omnes* e dotada de efeitos vinculantes – não impede que os corpos legislativos: a) deliberem novamente, nos mesmos termos, sobre a lei ou ato impugnado, ou que b) acolham as razões de inconstitucionalidade do Tribunal e promovam as modificações sobre a lei ou ato impugnado; ou mesmo que c) altere, quando não obstado por cláusula pétrea, o parâmetro normativo constitucional utilizado pelo Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade.

Essa interação permanentemente inserida entre os Poderes, embora tome lugar de início no Supremo Tribunal Federal, não impede que haja uma constante possibilidade de renovação de interpretações já sufragadas sobre a Constituição, seja por iniciativa do próprio tribunal, seja por parte do parlamento. Tal interação permite ao longo do tempo que ambos os Poderes, Legislativo e Judiciário, tenham suas visões devidamente levadas em consideração na tarefa de interpretar a Constituição.

Como de regra, então, o diálogo institucional no controle de constitucionalidade brasileiro se dá em situações nas quais leis ou atos normativos do Congresso Nacional são alvo de alguma das ações concentradas de controle, e o Supremo Tribunal Federal estabelece uma interpretação em sentido contrário à interpretação da norma. Em casos assim, não raro, tem-se como resultado a declaração de inconstitucionalidade da norma objeto e eventualmente alguma contramedida legislativa.



Segundo análise estrutural da cientista política brasileira Thamy Pogrebinski, no período de 1988 a 2009, sempre que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental contra ato normativo do Congresso Nacional, o Congresso se valeu de, pelo menos:

[...] 6,85 projetos de lei supervenientes sobre o mesmo assunto do ato normativo impugnado, seguindo-se em média 1,29 ato normativo que tratava do mesmo tema sobre o qual o STF se manifestou. (POGREBINSCHI, 2011, p. 145).

Pogrebinski também identificou em seu estudo que, em regra, levavam 16 meses para que fossem apresentados novos projetos de lei, sobre o mesmo assunto, após a decisão judicial impugnadora, e uma média de 32 meses para que o Congresso Nacional promulgasse novo ato normativo sobre o mesmo assunto após a decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Outra importante análise que revela o método dialógico tradicional no Brasil foi levada a cabo por Fábio Contato Lopes Resende. Em seu estudo – que analisou, entre outros fatores, a relação existente entre produção legislativa e decisão no âmbito das ações do controle concentrado de constitucionalidade –, é possível constatar que, em 162 impugnações feitas pelo STF, durante o período de 1988 a 2013, o Congresso Nacional reapreciou a mesma matéria posteriormente em 37 dos casos.

Em suas palavras:

Essa análise é suficiente para revelar que essa espécie de reapreciação legislativa é fenômeno relevante na interação entre STF e o Congresso Nacional. Mas ela também mostra que, nas circunstâncias em que decisões judiciais declaram vício na legislação, a interação entre o STF e o Congresso Nacional tem ocorrido com significativas diferenças conforme a matéria de objeto do controle de constitucionalidade. (RESENDE, p. 2017, p. 182).

Por ilustrativo, um breve estudo das relações entre STF e Congresso Nacional é capaz de revelar essa dinâmica dialógica. Por exemplo, ao interpretar a Constituição Federal, o STF fixou entendimento no Recurso Extraordinário nº 153.771/1997 que somente se permitiria a fixação de alíquotas progressivas de Imposto Predial Territorial Urbano para fins extrafiscais, em função de sua natureza real. Por interpretação diversa, o Congresso Nacional promulgou, tempo depois, a Emenda Constitucional nº 29/2000, que alterou o dispositivo alvo da interpretação de modo que autorizasse a finalidade diversa daquela reconhecida como inconstitucional pelo Tribunal.

Pode ser também destacado o diálogo realizado por meio do controle concentrado de constitucionalidade da ADI nº 14/1989, na qual o STF reconheceu que as vantagens patrimoniais de natureza pessoal dos servidores civis e militares não integraria o cálculo para fins de submissão ao teto remuneratório. Em contramedida legislativa, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 19/98, incluindo as referidas vantagens patrimoniais no cômputo, esvaziando a decisão do Tribunal. O STF, em sessão plenária administrativa, decidiu que os efeitos do novo cálculo não seriam autoaplicáveis. O Congresso Nacional, em nova medida, promulgou a Emenda Constitucional nº 41/2003, deferindo efeito imediato e autoaplicabilidade às mudanças do citado cálculo, mais uma vez definindo a questão em último ponto.

