

Ano 13 | v.2 | n. 31
Julho/Dezembro 2022

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

CECADEP

CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ANO 13 | v. 2 | n. 31 | 2022

Porto Alegre/RS

2022

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Organização

Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública
do Estado do Rio Grande do Sul – CECADEP

Arte da Capa

Thiago Silveira de Oliveira – ASCOM DPE/RS

Diagramação

CECADEP/RS

A revista não se responsabiliza pelas opiniões, ideias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [*online*] / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 13, v. 2, n. 31 – Porto Alegre: DPE, 2022.

Semestral.

Modo de acesso: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito. I. Rio Grande do Sul (Estado). II. Defensoria Pública.

CDD 340.05
CDU 34(05)

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Antonio Flávio de Oliveira

CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Marcelo Turela de Almeida

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Melissa Torres Silveira

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Alexandre Brandão Rodrigues

**SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS
ADMINISTRATIVOS**

Lígia Helena Fernandes Carvalho

**CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO
DA DEFENSORIA PÚBLICA – CECADep**

Cleusa Maria Ribeiro Trevisan

COMISSÃO EDITORIAL

COORDENADORA DA REVISTA

Cleusa Maria Ribeiro Trevisan

EDITORES-CHEFES

Andrey Régis de Melo
Lizana Dallazen

ASSISTENTE EDITORIAL

William Pereira Rosa

SUMÁRIO

Editorial nº31

Cleusa Maria Ribeiro Trevisan

Lizana Dallazen.....07

O positivismo normativo de Hans Kelsen e o problema do decisionismo judicial

Alexandre Brandão Rodrigues.....09

Turismo e dever fundamental de proteção do patrimônio histórico, cultural e natural no Brasil

Suzana Mendonça.....26

Responsabilidade ambiental do Estado: um estudo acerca da imposição de multas ambientais ao Estado e a extinção do crédito pela confusão

Luana Machado Kraemer.....41

Prisão provisória e crimes patrimoniais: a seletividade do sistema de justiça aplicada à medida cautelar do encarceramento

Ana Carolina Mezzalira.....61

O acesso à ordem jurídica justa a partir da Câmara de Autocomposição de Conflitos das Famílias (DPE/RS)

Dani Rudnicki

Ana Beatriz Getelina Sousa.....77

DA (im)prescindibilidade do periculum in mora nas medidas cautelares patrimoniais decretadas em crimes financeiros:

uma análise a partir da jurisprudência do

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Gabriel Henrique Halama de Lima

Pedro Henrique Nunes.....99

**O interesse de agir no incidente de desconsideração da personalidade jurídica:
a relação entre interesse e insolvência**

Júlio César Costa Ferro

Laura Cunha Gonçalves Simões Augusto..... 117

**A Lei de Drogas e a inviolabilidade do domicílio em situações de flagrante:
análise de casos assistidos pela Defensoria Pública na comarca de
Montenegro/RS em 2021**

Eduardo Guimarães Brandão

João Pedro Peralta

Nilma Vanessa Nunes Portugal 136

RESENHA CRÍTICA:

**DARDOT, Pierre *et al.* A escolha da guerra civil: uma outra história do
Neoliberalismo**

Samuel Medeiros Andreatta 155

Editorial nº 31

A revista científica da Defensoria Pública do nosso Estado vem passando por transformações significativas desde que assumimos o desafio de revigorá-la, em julho de 2020. Na primeira gestão do Defensor Público Geral, Antonio Flávio de Oliveira, a Defensora Pública Samara Heerdt assumiu a coordenação do Centro de Estudos e Capacitação da Defensoria Pública (CECADEP) e apostou nos novos rumos. O processo de atualizar as diretrizes de publicação e avaliação, ampliar a equipe editorial e científica e preparar todos os requisitos para nos candidatar aos indexações nas plataformas de pesquisa demandam um compromisso ético-científico-cultural, bem como um grande esforço de colaboração de pessoas internas e externas a instituição. Implica lidar com transformações culturais na instituição, ultrapassar as resistências que costumamos ter frente ao desconhecido e sobretudo, nos comprometermos com as normas técnicas e científicas determinadas pelas bases indexadoras que nos avaliaram e nos incluíram em suas plataformas de pesquisa.

A opção por essa linha editorial foi um passo ousado e necessário para o avanço da capacitação das defensoras e defensores, servidoras e servidores. Não sabíamos bem até onde chegaríamos mas tínhamos a convicção que qualificaríamos a revista e conseqüentemente criássemos o desejo nas pessoas de publicarem em nosso periódico. Com seriedade, dedicação, muito estudo e reuniões felizmente, 2 anos e pouco depois, alcançamos patamares que inicialmente nem sonhávamos conseguir. Nos submetemos a avaliações em diversas e fomos aceito nas bases LivRe (revistas de livre acesso), Google acadêmico, DIADORIM, Latindex (Latino- americana, Portugal, Espanha e América do Sul), e recentemente conseguimos ser aceitos no DOAJ (Indexador Internacional). Sublinho que somente outras duas Defensorias do país estão no DOAJ até o presente momento, A Defensoria da União e a Defensoria do Distrito Federal.

Os desdobramentos deste caminho são inquestionáveis, cada vez mais os autores desejam estar na Revista da Defensoria Pública do RS. Hoje temos a honra de receber artigos, que se submetem ao processo de avaliação por pares, modalidade implantada em janeiro de 2021, de autores do Brasil todo e

recentemente começou a chegar submissões de outros países, como a Índia, por exemplo. O número de manuscritos recebidos aumentou consideravelmente o que nos permite lançar edições consistentes, com maior número de artigos, com relevância no quesito originalidade científica e com grande diversidade de temas do Direito.

Nossa missão de ampliar a visibilidade, acessibilidade e reputação da revista da nossa Defensoria foi cumprida. Em números, publicamos 88 artigos em dois anos, esta edição de número 31 é a 7ª edição organizada e publicada por esta equipe editorial. Nos últimos 12 meses tivemos 46.527 visualizações e a satisfação de verificarmos que todo esse trabalho valeu a pena, um vasto público usufruiu das nossas publicações.

Com a nova gestão a Defensora Pública Cleusa Trevisan assumiu o CECADep e reafirmou a importância da continuidade desse projeto, o que implica novos desafios. Inauguramos nesta edição a coluna de resenha crítica de livros do Direito que tenham recentemente sido lançados; planejamos um espaço de debate sobre temas específicos para que a revista seja um espaço de excelência para discussões vivas, em que a Instituição e seus membros possam transmitir suas posições através de argumentos científicos; nos mantermos nas bases de dados que já conquistamos e trabalhar para que os membros da Defensoria usufruam mais da riqueza que é esta publicação que a Instituição oferece.

Sabemos que o trabalho foi exitoso mas ainda resguarda pontos delicados de tensões e questões a serem refletidas e amadurecidas. Seguiremos trabalhando as resistências em aceitar estes critérios, qualificar ainda mais o periódico para que o crescimento seja contínuo e seguro. Certo é que a Revista da DPERS catapultou a instituição a outros patamares dentro do universo da produção de conhecimentos e que os dois lados, academia e instituição, enriquecem com a publicação desse periódico.

Cleusa Maria Ribeiro Trevisan
(Coordenadora do CECADep)

Lizana Dallazen
(Editora-chefe da Revista DPERS)

O POSITIVISMO NORMATIVO DE HANS KELSEN E O PROBLEMA DO DECISIONISMO JUDICIAL

*HANS KELSEN'S NORMATIVE POSITIVISM AND THE PROBLEM OF
JUDICIAL DECISIONISM*

*EL POSITIVISMO NORMATIVO DE HANS KELSEN Y EL PROBLEMA DEL
DECISIONISMO JUDICIAL*

Alexandre Brandão Rodrigues¹

RESUMO

Pretende-se analisar, primeiramente, as principais características do Positivismo Normativo de Kelsen e, posteriormente, verificar quais as soluções que essa teoria apresenta para o problema do decisionismo judicial. Diante disso, o problema pode se dividido em dois pontos: quais são as principais características do Positivismo Normativo de Kelsen? E, se essa teoria permite que se enfrente o problema do decisionismo judicial? Como resultado, temos que o Positivismo Normativo de Kelsen trata-se de uma teoria que entende o Direito como um sistema jurídico estruturado de maneira escalonada, de forma que as normas superiores se relacionem e deem validade às normas inferiores e que não limita o poder judicial, na verdade, abre um enorme flanco para o decisionismo judicial.

Palavras-chave: Juspositivismo; Normativismo; Decisionismo.

ABSTRACT

It is intended to analyze, firstly, the main characteristics of Kelsen's Normative Positivism and, later, to verify the solutions that this theory presents to the problem of judicial decisionism. Given this, the problem can be divided into two points: what are the main characteristics of Kelsen's Normative Positivism? And if this theory allows us to face the problem of judicial decisionism? As a result, we have that Kelsen's Normative Positivism is a theory that understands the Law as a legal system structured in a staggered way, so that the superior norms are

¹ Bacharel em Ciências Militares pela APM/RS (1994). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Luterana do Brasil (1999). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIJUÍ (2008). Mestre em Direito pela UNISC (2018). ex-Diretor-presidente da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do RS (Fesdep). Subdefensor Público-Geral para Assuntos Jurídicos da Defensoria Pública do RS. E-mail: alexandre@defensoria.rs.def.br

related and give validity to the inferior norms and that does not limit the judicial power. , in fact, opens a huge flank for judicial decisionism.

Keywords: Juspositivism; Normativism; Decisionism.

RESUMEN

Se pretende analizar, en primer lugar, las principales características del Positivismo Normativo de Kelsen y, posteriormente, comprobar las soluciones que esta teoría presenta al problema del decisionismo judicial. Ante esto, el problema se puede dividir en dos puntos: ¿cuáles son las principales características del Positivismo Normativo de Kelsen? ¿Y si esta teoría nos permite enfrentar el problema del decisionismo judicial? Como resultado tenemos que el Positivismo Normativo de Kelsen es una teoría que entiende el Derecho como un sistema jurídico estructurado de manera escalonada, de manera que las normas superiores se relacionan y dan validez a las normas inferiores y que no limita el poder judicial. , de hecho, abre un enorme flanco al decisionismo judicial.

Palabras clave: Juspositivismo; Normativismo; Decisionismo.

Data de submissão: 18/07/2022

Data de aceite: 23/08/2022

1 INTRODUÇÃO

Nascido em Praga, mas radicado na Áustria, Hans Kelsen, sem dúvidas, foi um dos grandes nomes da Teoria e da Filosofia do Direito. A sua teoria, o Positivismo Normativo, ainda marca o Direito, em especial a Escola da Europa Continental e, conseqüentemente, tem uma enorme influência no Direito latino-americano. O Positivismo Normativo de Kelsen foi produto do seu tempo. Até então, na Filosofia, a metafísica, seja de cunho teológico, seja de cunho racionalista, que sempre esteve no âmago das principais correntes filosóficas, começou a ser questionada. E, no Direito, essa mesma metafísica, que estava presente nas teorias do Jusnaturalismo, caracterizado por ser uma concepção dualista, metafísica e normativa, também começou a ser questionada.

Neste estudo, pretende-se analisar as principais características do Positivismo Normativo, primeiramente, analisando as quatro teses principais que

caracterizaram o projeto juspositivista de Kelsen e, posteriormente, fazer uma síntese de sua teoria.

E, por fim, verificar quais as soluções que essa teoria apresenta para o problema do decisionismo judicial², ou seja, se a sua teoria abre espaço para a discricionariedade judicial. Para tanto, se verificará o que Kelsen entendia por moldura legal e como deveria ser decidido os casos em que a moldura legal estabelecida pela norma é aberta, ou seja, permita várias soluções.

Diante disso, o problema pode se dividido em dois pontos: quais são as principais características do Positivismo Normativo de Kelsen? E, se essa teoria permite que se enfrente o problema do decisionismo judicial, ou seja, se apresenta ferramentas teóricas para minimizar o problema da discricionariedade judicial?

2 O POSITIVISMO NORMATIVISTA DE HANS KELSEN

Hans Kelsen é autor de uma vasta obra, na qual se destaca a “Teoria Pura do Direito” de 1934, onde ele tenta estabelecer os parâmetros para uma ciência pura do Direito. Mas antes de analisar as principais características da sua teoria, é importante situá-la no contexto histórico-filosófico na qual surgiu.

Na Filosofia, no final do século XIX, foi declarado que “Deus está morto” (NIETZSCHE, 2011). Com essa sentença, Nietzsche pretendeu por fim a moralidade judaico-cristã que dominava no mundo acidental até então. Mas, conseguiu mais, conseguiu pôr em cheque a racionalidade metafísica que imperava na filosofia ocidental (MARTON, 1990). Nietzsche decretou a morte, ou melhor, a transvaloração dos valores dominantes até então reinantes no pensamento filosófico ocidental. A partir desse momento, o modo de se conhecer o mundo vai mudar radicalmente. Perde-se a essência, e se tem somente a

² O termo "decisionismo" jurídico está ligado a teoria de Carl Schmitt e, em apertada síntese, trata-se de uma teoria que entende que a razão do Direito está na decisão política de quem detém o poder. (BENJAMIM, 2017).

existência. E os valores passam a ser “humanos, demasiado humanos”, e não mais perenes e absolutos dispostos em um mundo ideal.

Nesse momento, a filosofia de Kant e Hegel é questionada e não se admite mais uma explicação psicológica das relações lógicas e conceituais. Surge a filosofia analítica com base no pensamento de Gottlob Frege e Bertrand Russell (entre outros), para dar um passo na guinada linguística. Em especial em Frege que entende que há diferenças de pensamentos e de suas representações. As representações são sempre atribuídas a um sujeito e identificadas no espaço e tempo, já os pensamentos ficam adstritos à consciência individual e são mais complexos que as representações. Quando o pensamento é verdadeiro a sua representação constitui um fato. Assim, não é possível aprender sem a mediação de pensamentos e de suas representações, visto que os pensamentos só são acessíveis quando representados através de proposições (HABERMAS, 2003).

Essas proposições são elementos da linguagem gramatical e, para se entender a estrutura do pensamento é necessário desse medium da linguagem (HABERMAS, 2003). Nesse ponto, partindo da filosofia de Frege e Russell e não desconsiderando a filosofia de Kant, Ludwig Wittgenstein (1999) muda essa perspectiva e, aproveitando-se da virada linguística, estabelece que os limites da linguagem é que definiram os limites de mundo de cada pessoa. Para Wittgenstein, é nos limites da linguagem que estão os limites do pensamento de cada pessoa, então, para ele, toda a discussão filosófica até o momento travada se deu com base em erros fundamentais: porque tanto a linguagem quanto o mundo são formalmente estruturados e essas estruturas podem ser decompostas. A relação entre as estruturas do mundo e da linguagem é que traz o conhecimento, de forma com que a linguagem retrata o mundo, retratando-o de forma com que concorde com a realidade.

A filosofia de Wittgenstein influenciou, decisivamente, o movimento filosófico conhecido como Círculo de Viena, que se tratou de uma escola de pensamento que teve como principal objetivo afastar da ciência qualquer aspecto valorativo, por meio, fundamentalmente, do rigor da linguagem, da

objetividade do enunciado do discurso científico e pela repulsa e afastamento de todo o aspecto metafísico. Compunham o Círculo de Viena pensadores como Otto Neutath, Karl Popper, Rudolf Carnap, entre outros (LUZ, 2003; CADEMARTORI; ESTEVES, 2013).

Hans Kelsen participou de algumas reuniões do Círculo de Viena, foi influenciado por esse movimento filosófico, mas acabou se afastando devido à influência que a filosofia idealista transcendental de Kant teve em seu pensamento. Mas a influência dessa perspectiva neopositivista do Círculo de Viena encontra-se presente na teoria de Kelsen. Tanto é que o principal objetivo de sua teoria foi criar um método puro para o estudo da Ciência do Direito.

Para Kelsen, o jurista deve se limitar somente a questões jurídicas, que são as que estão postas pela lei, pela norma jurídica positiva, ou seja, deve afastar a moral, a religião, a metafísica e qualquer outra ordem normativa que não seja a jurídica da análise da Ciência do Direito. O objeto da Ciência do Direito, para ele, é somente o direito. A validade que interessa para o cientista jurídico é a validade formal. Assim, para Kelsen, a principal função da Ciência do Direito é definir o direito como ele é, de forma pura, sem ideológicas. Segundo essa orientação metodológica, o Direito fica reduzido ao sistema normativo (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003; CADEMARTORI; ESTEVES, 2013).

Dessa forma, afastadas as concepções metafísicas próprias do racionalismo idealista/transcendental que estavam (ou estão) no fundamento da racionalidade do Jusnaturalismo, surgiram novas concepções de racionalidade de um tipo pós-metafísico³, próprias da nova realidade histórico-filosófica que estava surgindo.

Para esse fim, segundo Nogueira (2010), Kelsen criou um projeto juspositivista que antecede a sua “Teoria Pura do Direito” e serviu de base para

³ Nesse sentido, é importante trazer o pensamento de Habermas (1990, p. 37) sobre o Positivismo Jurídico: “Durante um longo tempo fora a clara posição do positivismo e seus seguidores: ele tinha desmascarado os questionamentos da metafísica como destituídos de sentido – enquanto tais, eles podiam ser postos de lado. Neste furor antimetafísico revelou-se um motivo cientificista não esclarecido, o de elevar ao absoluto o pensamento científico-experimental”.

a elaboração dessa. Antes, portanto, de analisar os contornos básicos da “Teoria Pura do Direito”, é necessário compreender as dimensões desse projeto juspositivista.

O projeto juspositivista de Kelsen pretende libertar a ciência da pobreza metodológica, propor uma ciência jurídica autônoma, coerente e consistente (como visto, segundo os princípios do neopositivismo lógico e jurídico) e tem por base quatro teses principais:

A primeira tese é a que afirma que o Direito é somente direito positivo, exclusivamente positivo. Dispõe que para ciência jurídica só importa o comportamento humano que foi regulado pela norma posta (positiva). Por isso, a sua teoria trata-se de uma teoria positivista do Direito. Isso está em consonância com a epistemologia positivista que determina que toda a ciência tem que definir o seu objeto de estudo, pois, sem a definição do objeto de estudo não se pode falar em ciência. E, para a Ciência do Direito o objeto de estudo é o direito (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003). As demais considerações, que não essas considerações formais, são irrelevantes para o Direito. Nas palavras de Kelsen (1998, p. 50):

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas.

Verifica-se, nessa primeira tese, como observa Albuquerque (2006), a influência que Kelsen sofreu do filósofo neokantiano Hermann Cohen⁴,

⁴ Cohen foi um filósofo alemão neokantiano. A sua filosofia reformulou o método transcendental de Kant e o aplicou aos “[...] conceitos filosóficos puros com vistas ao ‘fato da ciência’, em relação ao qual os conceitos básicos têm de se comprovar ou confirmar em sua aplicação”. (WIEHL, 2006, p. 90). Cohen entendia que por meio desse método poderia descobrir a raiz ética do direito, pois entendia que todo o direito tinha uma concepção ética. Mas esse método era incompleto, pois faltou a unidade da autoconsciência para que o conhecimento teórico fosse associado com o prático e isso leva a perda da obviedade. Dessa forma, a teoria das virtudes de Cohen estabelece a unidade da autoconsciência como unidade na universalidade. Isso faz com que essa metodologia, a ser aplicada a fato da ciência jurídica “[...] leva, inicialmente, à determinação dessa unidade da autoconsciência como pessoa jurídica. Na Ciência do Direito, o conceito de pessoa jurídica se confirma a partir do direito das cooperativas, do direito público e do direito internacional”. (WIEHL, 2006, p. 91).

basicamente da sua obra *Ética da Vontade Pura*. Kelsen dedicou-se ao estudo da obra de Kant e, como afirma Reale (1999), ele era um neokantista e utilizou-se para estruturação do seu clássico “Teoria Pura do Direito” do método que veio da Escola de Marburgo, em que tinha Cohen como um dos seus principais filósofos.

A segunda tese é a do relativismo moral, que rejeita a teoria de uma moral absoluta, por entender que a moral absoluta não pode ser conhecida cientificamente. Os valores morais só podem ser conhecidos como reflexos de concepções de mundo subjetivamente divergentes (relativos) (NOGUEIRA, 2010). Para Kelsen (1998, p. 45), “[...] um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade.”.

A terceira tese do projeto juspositivista de Kelsen trata da diferença entre a normatividade e causalidade, entre o aspecto deontológico (normativo) e o ontológico (descritivo), ou seja, entre o dever-ser e o ser. É a chamada Lei de Hume, que entende que o ser exige uma abordagem própria das ciências da natureza, refere-se à causalidade; já, o dever-ser exige uma análise sob o ponto de vista normativo, adotado por ciências como o Direito, a Lógica, a Gramática, entre outras, ou seja, visa identificar normas que prescrevem comportamentos.

Assim, Kelsen diferencia o ser e o dever-ser e prescreve uma total independência entre ambos. Segundo Nogueira (2010, p. 153), trata-se da “[...] irrevogável ‘independência mútua’ do dever-ser em relação ao ser e do ser em relação ao dever-ser”. Isso tem como consequência que “[...] uma constatação de fato não resulta um comando jurídico e inversamente, de um preceito jurídico não se pode deduzir um fato da natureza”. Como ressaltado, trata-se de mais um aspecto da racionalidade instrumental empirista da sua teoria.

A quarta tese é a da pureza, refere-se à análise metodológica da Ciência do Direito, e não do processo de criação social do Direito. Kelsen admite que valores morais, religiosos, ou de outra ordem axiológica podem influenciar o legislador na criação do direito. Mas, depois de criado o direito, a sua análise metodológica tem que ser pura. Como assevera Nogueira (2010), Kelsen não

propõe um direito puro, mas sim uma teoria pura do Direito. Dessa forma, pode existir uma conexão entre Direito e Moral, mas genética e não conceitual, ou seja, ela pode existir, visto que uma norma pode ter um conteúdo moral ou pode permitir que o aplicador utilize-se de preceitos morais, mas não é contingente (DIMOULIS, 2006). Trata-se, nas palavras de Albuquerque (2006, p. 506), “[...] diferentemente de um Direito Puro, da busca de uma Teoria Pura, no sentido abstrato que toda concepção teórica tende a desenvolver”.

Kelsen (1998) propõe a pureza metodológica do Direito, por isso evita o sincretismo do método do Direito e assevera que a Ciência do Direito deve se concentrar somente nas normas do ordenamento jurídico. Para Kelsen (1998), o sincretismo com as ciências causais, como a Sociologia e a Psicologia, somente obscurece e confunde o objeto da Ciência do Direito. Dessa forma, o método proposto pelo projeto juspositivista de Kelsen abstém-se de analisar o conteúdo da norma, propõe uma análise puramente descritiva do objeto (da norma), isenta de qualquer juízo de valor. Essa análise, portanto, deve ser feita de forma objetiva, exata e com ausência de valoração (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003; CADEMARTORI; ESTEVES, 2013).

Como visto, para Kelsen, o Direito é somente o direito positivo. E isso tem relevância, como se verificará, na abertura (liberdade dentro da moldura) que o positivismo jurídico de Kelsen dá para a decisão judicial. Com base nesse projeto juspositivista, Hans Kelsen tenta criar uma Teoria Pura do Direito que tem, em apertada síntese, as seguintes características:

O sistema jurídico é estruturado de maneira escalonada, de forma que as normas superiores se relacionem e deem validade às normas inferiores. As normas derivam logicamente uma das outras, tal derivação vai até a decisão judicial que, como se verificará na sequência, faz parte do sistema normativo, pois trata-se de norma individual (para o caso concreto) (LUZ, 2003; BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014). Esse sistema lógico e escalonado parte da norma que está no topo do sistema jurídico, que na maioria dos casos é a Constituição, que dá validade à norma geral (legislada) e essa, por sua vez, dá validade à norma individual (decisão judicial).

A norma hipotética fundamental dá validade ao ordenamento jurídico como um todo, trata-se de uma norma transcendental, que fundamenta o sistema jurídico. É ela que dá o fechamento ao sistema jurídico, de modo que ele se mantenha puro e neutro, por isso tal norma é fundante e pressuposta (DIMOULIS, 2006; BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014). Assevera Luz (2003) que esse foi o subterfúgio encontrado por Kelsen, com base na filosofia do idealismo transcendental de Kant, para dar sentido e fechamento a sua teoria. A norma hipotética fundamental não passaria de uma categoria transcendental⁵ que possibilitou a Kelsen gerar cognitividade e sentido ao seu sistema, evitando que houvesse uma derivação em cadeia ao infinito. E mais, foi a saída que Kelsen encontrou para não admitir que na cadeia normativa, depois da constituição histórica, somente vem o poder. Visto que o poder, dentro do projeto juspositivista kelsiano, nunca poderia ser admitido como fonte de validade, pois trata-se de um fator naturalístico.

Estabelecidas as bases com que Kelsen formulou o seu projeto juspositivista e, de forma sintética, apresentado os principais aspectos da sua “Teoria Pura do Direito”, que fundamenta a sua concepção jurídica normativista do sistema jurídico, resta analisar o papel que a decisão judicial tem na sua teoria e se esta apresenta ferramentas para evitar o decisionismo ou a discricionariedade judicial.

⁵ Fica claro que a Norma Hipotética Fundamental de Kelsen trata-se de uma norma transcendental de matriz kantiana, mas diferente do que entende a maioria dos autores, de que se trata de um elemento apriorístico da teoria de Kelsen, entendo que ela tem a característica de ser numérica. Explico, de forma muito breve que, para Kant, o conhecimento que o sujeito cognoscente tem do objeto se dá por uma conjunção entre o conhecimento a priori e a posteriori. Mas esse conhecimento a priori e a posteriori estão ligados à experiência: “Mas o que dá origem à experiência também é condicionado a coisas alheias à mente. A estas fontes de experiência Kant denomina “coisas em si”, ou noumena, em contraste as aparências, ou fenômenos. Segundo a teoria de Kant, é impossível experimentar uma coisa em si, pois toda a experiência ocorre com a concorrência do espaço, do tempo e das categorias.” (RUSSELL, 2013, p. 373). Por isso, que entendo que a norma hipotética fundamental não se trata de uma categoria apriorística, mas sim numérica. Tanto é assim que, para Kelsen, da mesma forma do númeno para Kant, a norma hipotética fundamental é incognoscível.

3 A MOLDURA LEGAL E O DECISIONISMO JUDICIAL NA TEORIA DE KELSEN

Analisado as principais características e contribuições do Positivismo Normativista de Kelsen para a Teoria do Direito, cabe discutir se tal teoria abre espaço para o decisionismo (discricionariedade) na decisão judicial.

Entende Kelsen (1998) que a decisão judicial não tem um caráter meramente declarativo, mas tem também um caráter constitutivo. A decisão judicial aplica a norma geral, criada por via legislativa, à situação fática. Mas ao aplicar essa regra geral, ela cria normas individuais para o caso concreto. Nesse sentido, existe um processo dinâmico na criação do direito, que vai do abstrato ao concreto: começa com a elaboração da Constituição, com base nessa cria-se a lei ou o costume (que têm características gerais), e segue até a decisão judicial (norma individual para o caso em concreto) e se concretiza na execução do comando dessa. Nas palavras de Kelsen (1998, p. 165): “[...] começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto)”.

Nesse processo de aplicação da norma individual ao caso em concreto, é necessário que se decida, previamente, sobre a constitucionalidade da norma a ser aplicada. Para a definição do direito a ser aplicado ao caso em concreto, é necessário que se verifique se a norma geral é vigente, só assim ela pode ser aplicada ao caso em concreto e criar uma situação jurídica nova, que antes não existia. Por isso que, para Kelsen (1998), a decisão judicial tem um caráter constitutivo e tem força normativa:

Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa. (KELSEN, 1998. p.166-167).

Isso porque, como se verificou, a estrutura escalonada de validade da Teoria Pura do Direito se dá por uma estrutura de normas que regulamenta a conduta humana. E, no sentido objetivo, norma é um ato de vontade (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014), trata-se de uma escolha que deve ser feita: pelo legislador por meio das normas gerais e pelo juiz por meio da decisão judicial, dentro da moldura da norma geral.

A própria verificação do fato é uma função constitutiva do tribunal, pois a ordem jurídica deve determinar o juízo e o processo competente para a decisão do fato. Somente quando definida essas questões é que o fato passa para o domínio jurídico, ou seja, quando o fato é verificado pelo juízo ou tribunal competente. Kelsen (1998) conclui, portanto, que a única decisão relevante para ordem jurídica é a decisão do tribunal. E tal decisão somente se torna definitiva e tem um sentido objetivo, quando transita em julgado, ou seja, quando a decisão não pode ser mais objeto de recurso⁶.

Essa verificação processual substitui, como fato jurídico, aquele fato naturalístico (não jurídico). E também essa verificação jurídica, em si mesma é um “fato”, quando se pretende descobrir se ela existe, se a verificação realmente se operou, se o órgão que a procedeu é competente, se a verificação foi correta e assim por diante. Finalmente, quando se esgotam os recursos e se obtém a decisão de última instância, se tem um fato objetivo, onde se afirma ou nega o direito. E, assim, toda e qualquer outra opinião fica juridicamente excluída (KELSEN, 1998):

Tal é o caso quando a decisão do tribunal de última instância transita em julgado. Isso significa que agora o sentido da decisão de última instância tem de ser assumido como seu sentido objetivo. [...] toda e qualquer opinião diferente fica juridicamente excluída. (KELSEN, 1998. p.168-169)

⁶ Em termos de Teoria do Direito, é tão absurdo a discussão que estava sendo travada no STF, bem como no Congresso Nacional, quanto a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Nesse sentido: “Não há margem para dúvidas quanto à regra jurídica constitucional e legal tampouco quanto ao alcance da garantia penal da presunção de inocência. Somente pode-se ser considerado culpado com o trânsito em julgado da sentença condenatória e, portanto, apenas é admitida a prisão, salvo cautelar, com a culpa formada”. (RODRIGUES, 2018).

A norma individual criada pela decisão judicial é quase sempre predeterminada “[...] por normas gerais tanto do direito formal como do direito material” (KELSEN, 1998, p. 169). Ressalta Kelsen (1998) que sempre quando o tribunal decide um caso fático, opera aplicando a norma jurídica vigente. Inclusive, quando entende que não há norma jurídica a ser aplicada ao caso em tela. Nesse caso, o ordenamento jurídico regulou a conduta de forma negativa: “[...] a ordem jurídica regula a conduta humana não só positivamente, prescrevendo uma certa conduta, isto é, obrigando a esta conduta, mas também negativamente, enquanto permite uma determinada conduta pelo fato de a não proibir.” (KELSEN, 1998. p. 169).

Pode acontecer, também, que o tribunal receba o poder da ordem jurídica de criar uma norma jurídica individual, cujo conteúdo não foi determinado pela norma jurídica geral. Kelsen (1998) entende que nesse caso o juiz não legisla, pois recebe a competência somente de criar uma norma individual para o caso em concreto que não está previsto em nenhuma outra norma geral. E não é somente nesses casos que o juiz tem liberdade. Existe margem de liberdade também quando a norma geral positiva predetermina a função criadora do juiz, isso porque a norma geral não tem condições de prever todas as especificidades do caso em concreto. Nesse ponto, Kelsen (1998) assevera que a norma geral serve como “moldura” dentro do qual o juiz deve produzir a norma jurídica individual. Essa moldura pode ser mais larga ou mais estreita:

A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo. (KELSEN, 1998. p. 171).

Não há dúvidas que a sua teoria da “moldura” abre um grande espaço de discricionariedade judicial. O juiz, desde que respeite a “moldura” estabelecida pela norma geral, tem amplo espaço de liberdade para a sua decisão. Para Kelsen, dentro da moldura, os juízes podem escolher “[...] várias possibilidades de aplicação. Quando o juiz aplica o direito, pode optar por mais de um sentido

autorizado pela norma.” (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014, p. 49). Por isso que Kelsen (1998) entende que não existem lacunas no sistema jurídico, visto que a ordem jurídica pode ser sempre aplicada pelo tribunal no caso em concreto, mesmo que esse entenda que não existam normas gerais a serem aplicadas. Nesse caso, a ordem jurídica é aplicada negativamente. As normas, dispostas, forma escalonada e hierárquica, “fecham” o sistema jurídico.

E a decisão judicial, para Kelsen (1998), trata-se de um ato de vontade, de uma escolha entre as opções apresentadas pelas normas gerais do sistema jurídico. As opções de cunho material deixadas pelo legislador na norma geral é que definirão as opções do juiz quando da decisão judicial. E essas opções são maiores ainda no caso de não existir norma geral.

A norma geral, portanto, na perspectiva teórica de Kelsen (1998), serve como uma moldura dentro da qual cabe ao intérprete (juiz) decidir sobre as várias hipóteses viáveis para a sua aplicação. Essa interpretação pode levar a várias soluções dentro da moldura legal, não necessariamente a somente uma solução possível, ou seja, não existe somente uma solução possível para o caso. Da mesma forma, não existe critério algum que possa destacar apenas uma hipótese como “correta” dentro da moldura legal, todas as hipóteses que se apresentam dentro da moldura são viáveis:

[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. (KELSEN, 1998. p. 247).

Entende Kelsen (1998) que a questão de saber qual é a decisão correta é uma questão de política do direito e não de teoria jurídica. A escolha realizada em uma decisão judicial, dentro das possibilidades apresentadas dentro da moldura legal, trata-se de uma função voluntária, um ato de vontade do julgador. Contudo, a decisão judicial deve ficar dentro dos limites da moldura estabelecido pela norma geral (direito positivo). Dessa forma, não pode o julgador utilizar-se no processo de criação jurídica de outras normas provenientes de outros sistemas como o religioso, o moral, o social etc., salvo se a própria norma geral

assim o autorize (expressamente ou implicitamente, nesse caso, por ser aberta). A decisão judicial dentro da moldura é livre e se a norma geral remete a decisão para certos valores morais, tais valores não serão mais valores morais, mas sim valores do direito positivo:

[...] a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo. (KELSEN, 1998. p. 249).

A Teoria Pura do Direito de Kelsen, como visto, permite, dentro da moldura estabelecida pela norma geral um amplo espaço de liberdade (discricionariedade) para a decisão judicial. E é a vontade do julgador que é determinante para a definição da norma jurídica individual a ser aplicada no caso em concreto. E, em consequência disso, como adverte Bitencourt, Calatayud e Reck (2014, p. 52), “[...] a cadeia de validade (o processo de validação) das normas não se verifica, como afirma Kelsen, do ápice para baixo, mas, em realidade, de baixo para cima.”.

Nesse ponto, fica claro o aspecto decisionista da teoria de Kelsen. O seu positivismo normativo, ao invés de limitar o poder judicial, dá uma grande margem de liberdade para o julgador. Em sua teoria, não há a previsão dos princípios, sequer foi ventilada essa hipótese, pois na sua perspectiva não seriam categorias jurídicas, mas sim categorias externas, categorias morais e por isso não podem ser objeto do Direito. Assim, não há limitação para o julgador, ele é livre, dentro da moldura estabelecida pela norma geral, para escolher qualquer decisão viável, com ou sem critério. Isso porque, dentro da moldura legal, a liberdade (discricionariedade) do julgador é irrestrita, o que beira a arbitrariedade. Mas, é importante frisar, em que pese esse amplo espaço de liberdade judicial, o juiz está sempre limitado pela norma geral (pela regra) e dela não pode se afastar.

4 CONCLUSÃO

Na esteira do positivismo filosófico analítico, o positivismo jurídico veio para tentar afastar qualquer ranço metafísico do conhecimento do Direito. Bebendo nesta fonte, sob os influxos do positivismo analítico do Círculo de Viena, sem contudo, deixar de considerar a influência da filosofia de Kant, Kelsen formulou a sua Teoria Pura do Direito que teve como projeto quatro teses principais:

Primeira, o Direito é somente o direito positivo, exclusivamente positivo;

Segunda, a do relativismo moral, que rejeita a teoria de uma moral absoluta;

Terceira, a diferença entre a normatividade e causalidade, entre o dever-ser e o ser;

E a quarta tese é a da pureza, em que afasta valores morais, religiosos, ou de outra ordem axiológica.

Com essa base, a sua teoria é de um Direito como um sistema jurídico estruturado de maneira escalonada, de forma que as normas superiores se relacionem e deem validade às normas inferiores. E a norma hipotética fundamental, que é pressuposta e transcendental, é que dá a validade ao ordenamento jurídico como um todo.

E assim, respondemos a primeira parte do problema que foi proposto. Quanto ao segundo problema, no caso, se o Positivismo Normativo dispõe de ferramentas adequadas para enfrentar o problema do decisionismo judicial? A resposta é: não, porque a teoria juspositivista de Kelsen, na verdade, estimula o decisionismo judicial, ela é uma teoria decisionista, porque, segundo a teoria Pura de Kelsen, a decisão judicial trata-se de uma norma individual para o caso em concreto. E a norma geral serve como “moldura” dentro do qual o juiz deve produzir a decisão. Essa “moldura” pode abrir um grande espaço para a discricionariedade judicial, visto que o juiz é livre para escolher várias possibilidades para a aplicação da lei, ainda mais no caso da norma geral ser aberta ou, até no caso de não existir normas gerais a serem aplicadas. Para Kelsen, a decisão judicial trata-se de um ato de vontade, de escolha entre as

várias hipóteses viáveis para a sua aplicação. Então, para ele, a decisão correta é uma questão de política do Direito e não de teoria jurídica.

Enfim, para Kelsen a decisão judicial dentro da moldura é livre, dentro dessa moldura legal, o julgador tem um amplo espaço de liberdade, o que dá muita margem ao decisionismo judicial.

Fica claro, portanto, que o positivismo normativo de Kelsen não limitou o poder judicial, na verdade, nunca teve esta pretensão, Ao contrário, dá uma grande margem de liberdade para o julgador, o que beira a arbitrariedade. De um lado, o positivismo jurídico afasta a metafísica no conceito de Direito, de modo a deixá-lo mais certo, mais formal, mais positivo; de outro, abre um enorme flanco para o decisionismo judicial, na medida em que permite, dentro da moldura legal, uma ampla liberdade para o julgador.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. KELSEN, Hans, 1881-1973. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENJAMIM, Cássio Corrêa. O que é uma constituição? decisionismo como estrutura em Carl Schmitt. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 111, p. 203-224, 2016.

BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. **Teoria do direito e discricionariedade**: fundamentos teóricos e crítica ao positivismo. Santo Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; ESTEVES, João Luiz Martins. A ideologia da neutralidade: uma abordagem sobre o juspositivismo normativista e seus limites frente à democracia social. **Scientia Iuris**, Londrina, v.17, p. 193-210, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Gilmar Mendes, Série 2).

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.

HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Coleção Os Pensadores).

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

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito. **Seqüência**, Florianópolis, n. 47, p. 11-31, dez. 2003.

MARTON, Scarlet. **Nietzsche**: das forças cósmicas aos valores humanos. Brasília, DF: Brasiliense, 1990.

NIETZSCHE, F. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NOGUEIRA, Gabriel. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

RODRIGUES, Alexandre Brandão. **O uso dos princípios para o afastamento das regras jurídicas**: uma crítica à discricionariedade judicial nas decisões do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 do STF. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WIEHL, Reiner. A multiplicidade das virtudes e o problema da unidade na ética e filosofia da religião de Hermann Cohen. Tradução de Luís M. Sander. **Filosofia Unisinos**, São Leopoldo, p. 87-100, jan./abr., 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores).

**TURISMO E DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO
HISTÓRICO, CULTURAL E NATURAL NO BRASIL**

*TOURISM AND FUNDAMENTAL DUTY TO PROTECT HISTORIC, CULTURAL AND
NATURAL HERITAGE IN BRAZIL*

*DEBER FUNDAMENTAL DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO,
CULTURAL Y NATURAL EM BRASIL*

Suzana Mendonça¹

RESUMO

O presente texto busca analisar a relação entre o turismo e o patrimônio histórico, cultural e natural, sob o viés dos deveres fundamentais inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil, por meio do método de procedimento monográfico com objetivo descritivo e explicativo. Embora seja relevante o papel do Estado na efetivação de medidas aptas a assegurar a adequada proteção do patrimônio nacional, o envolvimento dos indivíduos revela-se essencial para a conservação dos elementos do patrimônio histórico, cultural e natural. Os termos constitucionais se expressam justamente nesse sentido, na medida em que atribuem aos indivíduos participação determinante na conservação do patrimônio nacional, afastando uma perspectiva de atuações de proteção exclusivamente estatais. Daí a relevância de empreender atividades turísticas em conexão com os deveres fundamentais, cuja materialização sucede mediante práticas designadas à apropriada preservação do patrimônio nacional, seja este de caráter histórico, cultural ou natural.

Palavras-chave: Deveres Fundamentais; Patrimônio Histórico e Cultural; Patrimônio Natural; Turismo.

ABSTRACT

This article intends to analyze the connection between tourism and historical, cultural and natural heritage, from the perspective of the fundamental duties inscribed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, through the method of monographic procedure with descriptive and explanatory purpose. Although the role of the State is

1 Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, Especialidade de Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pós-Graduada em Bioética pela Universidade de Lisboa. Advogada.

relevant in the implementation of measures capable of ensuring the adequate protection of the national heritage, the involvement of individuals is essential for the conservation of elements of historical, cultural, and natural heritage. The constitutional terms are expressed precisely in this direction, insofar as they attribute to individuals a decisive participation in the conservation of the national heritage, moving away from a perspective of exclusively state protection actions. Hence the importance of undertaking tourist activities in connection with fundamental duties, whose materialization takes place through practices designed to properly preserve the national heritage, whether historical, cultural, or natural.