Portanto, ao considerar-se que a contra-atuação legislativa é um fenômeno dialógico presente no modelo brasileiro, é possível verificar que o Supremo Tribunal Federal não oferece riscos à expressão da vontade majoritária. Isso porque o controle de constitucionalidade não enfraquece o trabalho legislativo do Congresso Nacional, que é plenamente capaz de impulsionar sua agenda de contrainterpretação legislativa, a) reintegrando, nos mesmos termos, a lei ou ato normativo impugnado; b) promovendo as modificações interpretativas opostas pelo STF sobre a lei ou ato impugnado; ou ainda c) aperfeiçoando as razões e escopos normativos da lei ou do ato objeto de controle de constitucionalidade.

---

Esse prognóstico demonstra que a atuação dialógica do STF no controle concentrado de constitucionalidade é capaz de contribuir para fortalecer a representação política e a democracia representativa no Brasil.

## 6. Conclusão

Como analisado, as dinâmicas afetas às relações entre os ramos de governo na tarefa de interpretar a Constituição sempre foram alvo de importantes aprimoramentos. A noção de controle do poder estatal que estatuiu essa separação harmônica de papéis que Legislativo, Executivo e Judiciário têm de exercer, ao longo do tempo, permitiu a consolidação deste último como grande árbitro do jogo constitucional.

Contudo, desde a solidificação desta posição estratégica, novas tendências estruturais surgiram a fim de conformar o instituto do *judicial review* a uma realidade em que cada vez mais se exige dos poderes constituídos uma atuação dinâmica e ágil, apta a fazer frente às multitudinárias pluralidades de conflitos jurídicos da sociedade contemporânea.

Em que pese Ran Hirschl defender o estabelecimento de uma estrutura institucional na qual o Poder Legislativo seja o detentor da última palavra na interpretação da Constituição e de seus princípios e valores morais – em função de um *deficit* de legitimidade democrática dos tribunais constitucionais – verifica-se, pelo contrário, que os tribunais são aptos a realizar este tipo de discussão, muito embora seja imperativo reconhecer a necessidade de maior diálogo institucional entre os ramos de governo.

Isso porque, conforme pontua a perspectiva de Ronald Dworkin, o direito é essencialmente interpretativo, e a Constituição, ao consagrar princípios e valores morais políticos de dada sociedade, também precisa ser interpretada.

Este exercício, portanto, permite evidenciar – ao contrário do que sustenta Ran Hirschl, que não é possível dissociar em uma constituição política – questões jurídicas e questões morais, uma vez que a norma fundamental que serve de paradigma para a ordem social une estes elementos na medida de responder uma demanda da realidade fluida, não estanque.

Deste modo, são os juízes e tribunais mais aptos a realizar as atividades interpretativas, porque são pautados em procedimentos racionais de argumentação, estruturados a partir da razão e de argumentos de princípio – ao contrário das cortes legislativas, guiadas por argumentos de política.

Assim é que a constituição política, ao assegurar direitos fundamentais para todos, precisa deferir também proteção aos direitos das minorias insulares – facilmente debilitadas se a interpretação constitucional fosse delegada a uma corte legislativa cujo acordo numérico é capaz de escolher discricionariamente se estes grupos podem ou não deter certos direitos. Portanto, em uma democracia constitucional, tendo-se em vista a necessidade de proteção dos argumentos de princípio contra os argumentos de política, que, por sua vez são condicionados pela mera vontade da maioria numérica, o Poder Judiciário tem a palavra final mais qualificada.

Isso, porém, não significa um deslocamento da representação democrática, uma vez que o exercício do controle de constitucionalidade concentrado não só permite um diálogo interpretativo por meio da participação endoprocessual de vários intérpretes (mediante as técnicas de audiências públicas ou *amicus curiae*), como também está sujeito a decisões e reações dos demais poderes na esfera extraprocessual – especialmente conforme se verifica nos casos em que o Congresso Nacional supera uma decisão do Supremo Tribunal Federal pela edição de emendas constitucionais.