Keywords: Fundamental Duties; Historic and Cultural Heritage; Natural Heritage. Tourism.

RESUMEN

Este artículo busca analizar la relación entre el turismo y el patrimonio histórico, cultural y natural, en la perspectiva de los deberes fundamentales inscritos en la Constitución de la República Federativa de Brasil, a través del método de procedimiento monográfico con finalidad descriptiva y explicativa. Si bien el papel del Estado es relevante en la implementación de medidas capaces de asegurar la adecuada protección del patrimonio nacional, la participación de los particulares es fundamental para la conservación de los elementos del patrimonio histórico, cultural y natural. Los términos constitucionales se expresan precisamente en este sentido, en cuanto atribuyen a los particulares una participación decisiva en la conservación del patrimonio nacional, alejándose de una perspectiva de acciones de protección exclusivamente estatales. De ahí la importancia de emprender actividades turísticas en conexión con deberes fundamentales, cuya materialización se da a través de prácticas encaminadas a preservar adecuadamente el patrimonio nacional, ya sea histórico, cultural o natural.

Palabras clave: Deberes Fundamentales; Patrimonio Histórico y Cultural; Patrimonio Natural; Turismo.

Data de submissão: 21/07/2022

Data de aceite: 06/09/2022

1 INTRODUÇÃO

O turismo representa atividade conectada com o lazer e o descanso, materializando uma ruptura na rotina de trabalho dos indivíduos. Embora o turismo reflita momentos de descontração, a atenção quanto aos elementos do patrimônio nacional não deve ser dissipada, sob pena de prejuízos irreversíveis.

Daí a importância do papel do Estado como agente apto a regular a circulação de pessoas sobre localidades marcadamente turísticas, cuja região detém conjunto significativo de unidades do patrimônio histórico, cultural ou natural. Os Entes da Federação atuam dentro das balizas constitucionalmente estabelecidas com o intuito de simultaneamente aquecer os setores relacionados ao turismo e preservar o patrimônio nacional, especialmente em períodos de elevado fluxo humano.

Embora as ações empenhadas pelo Estado revelem-se essenciais, a participação dos indivíduos na conservação do patrimônio nacional mostra-se determinante para alcançar resultados favoráveis a toda a coletividade. Extrai-se deveres da atuação individual voltada a melhor interesse coletivo, cuja inserção constitucional sustenta a concepção de deveres fundamentais, que, por sua vez, subordinam a todos os membros da sociedade indistintamente.

Nessa perspectiva, ao praticar atos relativos ao turismo, os indivíduos devem manter cuidado especial quanto à preservação do patrimônio histórico, cultural e natural, de modo a agir no sentido da sua conservação mesmo em ambientes diversos daqueles em que habitualmente vivem. Logo, o conjunto de ações individuais dirigidos à coletividade, refletido pelos deveres fundamentais, também toca a proteção do patrimônio histórico, cultural e natural, demandando das pessoas condutas compatíveis com a preservação do patrimônio nacional também no âmbito das atividades turísticas.

2 ASPECTOS BASILARES ACERCA DO TURISMO

Como atividade derivada da prática do lazer, o turismo representa um dos principais estímulos para a circulação de pessoas por localidades diversas. A busca por novas experiências, pelo contato com a natureza, pela apreensão de

conhecimento acerca da história e da cultura de determinada região são alguns desígnios que impulsionam os indivíduos a praticar o turismo.

Conforme disposição constante do art. 2º da Lei nº 11.771/2008, turismo pode ser definido como o conjunto de atividades empreendidas por indivíduos ao longo de viagens e estadias em localizações diversas daquelas em que habitualmente se encontram, cuja finalidade gravita em torno de lazer, negócios e outros, por um intervalo inferior a um ano. O turismo constitui, portanto, o deslocamento do indivíduo no sentido de preencher a sua curiosidade e a sua vontade de explorar e conhecer, bem como o intuito de diversão ou descanso em um ambiente distinto daquele em que rotineiramente vive (PATRÍCIO, 2017).

Importante registrar que um dos principais elementos para configuração do turismo corresponde precisamente ao deslocamento de indivíduos para localidades diferentes de forma transitória, isto é, não havendo estada definitiva. Ademais, o turismo não abriga a lucratividade, já que os indivíduos circulam com fins de entretenimento e lazer (FONTES, 2016), sem a intenção de obtenção de lucros com a realização de visitas.

A prática do turismo, nesse sentido, encontra-se profundamente conectada ao direito fundamental à liberdade de locomoção previsto no art. 5º, XV da Constituição Federal, uma vez que as pessoas detêm autonomia para ir e vir, desde que preenchidos os requisitos basilares para tanto. O turismo representa, assim, verdadeira expressão da liberdade de locomoção, na medida em que desencadeia a livre circulação humana com objetivos atinentes ao divertimento e ao descanso.

Igualmente, a atividade turística também manifesta a materialização do direito fundamental ao lazer, constante do art. 6º da Constituição Federal, dispositivo voltado para o conjunto de direitos sociais. O lazer, assim, atinge sua concretização, entre outras vias, mediante as práticas de natureza turística.

Embora represente nítida expressão dos direitos fundamentais de liberdade de locomoção e de lazer, o fluxo humano desenfreado pode produzir efeitos negativos para os locais visitados, bem como para elementos do patrimônio histórico, cultural e natural. Enquanto o lazer e o descanso revelam sua importância para a periódica ruptura na rotina humana viabilizados pelas atividades turísticas, a

elevada aglomeração de pessoas em determinadas localidades pode embaraçar a preservação de elementos do patrimônio nacional.

Dá a relevância de atuações estatais técnicas e precisas relacionadas ao turismo visando assegurar a efetivação do conjunto de direitos envolvidos e o incremento da atividade econômica das mais variadas localidades, sem se desconectar das ações voltadas à conservação do patrimônio nacional.

3 PAPEL DO ESTADO RELATIVO AO TURISMO E À PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL E NATURAL

Como uma atividade que gera consequências sociais e econômicas, uma vez decorrente de atuações realizadas por atores diversos no sentido de envolver toda a comunidade local (PATRÍCIO, 2017), o turismo deve ser objeto de atenção por parte do Estado. O elevado fluxo de pessoas especialmente em determinados períodos do ano, a estrutura nos grandes polos turísticos, o turismo de massa, a proteção dos turistas, a conservação do patrimônio histórico, cultural e natural são alguns dos aspectos que merecem zelo estatal diferenciado.

Considerando a necessidade de proteção e promoção de determinados bens jurídicos relativos ao turismo, revela-se essencial, assim, o papel desempenhado pelo Estado por meio de seus órgãos especializados na temática para o alcance do verdadeiro potencial do turismo como atividade que simultaneamente favorece o descanso e o lazer dos indivíduos, fomenta a economia em áreas turísticas e preserva o patrimônio histórico, cultural e natural.

Nesse sentido, o manejo da circulação de pessoas é realizado pelo Estado por meio de um conjunto de medidas aptas a regular as atividades turísticas. Quando se trata de visitantes estrangeiros, por exemplo, cabe ao Estado, nas balizas da sua soberania (BADARÓ, 2010), desempenhar o controle do acesso ao seu território mediante preenchimento de exigências diversas, como é o caso de vistos ou carteiras de vacinação internacional.

No que tange o planejamento turístico em território nacional, a Lei nº 11.771/2008, que dispõe acerca da Política Nacional de Turismo, firma alguns dos principais objetivos do programa. A criação de empreendimentos voltados à

expressão cultural, a preservação da identidade cultural das comunidades locais, a viabilização da prática do turismo sustentável nas áreas naturais são algumas das finalidades previstas no art. 5º, incisos VII, VIII e IX da referida lei, denotando a importância da conservação do patrimônio cultural e natural no âmbito das atividades turísticas.

O Programa de Regionalização do Turismo, instituído em 2004 e reformulado em 2013 – conforme informações divulgadas pelo Ministério do Turismo em seu sítio eletrônico –, também registra a importância da descentralização das ações estatais voltadas ao turismo, de modo a vincular União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A Lei nº 11.771/2008, ademais, reforça o viés descentralizador das políticas públicas de turismo por meio da consolidação da regionalização como princípio norteador das atividades desenvolvidas pelos Entes da Federação

Igualmente, Estados e Municípios também firmam suas regras com o intuito de regular o deslocamento humano nas balizas de seus territórios, bem como assegurar a consciência coletiva mediante a utilização responsável de elementos do patrimônio histórico, cultural e natural para fins turísticos. Pode-se citar como exemplo de legislações que regulam o turismo e a preservação do patrimônio local a recente lei estadual de Santa Catarina, Lei nº 18.208/2021, a lei estadual do Rio Grande do Sul, Lei nº 14.371/2013 e a lei estadual de São Paulo, Lei nº 10.892/2001.

Algumas das medidas relativas ao resguardo do patrimônio no âmbito do turismo são plenamente conhecidas de locais e turistas, especialmente em determinadas localidades, como a limitação do número de visitantes, a restrição de horários de visitas, o controle de objetos permitidos e proibidos, o pagamento de taxas de preservação, a proibição da entrada de veículos automotores ou de animais domésticos, entre outras.

Portanto, quando se trata do deslocamento de indivíduos em território nacional, União, Estados e Municípios são responsáveis pela regulamentação de ações que afetem o patrimônio histórico, cultural e natural, conforme previsão do art. 24, VII da Constituição. Ademais, o texto constitucional em seu art. 180 pontua que o turismo deve ser promovido por todos os Entes Federativos como forma de

desenvolvimento em caráter social e econômico, reforçando o papel do Estado por meio de todos os Entes no que tange ações de natureza pública dirigidas às práticas turísticas.

Nesse contexto, o turismo deve ser utilizado para promover a conscientização de uma sociedade globalizada no sentido de preservação do patrimônio histórico e cultural das mais variadas comunidades, com intenso impulso estatal. O turismo representa, ainda, ferramenta essencial para alavancar a qualidade de vida da população local (FIGUEIRA; DIAS, 2011), tendo em vista a tendência de geração de empregos e fontes de renda, o estabelecimento de melhorias na infraestrutura e nos serviços públicos conexos.

Logo, cabe ao Estado a promoção da atividade turística com a finalidade de aquecimento dos setores econômicos e fomento dos aspectos sociais nas diversas esferas relativas ao turismo, bem como a determinação de medidas suficientemente aptas a resguardar o patrimônio histórico, cultural e natural das regiões marcadamente turísticas.

Embora seja determinante o papel do Estado para a promoção do turismo com a correspondente preservação do patrimônio natural e cultural – seja pela edição de normas pelo Poder Legislativo, seja mediante políticas públicas elaboradas e executadas pela Administração Pública ou mesmo por meio de demandas judiciais como a ação civil pública – a conservação do patrimônio social e histórico nacional depende em grande medida dos próprios indivíduos.

4 DEVERES FUNDAMENTAIS

Temática presente ao longo da história e nas mais diversas comunidades, os deveres orientam a realização de determinados atos em favor da coletividade. Os deveres correspondem à concepção de que o bem-estar coletivo depende do comportamento individual, perspectiva observada, inclusive, sob o viés religioso, ético e filosófico (MIRANDA, 2015).

Os deveres assumem uma condição de fundamentalidade a partir do momento em que passam a constar de documentos constitucionais, como a Constituição de Massachussets de 1780, nos Estados Unidos, e a Declaração de

Direitos do Homem e do Cidadão de 1798, na França (CASALTA NABAIS, 2020). Entretanto, a alteração da conjuntura dos deveres decorre da queda dos regimes totalitários do século XX (OTERO, 2016), momento em que era necessária uma estrutura suficientemente robusta para proteção dos direitos fundamentais, de modo a afastar a ideia de deveres fundamentais.

Os deveres fundamentais muito frequentemente ficam à margem dos estudos doutrinários e da atenção jurisprudencial, considerando a atual conformação do Estado de Direito como estrutura jurídico-política amplamente reverente às normas constitucionais que consagram direitos fundamentais. Entretanto, o conjunto de deveres fundamentais integra as constituições, de modo a ensejar uma análise acerca do seu conteúdo no que tange a proteção de bens jurídicos por atuação dos indivíduos.

Considerando que os direitos fundamentais se caracterizam pela sua titularidade universal (ALEXY, 1999), os deveres fundamentais também subordinam todos os integrantes da comunidade. Os indivíduos assumem, dessa forma, a posição coexistente de sujeitos de direitos e de deveres fundamentais.

Assim, as condutas constitucionalmente impostas a todos os membros da sociedade representam os deveres fundamentais, não se tratando, portanto, das tarefas atribuídas ao Estado para a efetivação de determinado conteúdo. Nessa perspectiva, os textos constitucionais impõem ações não somente ao Estado, como também aos indivíduos, em conformidade com os espaços de atuação de cada um.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, os deveres fundamentais evidenciam, portanto, o vínculo existente entre o indivíduo e a comunidade, bem como a importância de se legitimar o seu conteúdo a partir de uma base constitucional. A consagração de deveres fundamentais, assim, guarda reserva constitucional, já que decorre de norma ou de lei fundada em autorização presente na Constituição (CANOTILHO, 2003).

A imposição de determinadas condutas aos indivíduos mostra-se relevante, assim, para a manutenção da harmonia na sociedade, ordenando as relações jurídicas rotineiramente firmadas e seus correspondentes efeitos. Além disso, é importante registrar que os deveres fundamentais não dizem respeito às

incumbências constitucionalmente fixadas para determinadas categorias profissionais, como os deveres funcionais dos agentes públicos dos três Poderes e integrantes das funções essenciais à Justiça ou, ainda, aqueles deveres atribuídos aos membros das Forças Armadas.

Nesse contexto, os deveres fundamentais representam obrigações de agir ou não agir constitucionalmente estabelecidas a todos os indivíduos de uma sociedade com a finalidade de manutenção da ordem social, de proteção de direitos fundamentais e de contribuição com a organização do Estado e de suas atuações. Consistem em uma categoria constitucional autônoma, de cuja essência emanam os valores e os interesses comunitários (CASALTA NABAIS, 2020).

O conteúdo extraído dos deveres fundamentais, nessa perspectiva, corresponde a deveres de natureza jurídica em decorrência do seu assento constitucional, não sendo diferente quanto ao conteúdo inserido na Constituição da República Federativa do Brasil, que também carrega um conjunto de deveres fundamentais, sejam estes explícitos ou implícitos.

Exemplificativamente, a segurança pública, tratada no art. 144, e a educação, no art. 205, apresentam dimensão associada aos deveres fundamentais. No caso da segurança, o texto constitucional estabelece ser ela de responsabilidade de todos, redação similar ao dispositivo referente à educação, cujo incentivo da comunidade mostra-se indispensável à garantia da plenitude do desenvolvimento da pessoa. Igualmente, o art. 227 dispõe acerca do dever da família e da sociedade – para além do Estado – de assegurar uma vida digna para a criança e o adolescente, enquanto o art. 198, III, versa sobre a participação da comunidade nas ações e serviços de saúde.

Nesse sentido, uma sociedade orientada tão somente por direitos, destituída de deveres, revela sua inviabilidade justamente pela incapacidade de se extrair de seus membros níveis mínimos de consciência social e responsabilidade coletiva, elementos considerados essenciais para a existência de uma comunidade equilibrada (VIEIRA DE ANDRADE, 2004). A preservação de uma ordem jurídica, portanto, está associada ao equilíbrio entre a permissão para o exercício de direitos e a coerção para a existência de deveres (SUNSTEIN; HOLMES, 2019).

5 DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL E NATURAL NO TURISMO

Como outros bens jurídicos constitucionalmente firmados, também o patrimônio histórico, cultural e natural constitui um direito de todos os membros da sociedade, enquanto simultaneamente indica a necessidade de comportamentos individuais direcionados à sua adequada preservação. Seu conteúdo assume, assim, a configuração de um dever de conservação, suscitando de toda a comunidade a prática de atos hábeis a promover a proteção do patrimônio nacional.

O patrimônio cultural consiste em um registro do passado, de modo a representar aspecto substancial da identidade cultural de um povo. Dessa maneira, independentemente da permanência no cotidiano – considerando que pode ter deixado de existir –, a essência de tal registro conserva-se (NOGUEIRA, 2010) precisamente por meio do patrimônio cultural.

Assim, a preservação da evolução cultural e histórica na lembrança da sociedade constitui elemento de relevo ao núcleo de um grupo populacional, não somente em termos de valorização das conquistas passadas, mas também como forma de evitar a reincidência em eventuais condutas inadequadas transcorridas em tempos pretéritos. Ademais, o patrimônio histórico e cultural também alcança o presente e o futuro, já que toda a produção cultural realizada em tempos atuais encontra suas raízes em valores antecedentes.

Daí a importância de proteção dos aspectos que compõem o patrimônio histórico e cultural de um povo, principalmente em circunstâncias em que o elevado fluxo humano pode comprometer a sua adequada conservação, como em áreas turísticas. O §1º do art. 216 da Constituição destaca a colaboração da comunidade com o Poder Público no que tange as ações direcionadas à proteção do patrimônio cultural brasileiro, de modo a conferir a todos os membros da sociedade um dever jurídico de proteção do patrimônio histórico e cultural.

Tal previsão constitucional aponta precisamente no sentido de um direito-dever fundamental relacionado ao patrimônio histórico e cultural, considerando que a todos é garantido o pleno exercício dos direitos referentes à cultura, mas também a

todos cabe a preservação do patrimônio histórico e cultural nacional, em termos de participação comunitária em sincronia com as tarefas estatais desenvolvidas para sua conservação.

Nesse sentido, a adequada preservação do patrimônio histórico e cultural também passa pela promoção de certo nível de aproximação entre as pessoas e os significados emanados da memória coletiva (GOMES, 2011). Tal concepção revela aptidão para reduzir distâncias, inclusive, entre locais e turistas, uma vez que a utilização consciente e a proteção do patrimônio histórico e cultural são igualmente atribuídas a todos os indivíduos em forma de dever fundamental.

Isso significa que tanto na rotina dos locais, como na fuga da rotina dos turistas, devem ser evitadas práticas que possam danificar e deteriorar unidades e elementos que compõem o patrimônio histórico e cultural nacional. Logo, a coletividade, portadora de um interesse comum (CORTESE, 2017) de usufruir dos bens históricos e culturais, também detém a sua parcela de contribuição para a apropriada preservação do patrimônio, como reflexo de uma responsabilidade comunitária em favor de um valor basilar voltado à essência de um povo.

Já a fruição do meio ambiente conectada à conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra base constitucional no art. 225, que reconhece simultaneamente um direito e um dever fundamental aos indivíduos. Embora outras circunstâncias possam produzir efeitos significativos sobre o meio ambiente, o turismo desmedido detém potencialidade de romper o compromisso com a preservação do patrimônio natural.

O referido dispositivo constitucional reforça não somente a importância da atuação estatal na preservação do meio ambiente, como também – e principalmente – o papel dos indivíduos como sujeitos ativos na sua defesa para as gerações presentes e futuras. Consolida-se, portanto, um dever fundamental de solidariedade intergeracional, refletindo a necessidade de conservação ambiental por parte do indivíduo, cuja atuação pode se reverter positivamente para ele próprio e para o resto da comunidade, seja esta presente ou futura (GOMES, 2007).

Nessa esteira, o turismo de massa deve ser especialmente evitado em áreas de preservação da natureza local considerando que o elevado fluxo humano tende a

amplificar as oportunidades de degradação ambiental, principalmente no que tange o depósito de resíduos e de objetos incompatíveis com a fauna e a flora da região. Ainda que em determinadas áreas seja intensa a presença estatal no controle do fluxo humano, em outras localidades essa não é a realidade, o que reforça o papel dos indivíduos em promover atividades turísticas de forma consciente, em atenção à proteção ambiental e à conservação do patrimônio natural.

O turismo ecológico, dessa forma, passa pela consciência de que a visita à natureza deve ser desenvolvida com máximo respeito pelo seu espaço, afastando comportamentos voltados ao desarranjo ambiental, de modo a converter em prática o dever fundamental de preservação do meio ambiente e do patrimônio natural, que toca gerações presentes e futuras. Extraída do art. 225 da Constituição, a concepção de responsabilidade entre gerações, mediante dever fundamental, demonstra a dimensão intertemporal dos deveres, uma vez que podem ser atribuídos a comunidades existentes em períodos diversos, umas para com as outras (PEPE, 2016).

Nesse sentido, atitudes promovidas em caráter individual afetam toda a comunidade nacional quando se trata de elementos naturais, ampliando a importância do dever fundamental de preservação do meio ambiente especialmente em contexto de elevado fluxo de pessoas que não residem em regiões associadas ao ecoturismo. A consciência coletiva no sentido da fruição responsável do patrimônio natural mesmo em oportunidades de lazer e descanso representa a materialização do dever fundamental de conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessa perspectiva, aqueles que usufruem do turismo também têm a obrigação de proteger o patrimônio cultural, histórico e natural mediante exercício de deveres fundamentais de conservação do patrimônio nacional, independentemente da forma como este se expressa. Assim, o turismo sustentável remete ao equilíbrio entre circulação de pessoas para fins turísticos e preservação do patrimônio nacional, revelando o potencial da concretização da consciência coletiva por meio de deveres fundamentais de proteção do patrimônio histórico, cultural e natural – essenciais à manutenção e ao desenvolvimento da identidade nacional.

6 CONCLUSÃO

As atividades turísticas refletem a importância do lazer e do descanso, bem como da circulação de pessoas para fins de apreensão de conhecimento cultural. Além disso, o turismo constitui prática fundamental para o fomento de diversos setores da economia local, desenvolvendo consideravelmente regiões turísticas e aprimorando as condições dos locais. Entretanto, é importante considerar a preservação de elementos da identidade nacional nos períodos de intenso fluxo humano em decorrência do turismo, com a finalidade de equilibrar a atividade turística com a proteção do patrimônio nacional.

Embora as ações desenvolvidas no âmbito dos Entes Federativos sejam indispensáveis para a adequada prática do turismo, especialmente no que tange a proteção do patrimônio nacional, os comportamentos empenhados pelos indivíduos revelam-se significativos no sentido do exercício consciente do turismo em território nacional. O papel das pessoas tanto no curso de sua rotina, como no período de descanso em que as práticas turísticas se materializam, é determinante para a preservação de elementos do patrimônio nacional, seja de caráter histórico, cultural ou natural.

Nesse sentido, os termos constitucionais sustentam deveres fundamentais que subordinam todos os membros da sociedade de maneira indistinta, impelindo-os a agir no sentido de proteger determinados bens jurídicos, não sendo diferente quando se trata do patrimônio histórico, cultural e natural. As atividades turísticas desenvolvidas pelos indivíduos, assim, devem guardar relação de compatibilidade com a preservação do patrimônio encontrado nas regiões marcadamente turísticas, como forma de exercício dos deveres fundamentais de proteção do patrimônio histórico, cultural e natural, cuja essência alcança toda a coletividade.

A atenção para com as regras estabelecidas localmente, bem como o desvio de ações aptas a degenerar o patrimônio são algumas das condutas que podem ser assumidas pelos indivíduos com o intuito de conservar o patrimônio e a identidade nacional. Daí a importância de usufruir de atividades turísticas, porém, sem se desvincular dos deveres fundamentais que expõem a necessidade do zelo

diferenciado invocado pelo conjunto de elementos históricos, culturais e naturais existentes em regiões de turismo e de elevado fluxo humano.

Nessa perspectiva, não se deve esperar que apenas o Estado empenhe condutas dirigidas à proteção do patrimônio nacional, na medida em que os atos individuais afetam substancialmente o estado das unidades e dos elementos que compõem o patrimônio histórico, cultural e natural no país. A conversão dos deveres fundamentais em prática passa pelo comportamento ativo no sentido da preservação do patrimônio nacional, principalmente no âmbito das práticas turísticas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, 1999.

BADARÓ, Rui Aurélio de Lacerda. Turismo, Constituição e a Lei do Turismo. *In*: BENÍTEZ, Diego (coord.). **Derecho del Turismo Iberoamericano**. Buenos Aires: Libros en Red, 2010. p. 17-32.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.771**. Brasília, DF: 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm. Acesso em: 02 jul. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASALTA NABAIS, José. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 2020.

FIGUEIRA, Vítor; DIAS, Reinaldo. **A Responsabilidade Social do Turismo**. Lisboa: Escolar, 2011.

FONTES, Vanessa Rocha Plutarco. Direito do Turismo e Estruturas Organizacionais do Setor. **Revista Faculdade de Direito do Ceará**, Fortaleza, v. 37, n. 1, p. 33-53, 2016.

GOMES, Carla Amado. **O Preço da Memória: a sustentabilidade do patrimônio cultural edificado**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011.

GOMES, Carla Amado. O risco de modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do meio ambiente. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-políticas) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007.

MINISTÉRIO TURISMO. **Programa de Regionalização do Turismo**. Disponível em: http://regionalizacao.turismo.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26&Itemid=316. Acesso em: 06 set. 2022.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais, Tomo IV**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

NOGUEIRA, José Duarte. **A Proteção do Patrimônio Cultural no Século XXI**. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016.

PATRÍCIO, Manuela. **Direito do Turismo e Alojamento Turístico**. Coimbra: Almedina, 2017.

PEPE, Gabriele. La Solidarità Intergerazionale quale Strumento di Giustizia Redistributiva. **Rivista AmbienteDiritto.it**, p. 1-13, 2016.

SANTA CATARINA. **Lei nº 18.208**, 2021. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2021/18208_2021_lei.html#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2018.208%2C%20de%2016%20de%20setembro%20de%202021&text=Fonte%3A%20ALESC%2FGCAN.,tur%C3%ADstico%20e%20adota%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art. Acesso em: 02 jul. 2022.

SÃO PAULO. **Lei nº 10.892**. 2001. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10892-20.09.2001.html>. Acesso em: 02 jul. 2022.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **O Custo dos Direitos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 14.371**. 2013. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/replegis/arquivos/lei%2014.371.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2022.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DO ESTADO: um estudo acerca da imposição de multas ambientais ao Estado e a extinção do crédito pela confusão

STATE ENVIRONMENTAL LIABILITY: a study of the imposition of environmental fines on the State and the extinction of the credit by confusion

RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DEL ESTADO: estudio sobre la imposición de multas ambientales al Estado y la extinción del crédito por confusión

Luana Machado Kraemer¹

RESUMO

O presente trabalho se debruça sobre o direito fundamental ao meio ambiente, mormente acerca da responsabilidade administrativa ambiental do Estado que acarreta na sanção de multa, num estudo sobre a (im)possibilidade de inscrição do ente público em dívida ativa, e a extinção do crédito pela confusão, partindo da metodologia dedutiva, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores e dos principais posicionamentos doutrinários, primeiramente abrangendo uma análise nacional da matéria. No âmbito estadual, explora a competência da Fundação Estadual do Meio Ambiente na fiscalização e aplicação de infrações ambientais, bem como a possibilidade de aplicação de multa ao Estado do Rio Grande do Sul e posterior inscrição em dívida ativa do ente público. Concluiu-se pela impossibilidade de imposição da sanção de multa à pessoa jurídica de direito público quando da caracterização do instituto civil da confusão, tendo em vista o credor e devedor se confundirem na mesma pessoa jurídica, excluindo-se o crédito não tributário.

Palavras-chave: responsabilidade civil; direito ambiental; infrações ambientais; multa ambiental; confusão.

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí. Pós-graduanda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-graduanda em Funções Institucionais da Advocacia-Geral da União pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Advogada. Residente Jurídico na Procuradoria Regional Federal da 4ª Região (PRF4/AGU). E-mail: luukraemer@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1358-4220>

ABSTRACT

This paper focuses on the fundamental right to the environment, especially about the State's administrative environmental responsibility that results in the penalty of a fine, in a study about the (im)possibility of registration of the public entity as an active debt, and the extinction of the credit by confusion, based on the deductive methodology, in light of the case law of the Superior Courts and the main doctrinal positions, first covering a national analysis of the matter. At the state level, it explores the competence of the State Foundation of the Environment in the inspection and enforcement of environmental violations, as well as the possibility of imposing a fine on the State of Rio Grande do Sul and the subsequent entry in the active debt of the public entity. It was concluded by the impossibility of imposing the penalty of fine to the legal entity of public law when the civil institute of confusion is characterized, considering the creditor and debtor are confused in the same legal entity, excluding the non-tax credit.

Keywords: civil responsibility; environmental law; environmental infractions; environmental fine; confusion.

RESUMEN

Este trabajo se centra en el derecho fundamental al medio ambiente, especialmente sobre la responsabilidad ambiental administrativa del Estado que da lugar a la sanción de multa, en un estudio sobre la (im)posibilidad de registro de la entidad pública como deuda activa, y la extinción del crédito por confusión, basado en la metodología deductiva, a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores y las principales posiciones doctrinales, abarcando primero un análisis nacional de la materia. A nivel estatal, explora la competencia de la Fundación Estatal para el Medio Ambiente en la supervisión y aplicación de las violaciones ambientales, así como la posibilidad de imponer una multa al Estado de Rio Grande do Sul y la posterior entrada en el patrimonio de la deuda de la entidad pública. Se concluyó por la imposibilidad de imponer la pena de multa a la persona jurídica de derecho público cuando se caracteriza el instituto civil de la confusión, teniendo en cuenta el acreedor y el deudor se confunden en la misma persona jurídica, excluyendo el crédito no fiscal.

Palabras clave: responsabilidad civil; derecho ambiental; infracciones ambientales; multa ambiental; confusión.

Data de submissão: 28/07/2022

Data de aceite: 26/09/2022

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal/1988 prevê expressamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em seu art. 225, dispondo ser não só um direito, mas também um dever de todos, cabendo ao Poder Público e toda a coletividade a sua preservação. José Afonso da Silva (1998, p. 2) conceitua o meio ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Conforme já pronunciado pela Suprema Corte Brasileira, o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa de titularidade coletiva, tratando-se de um “poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social” (STF, 1995), configurando-se, portanto, como um direito difuso e fundamental de terceira geração (ou dimensão).

A própria Constituição Federal/1988 reconhece também a dimensão intergeracional da preservação do meio-ambiente equilibrado, no interesse das presentes e futuras gerações (MIRRA, 2004), “porquanto o meio ambiente é um patrimônio para essa geração e para as futuras, bem como direito fundamental, ensejando a adoção de condutas cautelosas, que evitem ao máximo possível o risco de dano, ainda que potencial, ao meio ambiente” (STJ, 2014).

Justamente visando proteger esse bem jurídico, o dispositivo constitucional estabelece uma tríplice responsabilização em demandas ambientais, de maneira que os infratores responderão, em decorrência de um único fato danoso, nas esferas administrativa, civil e penal, todas independentes entre si, com possibilidade de cumulação.

O presente trabalho visa analisar a responsabilidade civil na ocorrência de danos ambientais, notadamente quando o Estado é omissivo ou o próprio causador do dano, bem como discorrer acerca da competência para a fiscalização, autuação e imposição de multas ambientais.

No âmbito estadual, analisa a natureza jurídica da Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luiz Roessler – FEPAM e a sua competência para aplicar multas, especialmente ao Estado do Rio Grande do Sul e, conseqüentemente,

estuda a (im)possibilidade de inscrição do ente público em dívida ativa e posterior cobrança judicial do crédito não-tributário, tendo em vista observar-se a aplicação do instituto civil da confusão no caso de o sujeito ativo e o passivo da exação confundirem-se na mesma pessoa, com a conseqüente extinção do crédito.

Para tanto, partiu-se do exame da legislação federal e estadual acerca da matéria, bem como buscou-se realizar um estudo da jurisprudência dos tribunais superiores, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e de pareceres exarados pela Procuradoria-Geral do Estado em temas correlatos.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL E A IMPOSIÇÃO DE PENALIDADES POR DANOS AMBIENTAIS

O dano ambiental pode ser conceituado como “a lesão de um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (GAGLIANO; FILHO, 2012, p. 81-82). Segundo MILARÉ (2018), constitui-se na lesão aos recursos ambientais, tendo como consequência a degradação do equilíbrio ecológico e, também, da qualidade de vida, englobando não só a lesão ao ambiente coletivo, como também aquela que afeta os bens menores e específicos, atingindo o patrimônio jurídico de indivíduos determinados. É uma expressão ambivalente, pois refere-se tanto às alterações nocivas ao meio ambiente quanto aos seus efeitos na saúde das pessoas e em seus interesses (LEITE; AYALA, 2014).

A obrigação de recuperar a degradação ambiental é do titular da propriedade do imóvel, mesmo que este não tenha contribuído para a deflagração do dano, levando em consideração sua natureza propter rem, ou seja, trata-se de uma obrigação relacionada com a coisa (VENOSA, 2012), assim, mesmo não sendo o causador, o proprietário responde objetivamente pelo dano ambiental existente na propriedade.

Ainda, havendo mais de um agente poluidor, impõe-se a regra da solidariedade passiva entre os vários causadores do dano ambiental, tendo em vista a própria indivisibilidade do dano, consequência de ser o meio ambiente uma unidade infragmentável (BENJAMIN, 1998), de sorte que todos os poluidores, diretos ou

indiretos, responderão solidariamente pela reparação do dano, no entanto, convém mencionar que não há obrigatoriedade de litisconsórcio passivo no pleito judicial.

A responsabilidade civil por danos ambientais decorre do Princípio do Poluidor-pagador, inspirando-se num postulado de equidade, ou seja, o poluidor que internaliza os lucros não pode imputar à toda sociedade a degradação ambiental, devendo responder por ela de maneira a evitar a existência de uma privatização de lucros e socialização de perdas (DERANI, 1997, p. 158).

O Superior Tribunal de Justiça adotou a teoria do risco integral na verificação do dano ambiental, bastando a prova do dano e do nexos causal para a configuração do dever de indenizar². Nesse sentido:

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexos de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. Para o fim de apuração do nexos de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem. (REsp 650.728/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJe 02/12/2009)

Portanto, a adoção da teoria da responsabilidade objetiva pautada no risco integral implica na prescindibilidade da discussão sobre a culpabilidade, na irrelevância da licitude ou ilicitude da atividade, e na não admissão da aplicação de excludentes de responsabilidade³. A Corte também reconheceu a imprescritibilidade

² É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, nos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advindo de uma ação ou omissão do responsável. (STJ, 2014.)

³ “[...] responsabilidade por dano ambiental é objetiva e pautada no risco integral, não se admitindo a aplicação de excludentes de responsabilidade. Conforme a previsão do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, recepcionado pelo art. 225, §§2º e 3º, da CF, a responsabilidade por dano ambiental, fundamentada na teoria do risco integral, pressupõe a existência de uma atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, impondo-se ao empreendedor a obrigação de prevenir

da ação que visa à reparação do dano ambiental, objetivando reparar e restaurar o bem ambiental a qualquer tempo (STJ, 2013).

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade do civil por dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, pouco importando a qualificação jurídica do degradador, sendo que a responsabilidade do Estado é objetiva tanto na ação quanto na omissão lesiva ao Meio Ambiente (STJ, 2010). Assim, ainda que não atue diretamente como agente poluidor, ao Poder Público recai a responsabilidade pela defesa e preservação do meio ambiente, conforme dispõe a Carta Magna brasileira, pois este detém o poder-dever de promover a proteção do meio ambiente, utilizando-se do exercício da autotutela e do poder de polícia ambiental.

Noutro giro, no caso de danos indiretos, ou seja, na omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária, significando “que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original [...] não o fizer” (STJ, 2010).

No entanto, quando a omissão estatal no cumprimento de seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou agravamento do dano, afasta-se a subsidiariedade e restará para o Estado a responsabilidade objetiva (STJ, 2011), ressaltando-se, em qualquer caso, o direito de regresso ao legítimo causador do dano, nos termos do art. 934 do Código Civil/2002.

Quanto à aplicação de penalidades administrativas, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível, aplicando-se a sistemática da teoria da culpabilidade: deve-se comprovar o elemento subjetivo da conduta, com a respectiva demonstração do nexo causal (STJ, 1019). A Corte tratou do tema no Informativo nº 650, estabelecendo que a responsabilidade administrativa ambiental é de natureza subjetiva, de modo que “a conduta deve ser

tais riscos (princípio da prevenção) e de internalizá-los em seu processo produtivo (princípio do poluidor-pagador). Pressupõe, ainda, o dano ou risco de dano e o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado, efetivo ou potencial, não cabendo invocar a aplicação de excludentes de responsabilidade. (STJ, 2012).

cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e [...] do nexos causal entre a conduta e o dano” (STJ, 2017).

Assim, para a aplicação da pena na seara administrativa e ambiental deve-se comprovar a ocorrência de negligência, imprudência, imperícia ou dolo, de maneira que a ausência de algum desses elementos inviabiliza a punição administrativa (BIM, 2010). Das sanções previstas na legislação supracitada, apenas a multa simples utilizara o critério da responsabilidade com culpa (MACHADO, 2010).

As condutas lesivas passíveis de penalidades estão dispostas Lei Federal nº 9.605/1998, que, além de prever os crimes ambientais, também estabelece as condutas qualificadas como infrações administrativas ambientais, apuradas em processo administrativo próprio, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa. A doutrina classifica tais sanções como penalidades impostas por órgãos vinculados de forma direta ou indireta aos entes estatais, nos limites das competências estabelecidas em lei, estando intimamente ligadas ao poder de polícia da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público vinculado à propriedade e aos direitos individuais e coletivo.

Finalizado o processo administrativo, a infração pode culminar na imposição de sanções administrativas, tais como a advertência, aplicada para infrações com menor potencialidade lesiva, multa simples e diária, suspensão de atividades, dentre outras medidas. A multa simples será aplicada quando o infrator, por dolo ou culpa, não sanar as irregularidades apontadas ou opuser embaraços à fiscalização ambiental, podendo ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, enquanto que a multa diária será aplicada sempre que a infração se prolongar no tempo, com a ressalva de que deve ser buscada, primeiramente, a reparação in natura da área, e apenas na inviabilidade desta busca-se a reparação pecuniária como última ratio (FIORILLO, 2011).

Assim, a imposição do pagamento de multa ambiental é uma solução possível para a reparação pecuniária do dano, com a fixação de uma soma em dinheiro que seja capaz de compensar a degradação causada (MIRRA, 2004). Considerando ser uma espécie de penalidade administrativa, ou seja, um crédito não tributário, afasta-

se a incidência do Código Tributário Nacional (STJ, 2006), aplicando-se in casu as disposições da Lei de Execução Fiscal, cabendo à Fazenda Pública inscrever o devedor em dívida ativa e buscar compelir o pagamento do crédito devido pela via judicial.

3 COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA EM MATÉRIA AMBIENTAL

O Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, instituído pela Lei Federal nº 6.938/1981, é composto por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como pelas Fundações instituídas pelo Poder Público para a proteção do meio ambiente. Nesse sentido, o art. 70, §1º, da Lei Federal nº 9.605/1998 estabelece que os funcionários dos órgãos ambientais integrantes do SISNAMA designados para as atividades de fiscalização⁴ são as autoridades competentes para a lavratura do auto de infração e instauração do processo administrativo respectivo.

Estendendo o rol previsto no dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça entende ser possível que os técnicos do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA possam lavrar autos de infração (STJ, 2011), e admite a validade dos autos lavrados por policiais militares com a expressa delegação do Poder Executivo (STJ, 2009).

A Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luiz Roessler – FEPAM, instituída pela Lei Estadual nº 9.077/1990, é um órgão executivo do Sistema Estadual de Proteção Ambiental, com personalidade jurídica de direito privado, vinculado à Secretaria Estadual do Meio Ambiente - SEMA⁵, responsável pela proteção e melhoria

⁴ Nesse sentido: (...) II – A Lei nº 9.605/1998 confere a todos os funcionários dos órgãos ambientais integrantes do Sisnama, o poder para lavrar autos de infração e instaurar processos administrativos, desde que designados para as atividades de fiscalização, o que para a hipótese ocorreu com a Portaria nº 1.273/1998. III – Este entendimento encontra-se em consonância com o teor da Lei nº 11.516/2007, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 6º da Lei nº 10.410/2002, referendando a atribuição do exercício das atividades de fiscalização aos titulares dos cargos de técnico ambiental. IV – Recurso provido (STJ, 2008).

⁵ **Nota da autora:** Apesar da Lei Estadual nº 9.077/1990 dispor que a FEPAM é vinculada à Secretaria de Saúde e Meio Ambiente, em 1999 passou a ser vinculada à Secretaria Estadual do Meio Ambiente – SEMA, conforme art. 2º da Lei Estadual nº 11.362/1999.

da qualidade ambiental, competente para exercer a fiscalização e o licenciamento de atividades com o condão de gerar impacto ambiental, bem como notificar, autuar e aplicar penalidades, no exercício do poder de polícia administrativa.

Sobre a matéria, há julgados do Tribunal de Justiça gaúcho reconhecendo a competência da FEPAM para apurar infrações à legislação ambiental e efetuar a respectiva autuação⁶. Portanto, resta evidente a atribuição da FEPAM em impor sanções com vistas a assegurar a proteção e preservação do meio ambiente.