Esta forma usual de fazer diálogo institucional no país, apesar das críticas, é historicamente praticada desde a promulgação da

Constituição Federal. Sua centralização, muito embora ocorra no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não enfraquece o trabalho legislativo do Congresso Nacional, que é plenamente capaz de impulsionar sua agenda de contrainterpretação legislativa, a) reintegrando, nos mesmos termos, a lei ou ato normativo impugnado; b) promovendo as modificações interpretativas opostas pelo STF sobre a lei ou ato impugnado; ou ainda c) aperfeiçoando as razões e escopos normativos da lei ou do ato objeto de controle de constitucionalidade.

Esse prognóstico demonstra que a atuação dialógica do STF no controle concentrado de constitucionalidade é capaz de contribuir para fortalecer a representação política e a democracia representativa no Brasil.

## 7. Referências

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard university press. 1978.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 139-178, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 8 abr. 2020.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?*: Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RESENDE, F. C. L. *Diálogo Institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário por meio do controle de constitucionalidade dos atos normativos do Congresso Nacional pelo STF no período de 1988 a 2013*. 2017. 332 fl. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Artigo recebido em 12/02/2021.

Artigo aprovado em 17/05/2021.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i37.437>

**189 - 200**

**NORMAS DE  
SUBMISSÃO/PUBLICAÇÃO**

## NORMAS DE SUBMISSÃO/PUBLICAÇÃO

A *Revista De Jure* publica artigos (acadêmicos e ensaios de juristas internacionais convidados) de Direito e ciências afins, tendo como foco principal o estudo sobre os temas das áreas de atuação do Ministério Público: Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Coletivo, Direito Processual Coletivo, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Os artigos passam por verificação preliminar por parte do editor, oportunidade em que são verificados os aspectos meramente formais: compatibilidade de conteúdo com a linha editorial da revista, **ausência de identificação de autoria** (os artigos não podem conter quaisquer informações que permitam a identificação de sua autoria), formatação textual e elementos metodológicos.

Preenchidos os requisitos preliminares, o artigo é submetido a avaliação qualitativa pelo Conselho Editorial e/ou por revisores *ad hoc*. O processo de avaliação, adotado desde 2007, opera-se pela revisão cega de pares, por meio da qual os artigos são analisados por, no mínimo, dois pareceristas que desconhecem a autoria do trabalho. Em caso de pareceres divergentes, o artigo é submetido à análise de um terceiro parecerista. Existe o cuidado para que artigos enviados aos pareceristas sejam os de maior conformidade possível com a área de *expertise* destes.

Os pareceristas concluirão por: aprovação para publicação (apto), necessidade de reformulação (apto com ressalvas) ou rejeição (inapto). Caso sugiram alterações, o autor é cientificado para fazê-las (se desejar), ou para motivar a desnecessidade delas. O posicionamento do autor será encaminhado ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, para nova verificação a ser feita pelo editor.

Os autores são comunicados sobre os pareceres, garantidos o sigilo e o anonimato dos pareceristas.

Os resultados dos processos de verificação e avaliação dos artigos são inapeláveis em todos os casos.

A revista se reserva o direito de não publicar o artigo, caso o autor discorde da avaliação qualitativa e o editor decida conservar o posicionamento dos pareceristas.

Os ensaios de juristas internacionais convidados poderão ser escritos em português, inglês, espanhol ou italiano.

1. Os artigos deverão ser enviados para <[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)>.

2. Os artigos devem ser inéditos: não podem ter sido publicados em qualquer outro veículo.

3. Os artigos não podem conter quaisquer informações que permitam a identificação de sua autoria.

4. Os artigos serão submetidos à análise de, pelo menos, dois pareceristas, garantido o anonimato destes e do(s) autor(es). Em caso de pareceres divergentes, o artigo será submetido à análise de um terceiro parecerista.

5. Os artigos serão avaliados quanto a: mérito científico; adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas–ABNT; adequação às demais normas da *De Jure* e à formatação dos artigos por ela adotada. Tais adequações são de responsabilidade dos autores dos artigos.

6. O Ministério Público não se responsabiliza pelas ideias expostas em quaisquer artigos submetidos à *De Jure*, tendo esta os publicado ou não. Tais ideias são de inteira responsabilidade dos autores dos artigos.