4 IMPOSIÇÃO DE MULTA AO ESTADO E EXTINÇÃO DO CRÉDITO PELA CONFUSÃO

Incontrovertida a possibilidade de imposição de multas às pessoas jurídicas de direito público, visto ser entendimento pacífico no âmbito dos tribunais superiores⁷, necessário indagar-se acerca da possibilidade de aplicação de multa ao Estado pelo Estado.

Pois bem, o valor arrecado por conta de multas ambientais é destinado aos fundos, federal ou estaduais, de reconstituição dos bens lesados, conforme previsto pela Lei Federal nº 7.347/1985 (MIRRA, 2019), corroborada pela Lei Estadual nº 10.330/1994, que dispõe sobre a organização do Sistema Estadual de Proteção Ambiental – SISEPRA, criando o Fundo Estadual do Meio Ambiente - FEMA, e o próprio Código Estadual do Meio Ambiente, os quais determinam que os valores frutos da arrecadação de multas aplicadas pela FEPAM devem ser depositados no FEMA.

O FEMA é vinculado à Secretaria de Estado responsável pelo meio ambiente, e destina-se a concentrar recursos para sua proteção e conservação. O art. 23, II, da Lei Estadual nº 10.330/1994 afirma que o produto das sanções administrativas e judiciais por infrações às normas ambientais é uma das fontes de recursos do Fundo,

⁶ Nesse sentido: Apelação Cível, Nº 70075258681, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 18-10-2018; Apelação Cível, Nº 70083349456, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 07-05-2020

⁷ Nesse sentido são os Recursos Extraordinários nº 65.806, 70.089, 75.064, 75.062 e 75.224.

tais valores são destinados aos órgãos estaduais executivos incumbidos da realização das atividades de conservação, recuperação, proteção, melhoria, pesquisa, controle e fiscalização ambientais, inclusive da articulação intersetorial.

Quando do não pagamento espontâneo da penalidade no prazo legal, o Código Estadual do Meio Ambiente determina a inscrição do débito na dívida ativa do Estado, para posterior cobrança judicial, em conformidade com a Lei Federal nº 4.320/1964. Salienta-se aqui que a inscrição em dívida ativa é possível apenas após a conclusão do processo administrativo (STJ, 2012), assegurando-se o devido processo legal administrativo, com a possibilidade de apresentação de defesa e a utilização de todos os recursos cabíveis (SANTANA, 2012).

Considerando ser uma pessoa jurídica de direito privado, a FEPAM não detém competência para a inscrição em dívida ativa não tributária de créditos advindos de multas, nem pode ajuizar a execução fiscal para a cobrança judicial, porquanto o art. 1º da Lei Federal nº 6.830/1980 é claro ao permitir que apenas as pessoas jurídicas de direito público podem se valer desse procedimento especial.

Conforme analisado nos tópicos anteriores, os valores cobrados pela FEPAM à título de multas ambientais são destinados ao Fundo Estado do Meio Ambiente – FEMA, vinculado ao Estado do Rio Grande do Sul, assim, constata-se que, caso a FEPAM autue o próprio Estado com a eventual imposição de multa, os valores arrecadados verteriam do cofre do próprio ente público para um Fundo que é a ele vinculado.

Nesse caso resta configurado o instituto civil da confusão, previsto no art. 381 do Código Civil/2002, quando ocorre a extinção da obrigação em virtude da mesma pessoa configurar-se credora e devedora.

Exemplificativamente, menciona-se o caso de pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública na sua atuação em face da pessoa jurídica à qual pertence. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 421 dispondo que “os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”. Tal entendimento foi fixado no seguinte sentido:

Não é cabível a condenação da Fazenda Pública estadual ao pagamento de honorários advocatícios na hipótese de processo judicial em que a Defensoria Pública estadual atua contra autarquia previdenciária estadual, por importar em transferência de receitas entre entidades custeadas pela mesma Fazenda Pública, não se vislumbrando qualquer proveito real no repasse entre entidades vinculadas, devendo-se fazer uma interpretação extensiva da Súmula 421 do STJ para incluir também a administração indireta que detém personalidade jurídica de direito público. (REsp 1199715/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/02/2011, DJe 12/04/2011)

Em seu voto na análise do Recurso Especial nº 1.199.715/RJ, o Exmo. Min. Arnaldo Esteves Lima sugeriu a revisão do enunciado da referida súmula, a fim de afastar possíveis equívocos interpretativos, sugerindo a seguinte redação: “os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público integrante da mesma Fazenda Pública à qual pertença”.

Por sua vez, no Recurso Especial nº 1.028.463/RJ a Corte entendeu que a Defensoria Pública do Estado não pode receber honorários que decorrem de condenação da Fazenda em causa patrocinada por Defensor Público, por configurar-se, na hipótese, confusão entre credor e devedor, visto a idêntica origem de recursos: a Fazenda Pública Estadual.

Sobre o instituto da confusão, Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 321) afirma que “na obrigação, é essencial a existência de dois polos, um credor do lado ativo e um devedor do lado passivo” de maneira que “ninguém pode ser credor ou devedor de si mesmo”, assim, quando “as características de credor e devedor se fundem, se confundem na mesma pessoa, há impossibilidade lógica de sobrevivência da obrigação”. Na lição de Lacerda de Almeida (1916, p. 331), “o concurso no mesmo sujeito das qualidades opostas de credor a devedor, que se chama em direito confusão, paralisa comumente o direito pela impossibilidade em que fica o sujeito de exercê-lo”⁸.

⁸ Nesse sentido: 1. Segundo noção clássica do direito das obrigações, ocorre confusão quando uma mesma pessoa reúne as qualidades de credor e devedor. 2. Em tal hipótese, por incompatibilidade lógica e expressa previsão legal extingue-se a obrigação. (REsp 1.108.013/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 22.6.2009)

Como a principal função da confusão é evitar a existência de relação obrigacional inútil, há casos em que são flexibilizados os requisitos previstos no art. 381 do Código Civil/2002, quando, em que pese inexistente a reunião das qualidades de devedor e credor no mesmo sujeito, ambas as posições correspondem ao mesmo interesse, de maneira que o instituto da confusão ainda persiste, pois não há utilidade na preservação da relação obrigacional apesar da distinção entre as pessoas envolvida (SCHREIBER, 2013).

No direito administrativo, assume notável importância o princípio da eficiência administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal/1988, o qual exige o exame da relação custo-benefício, com a utilização mais adequada dos recursos públicos. Como bem observa Diego Franco Jurubebaii (2012), a imposição de multas contra entidades públicas gera como efeito imediato o desfalque do orçamento destinado a concretizar adequadamente a missão institucional atribuída ao sujeito infrator, tendo em vista que a dívida e cobrança entre duas entidades integrantes da mesma Fazenda Pública implica em numerosos custos e esforços de entidades públicas, tais como a Procuradoria-Geral do Estado e o próprio Poder Judiciário, movimentando toda a máquina pública sem qualquer resultado concreto.

Conclui-se, portanto, que a pretensão de condenação de um órgão integrante da Fazenda Pública Estadual em valores a serem pagos a órgão da mesma pessoa jurídica de direito público constitui medida desnecessária, assim, uma solução recomendável se traduz em um ajuste de contas interno no próprio ente público, na busca de maior efetividade e menor custo, atendendo ao princípio da eficiência administrativa e a exigência do interesse de agir como condição do exercício do direito de ação.

Em casos concretos envolvendo a imposição de penalidades pela FEPAM em face do Estado, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul entendeu pela extinção do crédito em virtude da confusão, sugerindo o envio da controvérsia à Câmara de Conciliação para eventual composição (Parecer nº 17.224/2018/PGERS).

Nesse sentido, embora a FEPAM possa exercer seu poder de fiscalização ambiental e lavrar o respectivo termo de infração, com a autuação de pessoa jurídica de Direito Público, caso o infrator seja o Estado do Rio Grande do Sul verifica-se a

impossibilidade de sua inscrição em dívida ativa não tributária, eis que verificada a confusão entre o sujeito ativo e passivo da exação, configurando-se a extinção do crédito, nos termos da legislação civil.

5 CONCLUSÃO

A atuação da Administração Pública é pautada por princípios, previstos tanto expressamente na Constituição Federal/1988 quanto na legislação esparsa, sendo de observância obrigatória e aplicação imediata. Esse primado é ainda mais importante na medida em que se observa a constitucionalização do direito administrativo, quando a Constituição passa a figurar no centro do sistema jurídico, irradiando sua força normativa dotada de supremacia formal e material, funcionando não só como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas como vetor de interpretação de todas as normas do sistema (BARROSO, 2006).

Nesse diapasão, destaca-se o princípio da eficiência, o qual exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição, rendimento, qualidade e economicidade, visando à obtenção dos melhores resultados vislumbrando a relação custo-benefício, a indicação das mais adequadas soluções na busca da satisfação do interesse público (SCATOLINO; TRINDADE, 2022).

Destarte, a movimentação da máquina pública para a imposição de penalidades a entidades ou órgãos, cujos recursos vertem da mesma Fazenda Pública, com a eventual cobrança judicial e posterior reconhecimento de extinção do crédito, não parece cumprir com o postulado da eficiência administrativa e a correta destinação de recursos públicos.

Não obstante, considerando a centralidade da dignidade da pessoa humana e da preservação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, necessário ter em mente o direito fundamental ao meio ambiente, o seu caráter coletivo e intergeracional, com a conseqüente necessidade de reparação dos danos causados, não sendo razoável que o causador do dano, particular ou ente público, seja irresponsabilizado e quede-se inerte, resultando na perpetração do dano e coletivização das perdas.

Conforme entendimento exarado pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (Parecer nº 17.224/2018/PGERS), “o controle ou tutela que é cometido ao Estado impõe que, em tais situações, se corrija a ilegalidade verificada, devendo-se, para tanto, prestigiar formas alternativas de solução de conflito”, visando um entendimento conciliatório entre o órgão ambiental e o agente poluidor.

Uma possível solução para casos como o do presente estudo é a busca pela conciliação, com uma eventual compensação pelos danos causados, visando prestigiar o interesse público e evitar que eventuais sanções, que acabam por desfalcar o orçamento público, acarretem mais prejuízos do que benefícios para a sociedade, sem perder de vista a necessidade de preservação e recuperação ambiental.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lacerda de. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito Administrativo (O trunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1–42, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 9, p. 5-52, 1998.

BIM, Eduardo Fortunato. O mito da responsabilidade objetiva no direito ambiental sancionador: imprescindibilidade da culpa nas infrações ambientais. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, v. 57, ano 15, p. 33-70, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.

Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.873, de 23 de novembro de 1999**. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1318051/RJ**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data de julgamento: 08/05/2019, Data de Publicação: DJe 12/06/2019. Disponível em:
<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28ERESP.clas.+e+%40num%3D%221318051%22%29+ou+%28ERESP+adj+%221318051%22%29.suce..>
Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 170309/RJ**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 04/10/2012, Data de Publicação: 10/10/2012. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25074355&num_registro=201200843020&data=20121010&tipo=5&form_ato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1001780/PR**. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Data de Julgamento: 27/09/2011, Data de Publicação: 04/10/2011. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17987839&num_registro=200702476534&data=20111004&tipo=5&form_ato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 13188/ES**. Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 14/06/2016, Data de Julgamento: DJe 24/06/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61567697&num_registro=201101226364&data=20160624&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial 1057292/PR**. Relator: Ministro Francisco Falcão, Data de Julgamento: 17/06/2008, Data de Publicação: DJe 18/08/2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4012276&num_registro=200801031222&data=20080818&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial 429868/SC**. Relator: Ministra Denise Arruda, Data de Julgamento: 09/03/2006, Data de Publicação: DJe 03/04/2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2167749&num_registro=200200461194&data=20060403&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Recurso Especial 1114398/PR**. Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 08/02/2012, Data de Publicação: DJe 16/02/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221114398%22%29+ou+%28RESP+adj+%221114398%22%29.suce>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1565823/AL**. Relator: Ministra Assusete Magalhães, Data de Julgamento: 10/10/2017, Data de Publicação: 23/10/2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1646298&num_registro=201502833960&data=20171023&peticao_numero=201700278646&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 548908/DF**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 05/05/2015, Data de Julgamento: DJe 30/06/2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46641699&num_registro=201401739321&data=20150630&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 1071741/SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 24/03/2009, Data de Publicação: DJe 16/12/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&>

sequencial=4715617&num_registro=200801460435&data=20101216&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 1640243/SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 07/03/2017, Data de Publicação: DJe 27/04/2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69388186&num_registro=201603089167&data=20170427&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 769753/SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 08/09/2009, Data de Publicação: DJe 10/06/2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1112299>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 650728/SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 23/10/2007, Data de Publicação: DJe 02/12/2009. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27650728%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27650728%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27650728%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27650728%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1175907/MG**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 19/08/2014, Data de Publicação: DJe 25/09/2014. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271175907%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271175907%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271175907%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271175907%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1418795/SC**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relatora p/ Acórdão: Ministra Regina Helena Costa, Data de julgamento: 18/06/2014, Data de Publicação: DJe 07/08/2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36479222&num_registro=201303831569&data=20140807&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1028463/RJ**. Relator: Ministra Jane Silva, Des. Conv. Do TJMG, Data de Julgamento: 25/09/2008, Data de Publicação: DJe 13/10/2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4271387&num_registro=200800186940&data=20081013&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1109333/SC**. Relator: Ministro Francisco Falcão, Data de Julgamento: 14/04/2009, Data de Publicação:

DJe 23/04/2009. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4890281&num_registro=200802789402&data=20090423&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1199715/RJ**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, CE - Corte Especial, Data de Julgamento:

16/02/2011, Data de Publicação: DJe 12/04/2011. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14101769&num_registro=201001218650&data=20110412&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 22164/SP**. Relator: Ministro Celso De Mello, Data de julgamento: 30/10/1995, Data

de Publicação: DJe 17/11/1995. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1606388>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3378/DF**. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito, Data de Julgamento: 16/02/2011, Data

de Publicação: DJe 20/06/2008. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534983>. Acesso em: 25 jul. 2022.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Sanção de multa por infração ambiental em desfavor de entidades do mesmo ente federado. Jus, 10 dez, 2012. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/23201/sancao-de-multa-por-infracao-ambiental-em-desfavor-de-entidades-do-mesmo-ente-federado>. Acesso em: 15 jul. 2022.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOBO, Carlos Diego de Souza. O dano ambiental e a obrigação *propter rem*: uma nova interpretação da súmula 623 do STJ. **Migalhas**, 04 out. 2021. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/352637/o-dano-ambiental-e-a-obrigacao-propter-rem>. Acesso em: 15 jul. 2022.

MACHADO, Paulo Affonso. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Edis. **Direito do meio ambiente**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Reparação do dano ao meio ambiente**. 2 ed. São Paulo: J. Oliveira, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, nº 48, p. 47-71, 2019.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO (Rio Grande do Sul). **Parecer nº 16.414, de 14 de novembro de 2014**. Fundação Estadual De Proteção Ambiental - Fepam. Aplicação de multas. Competência. Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul: 20 abr. 2015. Disponível em: <http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16414.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO (Rio Grande do Sul). **Parecer nº 17.224, de 29 de janeiro de 2018**. Infração à legislação ambiental. Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul: 21 set. 2018. Disponível em: <http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa17224.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual nº 10.330, de 27 de dezembro de 1994**. Dispõe sobre a organização do Sistema Estadual de Proteção Ambiental, a elaboração, implementação e controle da política ambiental do Estado e dá outras providências. Porto Alegre, RS: Assembleia Legislativa, 1994. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/replegis/arquivos/10.330.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual nº 11.520, de 3 de agosto de 2000**. Institui o Código Estadual do Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Porto Alegre, RS: Assembleia Legislativa, 2000. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/replegis/arquivos/11.520.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual nº 9.077, de 4 de junho de 1990**. Institui a Fundação Estadual de Proteção Ambiental e dá outras providências. Porto Alegre, RS: Assembleia Legislativa, 1990. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2009.077.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível: 70075258681**. Relator: Miguel Ângelo da Silva. Data de julgamento: 18/10/2018. Vigésima Segunda Câmara Cível. Data de Publicação: DJe 26/10/2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível: 70083349456**. Relator: Marilene Bonzanini. Data de julgamento: 07/05/2020. Vigésima Segunda Câmara Cível. Data de Publicação: DJe 15/09/2020.

SANTANA, Rafael Gomes. Princípios do Direito Administrativo e a constituição de créditos não tributários pela Administração Pública. Jus, 11 nov. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22989/principios-do-direito-administrativo-e-a-constituicao-de-creditos-nao-tributarios-pela-administracao-publica>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **A função da confusão obrigacional e sua aplicação à Fazenda Pública estadual**. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, ed. 67, p. 31-39, 2013.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual didático de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STEIGLEDER, Anelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano no Direito Brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

**PRISÃO PROVISÓRIA E CRIMES PATRIMONIAIS: A SELETIVIDADE DO
SISTEMA DE JUSTIÇA APLICADA À MEDIDA CAUTELAR DO
ENCARCERAMENTO**

*PROVISIONAL PRISON AND PROPERTY CRIMES: THE SELECTIVITY OF
THE JUSTICE SYSTEM APPLIED TO THE PRECAUTIONARY MEASURE OF
INCARCERATION*

*PRISIÓN PROVISIONAL Y DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD: LA
SELECTIVIDAD DEL SISTEMA DE JUSTICIA APLICADA A LA MEDIDA
CAUTELAR DE CÁRCEL*

Ana Carolina Mezzalira¹

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar qual é o efetivo papel da prisão provisória para a persecução penal e para o próprio Estado Democrático de Direito, já que os dados referentes aos indivíduos que estão sendo presos provisoriamente no país evidenciam que, por detrás de um discurso legalista e de garantia de direitos, existe uma verdadeira seleção daqueles que devem estar encarcerados mesmo sem condenação definitiva. Nesse sentido, busca-se analisar os números fornecidos pelas instituições de controle e fiscalização sobre o tema, verificar quais teorias criminológicas estão por detrás desses dados, bem como compreender de que forma é possível superar o uso inadequado da prisão cautelar como fonte de seletividade social no Sistema de Justiça brasileiro,

¹ Advogada da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul. Docente na Escola do Serviço Penitenciário do estado. Docente na Faculdade CNEC - polo Gravataí. Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: ana.mezzalira@yahoo.com.br

compreendendo o verdadeiro sentido de cautelaridade para o processo penal. Considerando que a maioria dos presos provisórios do país são pretos, pardos, pobres, de baixa escolaridade e capturados pela prática de crimes patrimoniais, torna-se fundamental reconhecer que o encarceramento provisório não possui somente um viés processual, mas também político, econômico e social.

Palavras-chave: Prisão Provisória; Crimes Patrimoniais; Seletividade; Criminologia; Cautelaridade.

ABSTRACT

The present work intends to analyze what is the effective role of the provisional prison for criminal prosecution and for the Democratic State of Law itself, since the data referring to individuals who are being provisionally arrested in the country show that, behind a legalistic and guaranteeing rights, there is a real selection of those who should be incarcerated even without definitive conviction. In this sense, we seek to analyze the numbers provided by control and inspection institutions on the subject, verify which criminological theories are behind these data, as well as understand how it is possible to overcome the inappropriate use of precautionary prison as a source of social selectivity. in the Brazilian Justice System, understanding the true sense of precaution for the criminal process. Considering that the majority of pre-trial detainees in the country are black, brown, poor, with low education and captured for the practice of property crimes, it is essential to recognize that provisional incarceration has not only a procedural bias, but also a political, economic and social bias.

Keywords: Provisional Prison; Property Crimes; Selectivity; Criminology; Caution.

RESUMEN

El presente trabajo se propone analizar cuál es el papel efectivo de la prisión provisional para la persecución penal y para el propio Estado Democrático de Derecho, ya que los datos referentes a las personas que se encuentran en prisión provisional en el país muestran que, detrás de un marco legalista y garantista de derechos, hay una selección real de los que deben ser encarcelados aun sin condena definitiva. En ese sentido, buscamos analizar los números que brindan las instituciones de control y fiscalización sobre el tema, verificar qué teorías criminológicas están detrás de estos datos, así como comprender cómo es posible superar el uso inapropiado de la prisión preventiva como fuente de protección social. selectividad en el Sistema de Justicia brasileño, comprendiendo el verdadero sentido de la precaución para el proceso penal. Considerando que la mayoría de los detenidos preventivos en el país son negros, morenos, pobres, con baja escolaridad y capturados por la práctica de delitos contra la propiedad, es fundamental reconocer que la prisión provisional tiene no solo un sesgo procesal, sino también político. , sesgo económico y social.

Palabras-clave: Prisión Provisional; Delitos contra la propiedad; Selectividad; Criminología; Precaución.

Data de submissão: 02/08/2022

Data de aceite: 22/08/2022

1 INTRODUÇÃO

Em que pese exista um discurso no Brasil supostamente comprometido em estabelecer limites ao encarceramento cautelar, vislumbrando a medida processual como última opção a ser adotada pelo julgador, o mapa da população prisional gaúcha apresentado nos últimos anos demonstra que, em média, 40% dos indivíduos que compõem o regime fechado dos estabelecimentos prisionais

do Rio Grande do Sul ainda não possuem condenação transitada em julgado, estando recolhidos provisoriamente.

Esses dados evidenciam que a prisão provisória no Brasil, apesar de medida meramente cautelar, recebe um status de protagonista no processo penal, tendo em vista as dificuldades encontradas pelo Sistema de Justiça em alcançar um definitivo julgamento de mérito, e os desafios da Segurança Pública em cumprir com o seu efetivo papel. Nesse contexto, a ideia equivocada de que o processo é instrumento de pacificação social e de contenção da criminalidade dá vazão à ampla escolha pela prisão antecipada, como uma arma de função punitiva.

E essa estrutura engessada e deliberadamente arquitetada para encarcerar o acusado repercute no sistema penitenciário nacional, gerando um aumento exponencial do número de presos provisórios, sendo que, em breve, se alcançará o trágico número de um milhão de encarcerados, tornando o Brasil um dos países que mais prende no mundo.

Assim, deve-se primordialmente reconhecer que o campo de estudo envolvendo a prisão cautelar envolve amplos aspectos e dominação, “característicos de um tipo particular de poder”, que precisa urgentemente ser desvelado, pois escondido por detrás de um discurso teórico repleto de “prolixidade e zelo” (FOUCAULT, 2019, p. 226).

Sob essa estrutura, sabe-se que o encarceramento provisório vem sendo vislumbrado ao longo de toda a história processual brasileira a partir de um discurso ideológico fortemente vinculado ao autoritarismo, à presunção de culpabilidade e à salvaguarda do controle social. Tais raízes históricas repercutiram fortemente na edição do Código de Processo Penal de 1941, diploma legal que conferiu os contornos do processo penal brasileiro.

Nesse contexto, torna-se necessário compreender, afinal, qual é o papel da prisão cautelar dentro da persecução penal e do próprio Estado Democrático de Direito; quando da análise dos dados indicadores acerca das pessoas que estão sendo presas provisoriamente no país, resta claro que, por detrás de um discurso legalista e de garantia de direitos, existe uma verdadeira seleção

daqueles que devem estar encarcerados mesmo sem condenação definitiva, demonstrando-se a existência de um grupo de verdadeiros indesejados do lado de lá das grades.

Para tanto, importante verificar os dados fornecidos pelas instituições de controle e fiscalização a fim de desvelar, afinal quem são os indivíduos presos antecipadamente no Brasil, a partir de estudos científicos sérios já realizados. Outro ponto relevante é compreender quais teorias criminológicas estão por detrás desses números, com o intuito de perceber que não há coincidências ou acasos, mas escolhas conscientes das políticas legislativas e judiciais.

Por fim, torna-se fundamental entender de que forma é possível superar o uso inadequado da prisão cautelar como fonte de seletividade social no Sistema de Justiça brasileiro, entendendo o verdadeiro sentido de cautelaridade para o processo penal.

2 REFLEXÕES INICIAIS, PORQUE OS DADOS NÃO MENTEM

Os registros fornecidos pelas instituições de controle e fiscalização do Sistema de Justiça Penal revelam que, além dos altos índices de presos provisórios no sistema prisional brasileiro, existe um tipo penal em que o encarceramento antecipado se vislumbra com mais frequência, sendo em menor número as decisões que concedem a liberdade provisória ou aplicam medidas alternativas pelos juízes.

Segundo o último Relatório fornecido pelo Conselho Nacional de Justiça, de agosto de 2018, o tipo penal mais recorrente imputado às pessoas privadas de liberdade é o roubo, simples e nas suas formas agravadas (não se somando neste percentual o latrocínio), representando um percentual de 27,58% do total de encarceramentos, à frente, inclusive, do crime de homicídio, o qual correspondia a apenas 11,27% do número de pessoas presas nesse período. Ainda, o crime de furto ocupava o quarto lugar (8,63%) na lista de crimes mais recorrentes (BRASIL, 2020).

Em pesquisa realizada entre novembro de 2016 e fevereiro de 2017 sobre a repercussão das audiências de custódia nas cidades de São Paulo, Porto

Alegre, Brasília, Florianópolis, João Pessoa e Palmas, também foi possível constatar que o roubo foi o delito que havia motivado o maior número de prisões em flagrante (22,1%), sendo que o furto ocupava o terceiro lugar (14%) e a receptação a quarta posição (11%), somando 47,2% de todos os casos identificados nas audiências de custódia observadas pela pesquisa (AZEVEDO; SINHORETO, 2018, p. 08).

Ainda segundo os dados coletados, “o latrocínio (delito de baixa incidência na amostra, mas que também envolve questões patrimoniais) teve 100% dos flagrantes convertidos em prisão preventiva” e “o delito de roubo, cuja participação na amostra é predominante, teve 86,8% de conversões em preventiva” (AZEVEDO; SINHORETO, 2018, p. 08), evidenciando que a espécie de crime está bastante relacionada com a decisão judicial que define a necessidade ou não de manter o acusado preso provisoriamente.

E a constatação da forte relação entre prisão cautelar e crimes patrimoniais não é recente, tendo sido verificada também por Vasconcellos em 2007. Segundo a autora, em pesquisa realizada naquele ano sobre a incidência da prisão provisória em casos de furto em cinco regiões brasileiras (Recife, Belém, São Paulo, Distrito Federal e Porto Alegre), em que pese a capital gaúcha tenha apresentado índices de encarceramento antecipado menores do que em outras localidades, concluiu-se que “o princípio de excepcionalidade, no que tange às prisões provisórias decorrentes de furto, não é respeitado” (VASCONCELLOS, 2008, p. 125).

Esses dados refletem o que Azevedo e Sinhoretto chamam de “protagonismo da Polícia Militar no campo estatal de administração de conflitos criminais, assim como a centralidade da prisão provisória no controle social contemporâneo” (AZEVEDO; SINHORETO, 2018, p. 15), apresentando um modelo de Segurança Pública pautado no policiamento ostensivo, que justifica o alto número de prisões preventivas advindo desta lógica, a partir das inúmeras prisões em flagrante autuadas.

Assim, não há dúvidas de que a forma como o Sistema de Segurança Pública vem sendo pautado reflete no perfil da “clientela”² do sistema carcerário, majoritariamente formada por indivíduos que estão excluídos da adequada circulação de riqueza do país, alvos fáceis da política de ordem pública das polícias militares.

Segundo Rolim (2020, s.p.), “as polícias modernas nasceram como ‘polícias da ordem’, espelhadas no Exército e destinadas a combater ‘os inimigos’ do Estado”. Com o tempo, incorporaram novas atribuições, entre elas a investigação criminal. Por fim, foram definidas pela experiência democrática como “polícias urbanas” com a função de proteger as pessoas e garantir direitos. Porém, segundo o sociólogo, no Brasil, “ao contrário das democracias avançadas, não houve a transição das polícias da ordem para as polícias urbanas”.

A partir dessa lógica, importa refletir, portanto, sobre os ombros de quem recaem as decisões judiciais que decretam as prisões provisórias no Brasil, pois, conforme análise dos dados coletados, existe uma seletividade bastante importante envolvendo o tipo de delito praticado e o encarceramento antecipado dos seus acusados.

Na pesquisa realizada por Vasconcellos, em 2007, concluiu-se pela existência de uma grande vulnerabilidade social dos réus acusados da prática de crimes patrimoniais, os quais possuíam “pequenas possibilidades de defesa frente ao sistema punitivo” tendo em vista a baixa escolaridade, ausência de emprego formal e a falta de condições financeiras para contratação de advogados particulares para a realização da defesa nos seus processos criminais.

Assim, mais uma vez o sistema de justiça penal revela um tratamento diferente aos acusados pela prática de determinados crimes, a depender da sua

² Nesse sentido, os dados apontam para encarcerados jovens (30,52% na faixa entre 18 e 24 anos), pretos e pardos (54,94% se somados) e com baixa escolaridade (52,27% com ensino fundamental completo, 24,04% com ensino fundamental incompleto (BRASIL, 2020, s.p.).

cor, gênero, idade e classe social, não podendo ser ignorado o fato de que a história brasileira, marcada por privilégios e discriminações, reflete-se até hoje no sistema punitivo.

É por isso que Davis (2018, p. 25) sugere que se faça uma importante reflexão sobre qual é, hoje, o papel das prisões no sistema de justiça criminal, pois, segundo a autora, é possível que as mesmas simplesmente tenham substituído aquele ocupado pela escravidão, levando esse grupo racial a uma “servidão involuntária legalizada”. A ativista também compreende que a prisão seria uma das formas ocultas de manutenção do racismo institucional, embora “raramente são reconhecidas como racistas”.

Diante dessa realidade, percebe-se a necessidade de aprofundamento dos estudos envolvendo o instituto da prisão cautelar no contexto dos crimes patrimoniais, na medida em que se constata uma estreita relação entre estas espécies de delitos e a decretação da prisão provisória, sendo imperioso um olhar atento sobre esse fenômeno, que sofre influências ideológicas, históricas e criminológicas, deixando clara a seletividade do sistema punitivo brasileiro.

Outro ponto que chama a atenção é a reflexão de Baratta (2011, p. 176) sobre a dificuldade que muitas vezes o próprio juiz de Direito enfrenta em compreender o universo do qual advém aquele acusado por crime patrimonial, seu contexto social, sua realidade de vida, já que tão diversa da maioria dos integrantes do Poder Judiciário.

Sob esta perspectiva, torna-se maior a chance de aplicação das “teorias de todos os dias” (BARATTA, 2011, p. 177) onde o juiz julga de acordo com uma realidade construída pela sua visão de mundo, bastante diversa daquela vivenciada pelo réu. Porém, ao contrário, saindo do contexto dos acusados miseráveis, seria mais fácil observar algum tipo de empatia do julgador por indivíduos que mais se aproximam da sua realidade histórico-social, ainda que essa atitude possa ocorrer de uma forma inconsciente

3 A CRIMINOLOGIA COMO FONTE DE REFLEXÃO SOBRE O FENÔMENO DA SELETIVIDADE NA PRISÃO CAUTELAR

Das observações envolvendo a escolha dos crimes patrimoniais como ponto focal das polícias ostensivas e judiciárias, e do quanto aquilo que não está escrito (mas está por detrás) influencia no alto índice de prisões provisórias entre a população mais pobre, percebe-se que a teoria criminológica do labeling approach possui estreita relação com a discussão, precisando ser revisitada para melhor compreensão desse fenômeno.

A teoria do etiquetamento social (ou da criminologia liberal ou do rotulacionismo) não tratou de estudar apenas os efeitos estigmatizadores gerados pela aplicação da pena por parte das instâncias oficiais (“que efeito decorre da definição de desviante sobre o indivíduo”), mas também tratou de compreender de forma mais aprofundada “quem é definido como desviante?”.³

Baratta alerta que a teoria voltada à sociologia criminal concluiu não ser possível entender a criminalidade sem estudar “a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela”, tratando de analisar, especialmente, as “normas abstratas” que atuam nesse processo, as chamadas “second code”, responsáveis por definir quem seriam os criminosos a serem capturados e responsabilizados, atribuindo-lhes “etiquetas de criminalidade, ao lado do código oficial” (BARATTA, 2011, p. 88)

O que se constata, portanto, é que existe um contexto de “seletividade dos fenômenos” (BARATTA, 2011, p. 178) o qual influencia diretamente no Sistema de justiça, havendo uma escolha daquilo que interessa ser investigado, punido, cerceado por parte daqueles que detêm o poder, refletindo posteriormente nos dados apresentados pelo sistema prisional. Assim, o que

³ Ainda segundo o autor, a pesquisa dos teóricos do *labeling approach* ocorreu em duas direções: “uma direção conduziu ao estudo da formação da “identidade” desviante, e do que se define como “desvio secundário”, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de “criminoso” (ou também de “doente mental”) sobre a pessoa em quem se aplica a etiqueta” (BARATTA, 2011, p. 88).

realmente está em jogo aqui é compreender quem tem o poder de definir o que e quem deve ser punido.

A corroborar esse entendimento, Zaffaroni (1991, p. 12) alerta que os problemas enfrentados pelo sistema criminal, especialmente o da seletividade, não são meras características conjunturais, mas estruturais, presentes na realidade operacional de todos os sistemas há muito tempo, não podendo sequer serem tratados como fatores de “crise”, pois já são partes integrantes desta realidade.

De tudo isso, torna-se imperioso observar que a seletividade se apresenta no âmbito do encarceramento antecipado especialmente em razão da ausência do uso adequado dos critérios de cautelaridade mencionados pela doutrina, permitindo, assim, que outros interesses diversos daqueles relacionados à salvaguarda do processo venham à tona, contaminados por preconceitos e autoritarismos.

4 MAS, AFINAL, QUAL É (OU DEVERIA SER) O EFETIVO PAPEL DA PRISÃO CAUTELAR NO PROCESSO PENAL?

Embora muito já se tenha dito sobre o alto índice de prisões provisórias no Brasil e o seu encarceramento seletivo, pouco se fala sobre a natureza jurídica dessa medida processual penal, sendo, talvez, uma grave lacuna nos estudos acadêmicos, que precisa ser enfrentada, no intuito da efetiva superação de pontos espinhosos nesse campo de reflexão crítica.

Para Gloeckner (2015, p. 264), a falta de conhecimento sobre o tema causa três problemas primordiais: o uso inadequado de categorias cautelares do processo civil no processo penal, a confusão entre a decisão da prisão cautelar e a decisão final de mérito do processo e, por último, o uso de medidas processuais que possuiriam apenas uma aparência cautelar, “sem se preocupar realmente com a necessária adequação □ sobretudo constitucional”.

No tocante ao primeiro problema, Lopes Jr. (2019, p. 63) há tempos vem alertando que o processo penal permanece como uma “irmã preterida”, contentando-se com as sobras que lhe foram relegadas pelo processo civil.

Nesse sentido, em consonância com a falsa noção de uma única teoria geral do processo, a ideia de um poder geral de cautela do juiz no processo penal, por exemplo, ignora o fato de que, em âmbito criminal, “forma é garantia” (LOPES JR, 2019, p. 73) em respeito ao princípio da legalidade, não sendo possível criar restrições ao indivíduo não previstas em lei.

Já quanto ao uso inadequado da prisão cautelar ao longo do processo, especificamente o instituto da prisão preventiva, destaca-se, de antemão, não ser possível reconhecê-lo como medida acautelatória do processo em todas as hipóteses nas quais sua decretação é formalmente autorizada pelo Código de Processo Penal.

Partindo do pressuposto de que se está tratando de um procedimento específico do processo penal, em que pese não seja possível diferenciá-lo pela sua forma em relação a outras providências (pois não existe uma forma específica que exteriorize a medida cautelar, diferentemente dos demais procedimentos), Calamandrei sugere que se faça uma diferença substancial, ou seja, que se analise o seu conteúdo (CALAMANDREI, 2000, p. 16).

Essa diferenciação é relevante na medida em que somente se mostra possível pensar em uma racionalidade no uso da prisão cautelar preventiva pelo Sistema Judicial brasileiro se houver uma efetiva compreensão acerca da sua função dentro do processo, possibilitando que se afaste o uso do instituto para outros fins e, assim, alterando consideravelmente o número de presos provisórios no sistema carcerário do país.

Para tanto, um primeiro critério relevante para distinguir a medida cautelar processual penal de qualquer outra medida é a sua provisoriedade, ou seja, o tempo limitado dos seus efeitos. Todavia, esse critério não deve ser apenas definido pela questão temporal, pois não se trata somente de pensar na sua duração, mas compreender que este período se estabelece “até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece ínterim” (CALAMANDREI, 2000, p. 26).

Embora se possa pensar em outros procedimentos que também possuem certa provisoriedade, aquele ao qual se refere à medida cautelar é bastante

específico, persistindo apenas enquanto houver um risco, um perigo de dano jurídico que poderia advir do atraso do procedimento definitivo (chamado por Calamandrei de *periculum in mora*). Além disso, não basta a existência de um perigo de dano, mas também a urgência, observada nas hipóteses em que, se não decretada, pode-se anular ou prejudicar de vez a eficácia do procedimento definitivo (CALAMANDREI, 2000, p. 35).

Outro critério definido por Calamandrei (2000, p. 41) como sendo típico dos procedimentos cautelares é o da instrumentalidade, já que a medida não pode ser um fim em si mesma, mas responsável pela adequada prolação da decisão final, estando “a serviço de um procedimento definitivo” que levará ao alcance da adequada prestação jurisdicional, tendo, portanto, uma instrumentalidade qualificada □ “instrumento do instrumento”.

Contudo, torna-se fundamental compreender de qual instrumentalidade se está tratando no processo penal no Estado Democrático, já que Calamandrei limitou-se a asseverar que o procedimento cautelar deveria ser instrumento para o melhor funcionamento da justiça, evitando que “se reduza a ser uma atrasada e inútil expressão verbal, uma vã ostentação [...] a chegar sempre muito tarde” (CALAMANDREI, 2000, p. 209).

E a relevância dessa definição surge na medida em que a prisão preventiva sofreu fortes mutações ao longo da história da humanidade, passando de instrumento exclusivamente processual “destinado à estrita necessidade instrutória, para instrumento de prevenção e de defesa social”, ocorrendo, assim a “transformação da custódia preventiva de medida processual em medida de polícia” (FERRAJOLI, 2006, p. 444).

Para Lopes Jr., (2019, p. 24) a medida cautelar pessoal deve se aderir à instrumentalidade constitucional, ou seja, o processo penal somente existe e ainda se mostra necessário no Estado Democrático de Direito para efetivação das garantias constitucionais elencadas no texto constitucional de 1988.

Dessa forma, sendo o Estado detentor do *jus puniendi*, não seria necessário que o acusado respondesse a um processo criminal antes da aplicação da pena, se não houvesse um justo motivo para isso. E a razão disso,

ao que tudo indica, é a preservação dos seus direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Assim, é possível afirmar que se o processo penal existe para garantir uma adequada defesa do acusado em face do Estado, estando aquele numa posição de hipossuficiência, não é possível admitir que a prisão cautelar fuja do seu viés constitucional, sendo instrumento de efetividade das garantias estabelecidas pela norma hierarquicamente superior à legislação ordinária.

É por isso que a principal garantia constitucional que exige a via processual é o princípio da presunção de inocência, garantia esta que, em verdade, somente se aplica à hipótese das medidas cautelares, já que após a condenação ou absolvição definitiva ela desaparece.

Sendo assim, as medidas cautelares pessoais não podem ser utilizadas como forma de acelerar a punição de alguns indivíduos, tampouco serem usadas como medida de seletividade social, existindo uma deturpação dos requisitos que efetivamente serviriam para justificar a providência cautelar, pois, se não forem adequadamente pontuados, podem servir para qualquer motivação judicial. Este é o caso do famigerado requisito da “garantia de ordem pública e econômica”, o qual se presta “a qualquer senhor” (LOPES JR, 2018, p. 98)

Além de a sua conceituação ser extremamente imprecisa,⁴ o que permite a motivação de qualquer decisão, quando se tenta esclarecer o fundamento, a principal justificativa é a probabilidade de reiteração delitiva do acusado (DEZEM, 2015, p. 368). Porém, a liberdade do indivíduo não pode ser cerceada a partir de meras prognoses, pautadas em um receio que sequer é capaz de

⁴ Importa mencionar que Paulo Rangel discorda desse entendimento. Para o autor, não se trata de termo vago, sendo que “a vagueza, muitas vezes, está na decisão e não no conceito de ordem pública”. Segundo ele, “por ordem pública devem-se entender a paz e a tranquilidade social, que devem existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do modos vivendi em sociedade. Assim, se o acusado ou indiciado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbações da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais (RANGEL, 2012, p. 783).

afetar o processo penal em si, mas questões atinentes à segurança pública, que nada tem a ver de forma direta com o Estado-Juiz.

Veja-se que o fato de o acusado vir a praticar novo delito enquanto responde o processo penal não é um motivo que gerará qualquer urgência para a persecução penal, tampouco prejudicará o adequado deslinde do feito, o que, por óbvio, retira a cautelaridade desta medida. Como bem assevera Giacomolli (2020, p. 96), embora não se olvide que a segurança pública é um dever constitucional do Estado, “a incolumidade das pessoas e do patrimônio é exercida pelas autoridades policiais e não judiciais”.