7. Os artigos devem adotar as regras do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

8. Desde que a *De Jure* tornou-se eletrônica, não há limitação do número de páginas.



## Formatação dos artigos adotada pela *De Jure*

**I – Obrigatório:** fonte *Arial*, corpo 9; parágrafos justificados e com entrelinhas simples; margens superior e inferior 2,5 cm; margens laterais 3 cm; tamanho do papel A4.

**Vedado:** deslocamentos com régua; tabulador <TAB> para determinar parágrafos (o próprio <ENTER> já os determina automaticamente).

**II –** O artigo deve conter **título, resumo e palavras-chave, todos em português e inglês**. Também deve conter sumário, introdução, conclusão ou considerações finais e referências bibliográficas.

**III –** O resumo deve ter entre 100 e 150 palavras e apresentar ideia geral, objetivos, métodos de pesquisa, resultados e conclusões.

**III –** As palavras-chave representam o conteúdo e devem ser, no máximo, cinco.

**IV –** O sumário deve apresentar os itens com até três dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.1.2. Legislação aplicada.

**V –** Destaques, palavras estrangeiras, neologismos e acepções incomuns devem se apresentar em itálico. Jamais deve ser utilizado o negrito.

**VI –** Unidades de medida devem seguir os padrões do Sistema Internacional de Unidades (SI), elaborados pelo Bureau Internacional de Pesos e Medidas (BIPM) [[www.bipm.org](http://www.bipm.org)]. Em casos excepcionais, a unidade adotada deve ser seguida de parênteses contendo a unidade expressa no SI.

**VII –** Artigos que contenham gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem apresentar legendas que citam fonte completa e posição desses no texto. Gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem ser encaminhados um a um, em arquivos separados uns dos outros, e separados do

arquivo do texto, e, sempre que possível, no formato original do programa de elaboração (exemplos: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Artigos que contenham imagens devem apresentá-las com alta definição (mínimo de 150 *dots per inch* [DPIs]). Artigos que contenham mapas e micrografias devem apresentá-los acompanhados de suas marcas de escala.

#### **VIII – Citações com até três linhas podem ser feitas de duas formas:**

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara”.

Outro autor nos informa que “[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]” (DERRIDA, 1967, p. 293).

Citações de textos com mais de três linhas devem ser feitas com recuo esquerdo de 4 cm e fonte em tamanho 8, sem aspas.

**IX –** Notas de rodapé devem ser feitas com fonte *Times New Roman*, corpo 8, e conter somente anotações concernentes ao texto, mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste.

**X –** As referências bibliográficas listam as obras mencionadas no texto e devem ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas– ABNT) e estar dispostas em ordem alfabética, nas formas seguintes (com elementos separados por vírgulas e na sequência que devem receber):

**a) Referências de livro:** autor(es), título (título principal em itálico), edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. *Benjamim*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

**b) Referências de partes do livro (seção, capítulo etc.):** autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro (título principal em itálico), edição do livro, local da edição do livro, editora, data da publicação do livro e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CRISTOFOLETTI, R. (Org.). *Jornalismo em perspectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 13-20.

**c) Referências de livro eletrônico:** os mesmos do livro e da parte do livro, mas acrescidos do endereço eletrônico e, se o meio de acesso for *online*, da data de acesso.

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. São Paulo: Virtual Books, 2000. Disponível em: <[http://virtualbooks.terra.com.br/free-book/port/download/Memorias\\_Postumas\\_de\\_Bras\\_Cubas.pdf](http://virtualbooks.terra.com.br/free-book/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf)>. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. *Novo dicionário Aurélio*. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

**d) Referências de artigo de periódico:** autor(es) do artigo, título do artigo, título do periódico (título principal em *itálico*), local de publicação do periódico, fascículo do periódico (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas do artigo, data da publicação do periódico.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

**e) Referências de periódico eletrônico:** os mesmos de livro eletrônico, porém acrescidos do endereço do periódico eletrônico e da data de acesso ao periódico eletrônico (se o meio de acesso a este for *online*).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <[http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs\\_revistas/eccos/eccos\\_v6n2/eccosv6n2\\_jeanbianes\\_traddesire.pdf](http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf)>. Acesso em: 31 dez. 2004.