Nesse diapasão, não se ignora o fato de que o fundamento é usado de forma ainda mais expressa em prol da contenção da criminalidade e dos interesses de terceiros (mídia, sociedade etc.), quando considerado sinônimo de “clamor público”, para hipóteses de crimes que geram abalo social, “credibilidade da justiça”, como se a prisão provisória pudesse “ser um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor” (LOPES JR, 2019, p. 99)

Verifica-se, portanto, que os mais diversos motivos vêm sendo utilizados para justificar a elevada incidência da prisão cautelar nos processos criminais, gerando inúmeras decisões que estão desprovidas de efetivos requisitos de cautelaridade, servindo para proteger e acautelar, em verdade, outros interesses, permitindo que a seletividade do sistema de justiça também afete o processo penal brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos dados coletados e dos estudos criminológicos realizados, confirmou-se a necessidade de um olhar atento sobre o fenômeno da prisão cautelar sob outros pontos de vista, pois demonstrou-se que sobre tal medida pairam influências ideológicas e históricas importantes, que refletem diretamente na decisão final do juiz.

Ao que tudo indica, o não escrito influencia muito mais no alto índice de prisões provisórias do que ordinariamente se imagina, existindo um contexto

envolvendo o encarceramento antecipado que precisa ser desvelado, tendo em vista o alto grau de prejuízos gerados, tanto ao sistema penal quanto ao indivíduo este último o elo mais frágil.

E é nesta dinâmica que, segundo Rosa (2004, p. 147), os preconceitos, as seletividades, os etiquetamentos e diversas outras questões discutidas pela Criminologia aparecem disfarçadas no ato decisório, a partir do “senso comum every day theories”, gerando efeitos nefastos por quem deveria ser a barreira da violência estatal: o Judiciário”.

É necessário reconhecer que a história de perversidades e injustiças do Sistema de Justiça Penal no Brasil repercute em uma clara seletividade na aplicação da medida cautelar processual, já que a maioria dos presos provisórios do país são pretos, pardos, pobres e de baixa escolaridade, capturados pela prática de crimes patrimoniais, evidenciando que o encarceramento provisório não possui somente um viés processual, mas também político, econômico e social.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; SINHORETTO, Jaqueline. Encarceramento e desencarceramento no Brasil: A Mentalidade Punitiva em Ação. *In*: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 42., 2018, Caxambu, MG. **Anais [...]**. Caxambu: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões**: Cadastro Nacional de Presos. Brasília, DF: CNJ, 2018, p. 48. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões**: Cadastro Nacional de Presos. Brasília, DF: CNJ, 2018, p. 48. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2020

- CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.
- DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.
- DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. Tradução de Hassan Choukr Fauzi e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2019.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais: Nova formatação a partir de 2020**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **RBCCRIM**, São Paulo, v. 117, p. 263-286, nov. /dez. 2015.
- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.
- LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ROLIM, Marcos. **Precisamos falar sobre as polícias**. In: Marcos Rolim, 11 ago. 2020. Disponível em: <https://www.rolim.com.br/precisamos-falar-sobre-as-policias/>. Acesso em: 13 set. 2020.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. 2004. 443f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.
- VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. 2008. 178f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA A PARTIR DA CÂMARA DE AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS DAS FAMÍLIAS (DPE/RS)

ACCESS TO THE JUST LEGAL SYSTEM FROM THE CHAMBER OF SELF-COMPOSITION OF FAMILY CONFLICTS (DPE/RS)

ACCESO A UN ORDENAMIENTO JURÍDICO JUSTO DESDE LA CÁMARA DE AUTOCOMPOSICIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES (DPE/RS)

Dani Rudnicki¹

Ana Beatriz Getelina Sousa²

RESUMO

Este estudo tem como objetivo geral analisar se a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, a partir da Câmara de Autocomposição de Conflitos das Famílias, promove a resolução adequada de conflitos e contribui para a efetivação da ordem jurídica justa. Por conseguinte, questiona-se a contribuição da referida Câmara no tratamento adequado de controvérsias e no fortalecimento de uma concepção ampla de acesso à justiça. Ademais, os objetivos específicos são: a) averiguar o acesso à justiça como direito humano e fundamental; b) investigar a relação entre os meios adequados de resolução de controvérsias e a efetivação do acesso à ordem jurídica justa; e c) perquirir a efetivação do acesso à ordem jurídica justa a partir dos dados extraídos dos relatórios da Câmara de Autocomposição de Conflitos das Famílias no período de 2017 a 2021. Trata-se de estudo com abordagem qualitativa, método dedutivo, com perspectiva exploratória e descritiva e aplicação das técnicas de revisão bibliográfica e documental, bem como de entrevistas. Conclui-se que há uma contribuição da DPE/RS na busca de soluções adequadas nos conflitos familiares com a finalidade de propiciar o acesso à ordem jurídica justa, bem como promover a cidadania, o diálogo e a eficiência econômica.

Palavras-chave: acesso à ordem jurídica justa; meios adequados de resolução de controvérsias; Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul; Câmara de Autocomposição de Conflitos das Famílias.

¹ Advogado; Doutor em Sociologia/UFRGS; Universidade La Salle; danirud@hotmail.com.

² Mestranda em Direito e Sociedade; bolsista PROSUC/CAPES (modalidade II – taxa); Universidade La Salle; biagetelina@gmail.com.

ABSTRACT

The general objective of this study is to analyze whether the Public Defender's Office of the State of Rio Grande do Sul, through the Chamber of Self-Composition of Family Conflicts, promotes the proper resolution of conflicts and contributes to the implementation of a just legal order. Therefore, it is questioned the contribution of this Chamber in the adequate treatment of controversies and in the strengthening of a broad conception of access to justice. Moreover, the specific objectives are: a) to investigate access to justice as a human and fundamental right; b) to investigate the relationship between the appropriate means of dispute resolution and the effectiveness of access to a just legal system; and c) to investigate the effectiveness of access to a just legal system from the data extracted from the reports of the Chamber of Family Conflict Self-Composition in the period 2017 to 2021. This is a study with a qualitative approach, deductive method, with an exploratory and descriptive perspective and application of bibliographic and documentary review techniques, as well as interviews. It is concluded that there is a contribution of the DPE/RS in the search for appropriate solutions in family conflicts with the purpose of providing access to the fair legal order, as well as promoting citizenship, dialogue and economic efficiency.

Keywords: access to the just legal system; appropriate means of dispute resolution; Public Defender's Office of the State of Rio Grande do Sul; Chamber of Self-Composition of Family Conflicts.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo general analizar si la Defensoría Pública del Estado de Rio Grande do Sul, desde la Cámara de Autocomposición de Conflictos Familiares, promueve la adecuada resolución de conflictos y contribuye a la efectividad del ordenamiento jurídico justo. Por ello, se cuestiona la contribución de dicha Sala en el tratamiento adecuado de las controversias y en el fortalecimiento de una concepción amplia del acceso a la justicia. Además, los objetivos específicos son: a) investigar el acceso a la justicia como derecho humano y fundamental; b) investigar la relación entre los medios adecuados de resolución de conflictos y la efectividad del acceso al ordenamiento jurídico justo; y c) investigar la efectividad del acceso al ordenamiento jurídico justo a partir de los datos extraídos de los informes de la Cámara de Autocomposición de Conflictos Familiares en el periodo 2017 a 2021. Se trata de un estudio con enfoque cualitativo, método deductivo, con perspectiva exploratoria y descriptiva y aplicación de técnicas de revisión bibliográfica y documental, así como de entrevistas. Se concluye que existe una contribución del DPE/RS en la búsqueda de soluciones adecuadas en los conflictos familiares con el fin de facilitar el acceso al orden jurídico justo, así como promover la ciudadanía, el diálogo y la eficiencia económica.

Palabras clave: acceso al orden jurídico justo; medios adecuados de resolución de conflictos; Defensoría Pública del Estado de Rio Grande do Sul; Cámara de Autocomposición de Conflictos Familiares.

Data de submissão: 03/08/2022

Data de aceite: 05/09/2022

1 INTRODUÇÃO

A análise sobre o princípio do acesso à justiça exige uma reflexão sobre os meios para garantir o direito de acesso à adequada resolução de conflitos, bem como sobre as formas de obter resultados justos que possam garantir a satisfação de direitos. A averiguação acerca disso se faz cada vez mais necessária diante da inevitabilidade do conflito decorrente de interações humanas e entre estas e o meio, do assoberbamento de demandas no Poder Judiciário e da necessidade de se ampliar a visão sobre os métodos que podem ser utilizados para alcançar a solução de controvérsias.

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), a Lei nº 13.140/2015 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), a partir dos princípios constitucionais, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana, são tidos como propulsores à resolução adequada de controvérsias para além da via judicial como meio de acesso à justiça.

Por conseguinte, questiona-se: é possível inferir que a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (DPE/RS), a partir da Câmara de Autocomposição de Conflitos das Famílias (CAC FAMÍLIA), promove a resolução adequada de conflitos e contribui para a efetivação do acesso à ordem jurídica justa?

Para tanto, o objetivo geral da pesquisa é analisar se a DPE/RS, a partir da CAC FAMÍLIA, promove a resolução adequada de conflitos e contribui para a efetivação da ordem jurídica justa. Ademais, os objetivos específicos são: a) averiguar o acesso à justiça como direito humano e fundamental; b) investigar a relação entre os métodos adequados de resolução de controvérsias e a efetivação

do acesso à ordem jurídica justa; e c) perquirir a efetivação do acesso à ordem jurídica justa a partir dos dados extraídos dos relatórios da CAC FAMÍLIA no âmbito da DPE/RS no período de 2017 a 2021.

Assim, a pesquisa é exploratória e descritiva, com aplicação das técnicas bibliográfica e documental, com uma abordagem qualitativa acerca dos dados compartilhados pela referida instituição. O método científico de abordagem utilizado nessa pesquisa é o dedutivo, pois se parte de uma premissa maior, o acesso à justiça como direito humano e fundamental, perpassando pela implementação de métodos adequados de resolução de controvérsias para alcançar a ordem jurídica justa até a análise dos dados extraídos dos relatórios fornecidos pela DPE/RS.

Cabe destacar que se realizou entrevista com Margarete de Souza Basso, Coordenadora de Unidade da DPE/RS, para obter informações sobre as estatísticas fornecidas pela instituição. O encontro aconteceu, no dia 13 de agosto de 2021, por videochamada na plataforma Google Meet, a fim de compreender melhor as informações extraídas dos relatórios.

Ressalte-se, ainda, que a análise dos dados teve como marco o ano de 2017, quando houve a implementação da referida CAC FAMÍLIA, até 2021, haja vista que os relatórios desses anos apresentam informações completas, enquanto as estatísticas de 2022 ainda não foram compiladas totalmente.

O presente artigo divide-se em três tópicos. Em primeiro lugar, investiga-se o acesso à justiça como um direito humano e fundamental. Em segundo, averigua-se a relação entre a efetivação da ordem jurídica justa e a implementação de métodos adequados de solução de controvérsias. No terceiro, por sua vez, perquirir-se a gestão adequada de conflitos e os dados extraídos dos relatórios da CAC FAMÍLIA no âmbito da DPE/RS.

2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

O direito de acesso à justiça está positivado no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988³, que notabilizou o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Dessa maneira, necessário ressaltar que a percepção desse direito exige uma interpretação em busca de compreender que ele vai além da garantia à tutela jurisdicional, especialmente porque a resolução adequada de controvérsias abarca a escolha de um tratamento adequado, que seja condizente com as peculiaridades de cada caso concreto (GORETTI, 2021).

Além disso, o referido direito está consagrado no art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁴, o que expressa a ampliação e o fortalecimento da proteção dos direitos humanos no plano internacional. Apesar desse avanço e do crescimento de tratados internacionais, os órgãos de supervisão a nível global ainda precisam enfrentar diversos abusos a direitos (GORETTI, 2021; TRINDADE, 1997).

À consequência disso, acredita-se que uma das violações dos direitos humanos se revela no assoberbamento do Poder Judiciário brasileiro, que afeta diretamente a sociedade brasileira, de modo que se manifesta a importância de propor soluções reais para a diminuição dessa problemática (NIEBUHR; OLIVEIRA; QUINT, 2018).

A crise pela qual atravessa o Poder Judiciário desponta justamente porque a função jurisdicional “já não oferece respostas à conflituosidade produzida pela complexa sociedade atual, passando por uma crise de efetividade (quantitativa, mas principalmente qualitativa), que demanda a busca de alternativas.” (SPENGLER, 2011, p. 201-202).

³ “Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988).

⁴ “Artigo 8º Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.” (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Assim, essa situação de crise pode ser compreendida por conta de que, dentre outros fatores, o direito de acesso à justiça foi e, em certa medida, ainda é contemplado tão somente como a garantia de socorrer-se ao Poder Judiciário, no caso de lesão ou ameaça a direitos. A partir disso, percebe-se a perspectiva de que o método do ajuizamento de ações individuais ou coletivas era a única via possível, pois se nutria a ideia de que a justiça apenas poderia ser alcançada a partir da atuação estatal (CASTRO, 2020).

Diante dessa concepção, observou-se o crescente aumento de demandas a serem solucionadas pela via heterocompositiva, especialmente porque se acreditava que o acesso à justiça somente poderia ocorrer a partir da intervenção estatal, por meio do sistema judicial, e todas as demandas deveriam receber esse tratamento, sem considerar as particularidades de cada disputa (GORETTI, 2019).

Destarte, surge o questionamento: como proporcionar um tratamento adequado para as controvérsias? A resposta para essa questão necessita de uma ampliação acerca da concepção do direito de acesso à justiça, a fim de que haja a superação da perspectiva tradicional de mero acesso às instâncias judiciais. Nesse cenário, é preciso, então, buscar o método adequado para satisfazer os direitos dos cidadãos, de modo que haja a garantia do acesso à ordem jurídica justa (CASTRO, 2020).

Por conseguinte, é fundamental que se reflita acerca da problemática do assoberbamento de demandas no Poder Judiciário brasileiro, pois essa realidade gera um “[...] significativo acervo de não direitos, em causas sem qualquer solução. Nesse cenário, as únicas coisas que persistem eficazes são os conflitos e a insatisfação de todos os envolvidos.” (CUÉLLAR; MOREIRA, 2018, p. 2).

Por isso, inevitável compreender que a grande quantidade de processos judiciais existentes interfere significativamente na satisfação dos direitos buscados pelos cidadãos, o que afeta não apenas a garantia dos direitos fundamentais, mas, também, dos direitos humanos, pois “[...] a autonomia da Constituição [...] não está a serviço da soberania e dos interesses casuísticos, mas voltada para o cumprimento

das promessas de uma sociedade justa e solidária [...]” (FERREIRA; LIMBERGER, 2018, p. 321).

Essa temática perpassa pelo pleno acesso aos métodos disponíveis para a obtenção de resultados justos, o que se relaciona diretamente com o exercício da cidadania, “[...] que tem como pressuposto o reconhecimento por parte do Estado aos indivíduos que o integram de uma série de direitos.” (CADEMARTORI; CADEMARTORI, 2009, p. 19).

O conceito de cidadania está interligado ao reconhecimento de direitos aos cidadãos por parte do Estado. Dentre esses direitos, está, inegavelmente, o de ter acesso ao método mais adequado para a resolução de um conflito, justamente para alcançar resultados justos. Então, observa-se que para garantir o pleno exercício da cidadania, é necessário expandir o olhar sobre as formas de solução de uma controvérsia, levando em consideração todos os meios disponíveis (MARASCA, 2007).

Então, compreende-se que a crise enfrentada pelo Estado na administração da justiça gera impactos à garantia do acesso à justiça, que, na visão de Cappelletti e Garth (1988, p. 8), consiste em:

Determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

À visto disso, percebe-se a importância da reflexão sobre o acesso à justiça a partir da aplicação dos métodos disponíveis, além da vida de ajuizamento de ações individuais e coletivas. Busca-se, assim, fortalecer “[...] uma visão mais ampliada sobre as possibilidades de realização da justiça.” (GORETTI, 2019, p. 199).

Nesse cenário, pontua-se a importância de refletir para além do paradigma tradicional de tratamento de disputas, pautado na litigância, especialmente para que haja uma superação desse modelo centrado no processo e para que haja a implementação de outras técnicas que podem auxiliar na resolução de conflitos. Dessa maneira, nota-se a necessidade de buscar formas de superar a concepção

limitada de que o direito de acesso à justiça se refere unicamente ao direito de acessar o Poder Judiciário (GORETTI, 2021).

Logo, de acordo com Goretti (2021), é necessário o fortalecimento de uma perspectiva ampla do direito de acesso à justiça, que proporcione o diálogo entre os sujeitos envolvidos e alcance resultados justos, a fim de que sejam disponibilizados aos cidadãos os meios adequados de resolução de controvérsias, os quais serão analisados no tópico a seguir.

3 OS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Nesse panorama, fundamental ressaltar algumas iniciativas em busca da implementação dos métodos adequados de resolução de conflitos, a exemplo da Resolução nº 125/2010 do CNJ, que revela o incentivo à autocomposição de disputas, haja vista que “a Resolução visa, portanto, institucionalizar, no plano nacional, os meios adequados de resolução de conflitos como verdadeiros remédios constitucionais facultativos, à disposição do jurisdicionado.” (CASTRO, 2020, p. 68).

A propósito, destaca-se o incentivo ao modelo de cooperação, sobretudo por intermédio do Art. 6^º do CPC/2015, o qual denota que “não se trata de mera faculdade, mas de verdadeiro dever de todos os agentes envolvidos.” (NIEBUHR; OLIVEIRA; QUINT, 2018, p. 1552).

Diante dessa concepção cooperativa que foi incentivada pelo CPC/2015, entende-se que “uma das manifestações da cooperação no processo civil consiste no estímulo à resolução consensual de conflitos, principalmente através dos mecanismos de mediação, conciliação e de transação judicial.” (NIEBUHR; OLIVEIRA; QUINT, 2018, p. 1555).

Por essa razão, a ascensão desse modelo propicia a transformação do paradigma tradicional de litigância, justamente porque, a partir do Art. 334, *caput*, do

⁵ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (BRASIL, 2015).

CPC/2015⁶, verifica-se “[...] a criação, como regra, de uma audiência de conciliação/mediação como ato inicial no procedimento comum, ou seja, antes da apresentação da contestação pelo réu.” (CABRAL, 2017, p. 378).

Além de ter incentivado a cooperação entre os agentes envolvidos no conflito e na busca pela resolução deste, imperioso mencionar que o CPC/2015, sobretudo no Art. 3º, §§ 2º e 3º⁷, sedimentou o fenômeno da consensualidade, ao qual foi atribuído grande relevância. A partir do advento dessa codificação e da Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a aplicação dessa técnica entre particulares e no âmbito da Administração Pública, nos termos do Art. 1º, *caput*⁸, percebe-se o intuito de colocar à disposição da sociedade brasileira os mecanismos disponíveis, inclusive os autocompositivos. (NIEBUHR; OLIVEIRA; QUINT, 2018; PANTOJA; ALMEIDA, 2021).

Convém mencionar que não foi apenas a Resolução nº 125/2010 do CNJ, o CPC/2015 e a Lei nº 13.140/2015 que contribuíram para o incentivo ao fenômeno da consensualidade, mas, também, é imprescindível acrescentar a CRFB/1988, que positivou o direito de acesso à justiça. Desse modo, em uma interpretação ampla, acredita-se que as técnicas adequadas de resolução de controvérsias “[...] podem ser inseridas entre os mecanismos legítimos de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, [...] na medida em que resolve a controvérsia de maneira adequada e, portanto, mais justa.” (CABRAL, 2017, p. 372).

⁶ “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.” (BRASIL, 2015).

⁷ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” (BRASIL, 2015).

⁸ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.” (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito, concebido a partir do advento da CRFB/1988, perpassa pela observância dos direitos fundamentais e humanos. A sobrecarga do Poder Judiciário macula o acesso à justiça, pois afeta a satisfação dos direitos dos cidadãos, que veem as demandas se prolongarem por anos até que sobrevenha sentença e, ainda assim, nem sempre têm seus direitos garantidos. Pontua-se que o desenvolvimento dos métodos em questão colabora “[...] para o exercício da cidadania e a concretização da democracia (conforme o Preâmbulo e o artigo 1º, *caput* e parágrafo único, da Constituição Federal), como a cultura política de participação do cidadão, potencializa o acesso à justiça [...]” (PANTOJA; ALMEIDA, 2021, p. 69). Logo, é necessário compreender que:

Então, se a premissa de que a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo paradigma normativo ao instituir o Estado Democrático de Direito, consagrando como seu núcleo a prevalência dos direitos humanos e a defesa dos direitos fundamentais, devemos discutir as razões das sistemáticas, e diversas delas recentes, violações democráticas e atentatórias a esse núcleo constitucional e fundante. (FERREIRA; LIMBERGER, 2018, p. 318).