**f) Referências de trabalho acadêmico:** autor(es), título (título principal em *itálico*), data da apresentação, tipo do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (incluindo a palavras escola ou a palavra faculdade ou a palavra fundação ou palavra afim), local e data da publicação.

HARIMA, H. A. *Influência da glucana na evolução do lúpus murino*. 1990. Tese (Doutorado) - Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

XAVIER, E. F. T. *Qualidade nos serviços ao cliente: um estudo de caso em bibliotecas universitárias da área odontológica*. 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

**g) Referências de trabalho apresentado em evento:** autor(es) do trabalho, título do trabalho, In:, nome do evento, numeração do evento (se houver), ano da realização do evento, local da realização do evento, tipo de documento em itálico (anais, atas etc.), local do trabalho, editora do trabalho, data da publicação do trabalho, intervalo de páginas da parte utilizada separado por hífen.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals*. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

## SUBMISSION/PUBLICATION RULES

*De Jure* publishes articles (academics and essays by invited international jurists) on Law and related sciences, main focus on the study of themes in the areas of activity of the Public Prosecution Service: Criminal Law, Criminal Procedural Law, Civil Law, Civil Procedural Law, Collective Law, Collective Procedural Law, Constitutional Law and Administrative Law.

The articles go through a preliminary verification made by the editor, in which the purely formal aspects are verified: compatibility of content with the editorial line of the journal, **absence of authorship** (articles cannot contain any information that allows the identification of their authorship) textual format and methodological elements.

Once the preliminary requirements are fulfilled, the article is submitted to a qualitative evaluation by the Editorial Board and/or by ad hoc reviewers. The evaluation process, adopted since 2007, operates through blind peer evaluation, whereby the ar-

ticles are analyzed by at least two evaluators who are unaware of the authorship of the work. In case of divergent opinions, the article is submitted to the analysis of a third evaluator. Care is taken to ensure that the articles sent to evaluators are in line with their area of expertise as much as possible.

The evaluators will conclude by approval for publication (approved) or need for reformulation (approved with reservations) or rejection (inappropriate). If alterations are suggested, the author is informed to make them (if he wishes), or to justify their unnecessary need. The position of the author will be forwarded to Center for Functional Studies and Improvement, for further verification by the editor.

The authors are informed about the opinions, guaranteeing the secrecy and anonymity of the referees.

The results of the article verification and evaluation processes are unappealable in all cases.

The journal reserves the right not to publish the article if the author disagrees with the qualitative assessment and the editor decides to maintain the opinion of the evaluators.

Essays by invited international jurists may be written in Portuguese, English, Spanish or Italian.

1. Articles must be sent to <[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)>.
2. Articles must be unpublished: they cannot have been published in any other vehicle.
3. The articles cannot contain any information that allows the identification of their authorship.
4. The articles will be submitted to the analysis of at least two referees, guaranteeing the anonymity of these and of the author(s). In case of divergent opinions, the article will be submitted to the analysis of a third evaluator.

5. Articles will be evaluated for: scientific merit; adequacy to the requirements of the Brazilian Association of Technical Standards – ABNT; adequacy to other rules of *De Jure* and to the formatting of the articles adopted by it. Such adjustments are the responsibility of the authors of the articles.
6. The Public Prosecution Service is not responsible for the ideas expressed in any articles submitted to *De Jure*, whether published or not. Such ideas are the sole responsibility of the authors of the articles.
7. The articles must adopt the rules of the New Orthographic Agreement of the Portuguese Language.
8. Since *De Jure* has gone electronic, there is no limitation on the number of pages.

### **Formatting of articles adopted by *De Jure***

**I – Required:** Arial font, size 9; justified paragraphs with simple spacing; upper and lower margins 2.5 cm; lateral margins 3 cm; A4 paper size.

**Forbidden:** displacements with ruler; <TAB> tab to determine paragraphs (<ENTER> itself already determines them automatically).

**II –** The article must contain **title, abstract and keywords, all in Portuguese and English**. It should also contain a summary, introduction, conclusion or final considerations and bibliographical references.

**III –** The abstract must have between 100 and 150 words and present the general idea, objectives, research methods, results and conclusions.

**III –** The keywords represent the content and must be a maximum of five.

**IV** – The summary must present the items with up to three digits, as in the example:

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Environmental Responsibility. 2.1. Legislation. 2.2. Standardization.

**V** – Highlights, foreign words, neologisms and unusual meanings must be presented in italics. Bold should never be used.

**VI** – Units of measurement must follow the standards of the International System of Units (SI), prepared by the International Bureau of Weights and Measures (BIPM) [www.bipm.org]. In exceptional cases, the adopted unit must be followed by parentheses containing the unit expressed in SI.

**VII** – Articles containing graphs, charts, tables or any type of illustration must present descriptive that quote the complete source and their position in the text. Graphs, charts, tables or any type of illustration must be sent one by one, in files separated from each other, and separated from the text file, and, whenever possible, in the original format of the elaboration program (examples: CAD, CDR , EPS, JPG, TIF, XLS). Articles that contain images must present them in high definition (minimum of 150 dots per inch [DPIs]). Articles containing maps and micrographs must be accompanied by their scale marks.

**VIII** – Quotations with up to three lines can be made in two ways:

Jakobs and McArthur (1943, p. 146) argue that “[...] due to eradication of infected cattle and pasteurization of milk *M. bovis* (a zoonotic cause of tuberculosis) is rarely seen in the United States.”

Nevertheless, there has been criticism on that issue:

“[...] The BCG vaccine (*Bacillus de Calmette et Guerin*, an attenuated strain of *M. bovis*) has not been effective. In the US, where the incidence of tuberculosis is low, widespread vaccination is not practiced.” (MCGREGOR; FOX; JANSEN, 1999, p. 45).

Citations of texts with more than three lines must be made with a left indentation of 4 cm and font size 8, without quotation marks.

**IX** – Footnotes must be in *Times New Roman* font, size 8, and contain only notes concerning the text, but that do not fit into its logical development.

**X** – Bibliographical references list the works mentioned in the text and must be made in accordance with NBR 6023/2002 (Brazilian Standard of the Brazilian Association of Technical Standards– ABNT) and be arranged in alphabetical order, in the following forms (with elements separated by commas and in the sequential order they should be):

**a) Book references:** author(s), title (main title in italics), edition, place, publisher and date of publication.

O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: CRC Press, 1989.

**b) References to parts of the book (section, chapter etc.):** author(s) of the part, title of the part, author(s) of the book, title of the book (main title in italics), edition of the book, place of edition of the book, publisher, date of publication of the book and page range of the part.

SMILBERT, R. M. The Spirochaetales. In: O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: CRC Press, 1989. p. 130-145.

**c) Electronic book references:** the same as the book and part of the book, but with the addition of the electronic address and, if the means of access is online, the date of access.

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. 1<sup>st</sup> ed. São Paulo: Virtual Books Publishing Co., 2000. Available at: <[http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias\\_Postumas\\_de\\_Bras\\_Cubas.pdf](http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf)>. Accessed on: Dec. 31<sup>st</sup>, 2004.

**d) Journal article references:** author(s) of the article, title of the article, title of the journal (main title in italics), place of publication of the journal, issue of the journal (number, tome, volume etc.), page range of the article, publication date of the journal.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). *Canadian Journal of Education*, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004.



**e) Electronic journal references:** the same as for an electronic book, but with the addition of the electronic journal address and date of access to the electronic journal (if the means of accessing it is online).

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). *Canadian Journal of Education*, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004. Available at: <[http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs\\_journals/cje\\_v6n2/eccosv6n2\\_jeanbianes\\_traddesire.pdf](http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs_journals/cje_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf)>. Accessed on: Dec. 31<sup>st</sup>, 2004.

**f) References of academic work:** author(s), title (main title in italics), date of presentation, type of work (dissertation, monograph, thesis etc.), intended title, institution academic (including the word school or the word college or the word foundation or related word), place and date of publication.

**g) References of work presented at an event:** author(s) of the work, title of the work, In:, name of the event, number of the event (if any), year of the event, place where the event was held, type of document in italics (annals, minutes etc.), location of the work, publisher of the work, date of publication of the work, range of pages of the referenced part separated by a hyphen.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals*. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

HARIMA, H. A. *The influence of glucan in the evolution of murine lupus*. 1990. Thesis (Doctorate) – São Paulo Medical College, Federal University of São Paulo, São Paulo, 1990.