Com efeito, verifica-se que a observância do princípio do acesso à justiça desenrola-se, inclusive, pela implementação de meios consensuais de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação, a fim de garantir a utilização de um método adequado às especificidades de cada caso para que se consiga alcançar um resultado justo. Trata-se do “[...] direito à solução dos conflitos por meios adequados por sua natureza e peculiaridade.” (GORETTI, 2019, p. 24).

Segundo o CNJ, os conceitos de mediação e de conciliação consistem, respectivamente, em:

Uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais ou complexos. A mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.

Método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma

efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes. (CNJ, 2021, não paginado).

Nota-se que a mediação, caracterizada como um dos métodos adequados de resolução de conflitos, revela-se como “[...] meio de pacificação social que auxilia os indivíduos envolvidos a buscar resolver e prevenir os conflitos de maneira pacífica e inclusiva, através do diálogo, com respeito ao outro, com ativa participação [...]” (VITÓRIO; SOUZA, 2019, p. 43).

Apesar de algumas diferenças, tais métodos fazem parte do tratamento adequado de conflitos e buscam a resolução da disputa. Por meio desse novo olhar sobre o conflito e sobre a maneira de resolvê-lo, acredita-se que os métodos acima referidos se consubstanciam em técnicas de autocomposição cujo implemento “[...] gera, em última análise, a criação de uma sociedade mais harmônica, com a restauração da almejada pacificação social.” (PANTOJA; ALMEIDA, 2021, p. 69).

Por isso, percebe-se que o incentivo à aplicação dos métodos consensuais de resolução de controvérsias está intrinsecamente ligado à concepção do acesso à justiça e da cidadania, pois a plena satisfação dos direitos dos cidadãos perpassa pela utilização do meio mais adequado às especificidades do caso concreto, o que propicia a necessidade de reflexão acerca da gestão adequada de conflitos, que será averiguada no tópico a seguir.

4 A IMPLEMENTAÇÃO DA GESTÃO ADEQUADA DE CONFLITOS

A cultura da judicialização monopolizou, por muito tempo, o meio de resolver as controvérsias, de modo a obstar a reflexão sobre outros caminhos possíveis além da via judicial. Logo, é necessária uma transformação na concepção tradicional de resolução de conflitos e do próprio acesso à justiça, para que não seja contemplado somente sob a perspectiva de disponibilidade do serviço estatal, por meio do Poder Judiciário, mas, inclusive, sob a visão do modelo cooperativo e do fenômeno da consensualidade. Dessa forma, pontua-se que “o conflito se insere na lógica do inevitável, pois surge naturalmente do convívio, da interação entre indivíduos,

colocando-se perante eles como obstáculos a serem superados.” (GORETTI, 2021, p. 276).

É inegável perceber o estímulo do CPC/2015 à implementação dos métodos adequados de resolução de controvérsias. Conforme dados contidos no sítio eletrônico da DPE/RS, no dia 6 de abril de 2017 houve a publicação da Resolução CSDPE nº 03/2017, que criou o Centro de Referência em Mediação e Conciliação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (CRMC/DPERS), em parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), e promoveu os meios autocompositivos nos conflitos de famílias, especialmente em razão da grande quantidade de processos judiciais na área do Direito de Família (DPE/RS, 2018).

A Resolução nº 07/2017 regulamentou a atuação do CRMC e, no ano seguinte, a partir da Resolução nº 12/2018, houve a divisão do referido Centro em duas Câmaras, a saber: a Câmara de Autocomposição de Conflitos das Famílias e a Câmara de Autocomposição de Conflitos Cível (DPE/RS, 2018).

Para tanto, é necessário compreender que não foi apenas a sobrecarga do Poder Judiciário que impulsionou essa iniciativa da DPE/RS, mas também em razão de que se percebeu que o diálogo e a busca por consenso fazem parte da missão dessa instituição. Logo, observa-se que:

A Defensoria Pública é inserida no contexto da mediação de conflitos por dois fatores: inicialmente, é ela a instituição criada pelo constituinte de 1988 para promover a defesa judicial e extrajudicial daqueles desprovidos de Justiça Social, o que hoje representa significativa parcela da população. Segundo, a Defensoria Pública possui não só o dever, mas a obrigação de promover o acesso à justiça daqueles. (VILLAÇA; CAMELO, 2015, p. 248).

Por conseguinte, a partir do referido Centro, a DPE/RS criou as Oficinas das Famílias com o intuito de fomentar a pacificação dos conflitos familiares, de modo a estimular o desenvolvimento da autonomia do cidadão na busca pela resolução de disputas. A criação desse projeto pioneiro no Brasil contou com a participação dos servidores do CRMC e da CAC FAMÍLIA, sob a coordenação de Patrícia Pithan Pagnussatt Fan, Defensora Pública, a qual também é dirigente do Núcleo de Defesa do Direito das Famílias (NUDEFAM) (DPE/RS, 2018).

A ampliação do acesso aos meios consensuais pela Defensoria Pública realça o compromisso da instituição “[...] para a democratização do espaço da justiça que [...] não é acessado livremente, seja por restrições de ordem técnica, seja em razão da própria linguagem do Direito, entre outras.” (CARNIELLI, 2016, p. 23).

Nesse contexto, a partir da figura abaixo, verifica-se que entre 11 de agosto de 2017 a 3 de setembro de 2018 foram realizadas mais de 800 sessões de mediação realizadas, sendo que, dentre elas, 258 obtiveram termo de entendimento final.

Tabela 1 - resolução extrajudicial de conflitos no período de agosto de 2017 a setembro de 2018

Procedimentos	Total realizado
Instauração de procedimentos	585
Sessões realizadas	828
Termos de entendimento provisório	118
Termos de entendimento final	258

Fonte: Elaboração dos autores a partir dos dados do Relatório Anual de Atividades, DPE/RS, 2018.

Ademais, no relatório seguinte cujos dados foram obtidos entre setembro de 2018 a setembro de 2019, observa-se que foram 754 sessões promovidas, de modo que houve 153 termos de entendimento finais. Veja-se:

Tabela 2 - resolução extrajudicial de conflitos no período de setembro de 2018 a setembro de 2019

Procedimentos	Total realizado
Instauração de procedimentos	463
Sessões realizadas	754
Termos de entendimento provisório	144
Termos de entendimento final	153

Fonte: Elaboração dos autores a partir dos dados do Relatório Anual de Atividades, DPE/RS, 2019.

O relatório de 2020, por sua vez, que apresentou os dados de outubro de 2019 a 25 de setembro de 2020, refere a realização de 584 sessões, dentre as quais 257 resultaram em acordo.

Tabela 3 - resolução extrajudicial de conflitos no período de outubro de 2019 a setembro de 2020

Procedimentos	Total realizado
Famílias atendidas na Oficina	382
Oficinas realizadas	28
Procedimentos de mediação iniciados	640
Sessões realizadas	584
Termos de atendimento (pré-mediação)	215
Termos que resultaram em acordo	297
Constelações realizadas	44
Conciliações realizadas	83
Petições em processos em andamento	49
Iniciais de homologação de termos	184

Fonte: Elaboração dos autores a partir dos dados do Relatório Anual de Atividades, DPE/RS, 2020.

Além da análise dos dados quantitativos, convém esclarecer que nas tabelas 1 e 2, referentes aos relatórios de 2018 e 2019, nota-se que o número de procedimentos é menor que o número de sessões realizadas. Isso ocorre porque cada procedimento é uma mediação e pode gerar diversos atendimentos, a depender da complexidade do conflito e da relação entre os sujeitos envolvidos. Além disso, quanto à tabela 3, percebe-se que o número de famílias atendidas é, igualmente, inferior à quantidade de sessões. Esse cenário existe porque as disputas familiares demandam, em geral, a participação de outros membros das famílias, a exemplo da participação dos avós em conflito de pensão alimentícia, o que gera um aumento no número de atendimentos (BASSO, 2021).

Outrossim, verificou-se a queda do número de sessões realizadas entre 2018 e 2020. Segundo Margarete, essa diminuição em 2020, especialmente, ocorreu em razão da pandemia de COVID-19, que paralisou as atividades do CRMC nos meses de março e abril de 2020 e impossibilitou a realização de atendimentos presenciais (BASSO, 2021).

Diante disso, em razão da inviabilidade de realização de sessões presencialmente, buscou-se como alternativa o meio digital, que passou a ser utilizado como ferramenta para a continuidade das atividades do referido Centro (BASSO, 2021).

Os relatórios mensais de 2021, por sua vez, exprimiram os seguintes quantitativos:

Tabela 4 - resolução extrajudicial de conflitos no ano de 2021

Procedimentos	Total realizado
Sessões agendadas	1.832
Sessões realizadas	1.427
Sessões não realizadas	389
Termos de entendimento provisório	55
Termos de entendimento final	612

Fonte: Elaboração dos autores a partir dos dados do Relatório Anual de Atividades, DPE/RS, 2021.

Apesar dessa redução, os dados de 2021 demonstram que a quantidade de sessões realizadas aumentou, assim como o número de termos de entendimento final. Assim, pontua-se que o número de sessões de mediação promovidas pela DPE/RS e, sobretudo, a quantidade de termos que resultaram em acordo foi expressivo, mesmo durante a pandemia, que exigiu a reestruturação do funcionamento do CRMC.

Com efeito, essa iniciativa da DPE/RS propicia que muitos cidadãos desenvolvam a autonomia para resolver os próprios conflitos, de modo que, a partir da gestão adequada de conflitos, é possível alcançar uma manifestação consensual entre os sujeitos envolvidos: o acordo. Então, assim como a resolução das disputas é almejada, busca-se, igualmente, preservar os vínculos afetivos (GORETTI, 2021).

Dessa forma, acredita-se que a DPE/RS, na implementação de mediações no âmbito familiar, contribui para a democratização do acesso à justiça e, além disso, “[...] propõe-se que a cidadania seja tomada como o conceito instituinte da democracia, como a prática comunicacional de constituição e experimentação de sentidos do mundo e do sujeito [...]” (CARNIELLI, 2016, p. 28).

Logo, é perceptível que por intermédio das Oficinas das Famílias, a instituição oportuniza aos assistidos a resolução de conflitos familiares por meio dos métodos consensuais de resolução de controvérsias, a fim de promover o diálogo e a educação em direitos. Assim, a decisão sobre determinada disputa não é imposta por um terceiro, mas, na verdade, o acordo é formulado pelas próprias partes (VILLAÇA; CAMELO, 2015).

Essa busca pelo incentivo à comunicação como forma de auxiliar na resolução de controvérsias foi objetivo de pesquisa de satisfação nos anos de 2017 a 2019 e em 2021. No relatório de 2020 não existem dados sobre isso.

Tabela 5 - pesquisa de satisfação realizada entre agosto de 2017 a setembro de 2019

Resposta à pergunta: “Em sua opinião houve melhora no diálogo como resultado da mediação?”	Quantidade de respostas/porcentagem
Sim	518/73,58%
Parcialmente	110/15,63%
Não	25/3,55%
Sem resposta	51/7,24%

Fonte: Elaboração dos autores a partir dos dados do Relatório Anual de Atividades, DPE/RS, 2019.

No período acima informado, nota-se que 73,58% das pessoas que participaram das mediações promovidas pela DPE/RS perceberam que o diálogo se aperfeiçoou. Em contrapartida, 3,55% das pessoas não perceberam essa melhora (DPE/RS, 2019).

Destarte, observa-se que a percepção dos assistidos foi positiva em relação à melhora do diálogo com a mediação, tanto que mais de 73% das respostas foram nesse sentido, sem considerar aqueles que responderam parcialmente, o que também revela a contribuição desse método adequado para auxiliar na resolução dos conflitos familiares. Somando os dois, o quantitativo alcança 89,21%, que é um resultado expressivo.

Já no ano de 2021, a pesquisa de satisfação não foi aplicada no mês de janeiro e, em fevereiro, não houve resposta dos participantes, de modo que foi realizada nos meses de março a dezembro. A tabela a seguir expõe os quantitativos:

Tabela 6 - pesquisa de satisfação realizada nos meses de março a dezembro de 2021

Resposta à pergunta: “Em sua opinião houve melhora no diálogo como resultado da mediação?”	Quantidade de respostas/porcentagem
Sim	164/87,2%
Parcialmente	17/9,0%
Não	7/3,7%
Sem resposta	Não informado

Fonte: Elaboração dos autores a partir dos dados do Relatório Anual de Atividades, DPE/RS, 2021.

Diante dos dados, observou-se que a média de indivíduos que sinalizaram “Sim” é de 87,2% (arredondando para uma casa decimal). Acrescendo-se o quantitativo de pessoas que optaram por “Parcialmente”, o total é de 96,3%. Em

comparação com o período de agosto de 2017 a setembro de 2019, as estatísticas revelam que houve melhora na percepção dos mediandos.

Desse modo, nota-se que a comunicação é fundamental para a formação do acordo entre as partes e para o restabelecimento de vínculos familiares. Por isso, ressalta-se “[...] a importância da linguagem enquanto elemento central na resolução de conflitos [...]” (CASTRO, 2020, p. 165).

Ademais, conforme o relatório da DPE/RS (2020), percebe-se que é importante destacar a economia gerada no período de 2017 a 2020, que se refere a um cálculo médio, o qual levou em consideração o número de procedimentos criados e o custo processual da ação de execução fiscal (valor de R\$ 4.300,00, conforme dados do CNJ, 2011). Em 2021, a economia foi ainda maior, pois correspondeu a mais da metade do montante referente ao período anterior.

Tabela 7 – Economia gerada entre 2017 e 2020 e no ano de 2021

Período	Economia gerada
2017 a 2020	R\$ 10.019.000,00
2021	R\$ 5.340.600,00

Fonte: Elaboração dos autores a partir dos dados dos Relatórios de Atividades, DPE/RS, 2020 e 2021.

Durante o período de análise, chegou-se à percepção de que a gestão adequada de conflitos não apenas estimulou o diálogo entre os sujeitos envolvidos em controvérsias familiares, mas, igualmente, observou-se um montante expressivo que demonstra a economia de custos gerada a partir da implementação de métodos autocompositivos, os quais “[...] podem atender muito exitosamente as necessidades das partes, de forma a maximizar seus interesses, de forma célere, segura e com baixos custos.” (KESSLER; TRINDADE, 2019, p. 587).

Outrossim, constatou-se que diversas famílias assistidas tiveram a oportunidade de optar pelos métodos adequados de resolução de conflitos, pois, a partir da Câmara de Autocomposição, aos assistidos foi propiciada uma compreensão sobre as controvérsias familiares e as técnicas disponíveis para alcançar a resolução das disputas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise acerca da garantia do direito de acesso à justiça perpassa pela superação da concepção de que se trata meramente de acesso à atuação estatal, através do Poder Judiciário. Busca-se, assim, ampliar o olhar sobre esse direito, a fim de propiciar o acesso à ordem jurídica justa e garantir o exercício da cidadania a partir do fomento dos meios adequados de resolução de controvérsias.

Nesse cenário, ressaltam-se as iniciativas a fim de estimular a gestão adequada de conflitos, como a Resolução nº 125/2010 do CNJ, o CPC/2015 e a Lei nº 13.140/2015, os quais empenharam esforços em incentivar a aplicação dos métodos autocompositivos de resolução de disputas, como a mediação e conciliação. Mas, também, inegável constatar que esses mecanismos possuem as bases oriundas na CRFB/1988 que, dentre diversos princípios, positivou o acesso à justiça cuja garantia perpassa, inclusive, pelos meios autocompositivos.

À vista disso, a gestão adequada de conflitos, sobretudo no âmbito familiar, foco desta pesquisa, perpassa pela lógica do diagnóstico, considerando as particularidades de cada controvérsia. Apenas a análise do caso concreto poderá esclarecer qual mecanismo é indicado para auxiliar na resolução.

No âmbito do Centro de Referência em Mediação e Conciliação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, a partir da Câmara de Autocomposição de Conflitos das Famílias e das Oficinas das Famílias, constatou-se que muito se avançou na implementação dos métodos adequados de resolução de controvérsias com a iniciativa dessa instituição, o que se pode perceber a partir da quantidade relevante de sessões de mediação que findaram em acordo.

Apesar de ainda haver muito a ser feito para que haja a mudança da cultura da litigância, verifica-se a contribuição da DPE/RS para romper com esse paradigma. Os dados apontam que a mediação oferece subsídios para a construção do diálogo, de modo que evidencia a importância da linguagem e da comunicação na resolução de controvérsias, a fim de preservar os vínculos afetivos.

Além da contribuição positiva dos meios autocompositivos na resolução de controvérsias, importante mencionar, ainda, outro dado relevante que é a economia

gerada a partir da implementação das citadas técnicas. Essa redução de custos revela que os métodos consensuais não apenas propiciam a resolução adequada de conflitos, o fortalecimento da autonomia dos sujeitos envolvidos e o incremento do diálogo, mas, também, a eficiência econômica.

REFERÊNCIAS

Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BASSO, Margarete de Souza. **Margarete de Souza Basso**: depoimento [ago. 2021]. Entrevistadora: Ana Beatriz Getelina Sousa. Canoas, RS, 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 12 jul. 2022.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 368-383, 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumel/revistafonamec_numero1volume1_368.pdf. Acesso em: 26 jun. 2022.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. Cidadania e Direitos Humanos: A Contribuição Garantista. **Anais da Andhep**, Brasília: DF, 2009, p. 1-28. Disponível em: <http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt1/gt01p02.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNIELLI, Fiorenza Zandonade. **A cidadania e a sua instituição**: estudo de comunicação pública sobre a Defensoria do Rio Grande do Sul. 2016. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Informação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/132811/000984912.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 jul. 2022.

CASTRO, Maíra Lopes de. **Teoria do agir comunicativo e métodos adequados de resolução de conflitos**: novos olhares sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça (Brasil). **Conciliação e Mediação**. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça (Brasil). **Sumário Executivo do Relatório Justiça em Números 2020**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em: 28 jul. 2022.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod_resource/content/1/cu%C3%A9llar%20leila%3B%20moreira%20egon%20bockmann%20-%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20....pdf. Acesso em: 25 jul. 2022.

DPE/RS, Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. **Mediação e Conciliação**: a resolução extrajudicial. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/mediacao-e-conciliacao>. Acesso em: 20 jul. 2022.

DPE/RS, Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. **Relatório Anual de Atividades 2018**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por biagetelina@gmail.com em 20 jul. 2021.

DPE/RS, Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. **Relatório Anual de Atividades 2019**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por biagetelina@gmail.com em 20 jul. 2021.

DPE/RS, Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. **Relatório Anual de Atividades 2020**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por biagetelina@gmail.com em 20 jul. 2021.

DPE/RS, Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. **Relatórios Mensais de Atividades 2021**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por biagetelina@gmail.com em 06 jun. 2022.

FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis. Um diálogo sobre a autonomia da Constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas à noção de bloco de constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 317-330, jan./abr, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/zqdbwPcDZpgDStkGdp7xJZN/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2019.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

JACQUES, Marcelo Dias; SPENGLER, Fabiana Marion. Novas perspectivas para a advocacia pública no Brasil: a Lei n. 13.140/2015 e a função consultivo-preventiva como instrumentos de solução de conflito. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 111-147, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93449824005>. Acesso em: 22 jul. 2022.

KESSLER, Daniela Seadi; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. A mediação sob o prisma da análise econômica do direito. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 5, n. 4, p. 535-591, 2019. Disponível em: <http://www.ntrindade.com.br/wp-content/uploads/2020/07/Media%C3%A7%C3%A3o-sob-o-Prisma-da-An%C3%A1lise-Econ%C3%B4mica-do-Direito-Artigo.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2022.

MARASCA, Elisângela Nedel. Meios alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à justiça e efetivação da cidadania. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 16, n. 27-28, p. 33-59, 2007. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/668>. Acesso em: 15 jul. 2022.

NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 13, n. 3, p. 1541-1563, 2018. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/668>. Acesso em: 05 jul. 2021.

PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. Os Métodos “Alternativos” de Solução de Conflitos (ADRs). *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Alteridade: a necessidade de “inovações comunicativas” para lidar com a atual (desordem) conflitiva. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). **Justiça restaurativa e mediação**: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, DF, v. 40, n. 1, p. 167-177, 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbpi/a/nKZwK7WVq9Khfh7K8WTnBR/?format=pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

VILLAÇA, Eduardo Antônio de Andrade; CAMELO, Michele Cândido. A Defensoria como agente na mediação de conflitos. *In*: SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. 3. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido; SOUZA, Alexsandrina Ramos de Carvalho. A mediação como instrumento de democratização do acesso à justiça e emancipação das minorias. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Belém, v. 5, n. 2, p. 35-55, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/288182245.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022.

DA (IM)PRESCINDIBILIDADE DO PERICULUM IN MORA NAS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS DECRETADAS EM CRIMES FINANCEIROS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

OF THE (IM)PRECISIBILITY OF THE PERICULUM IN MORA FOR THE ENACTMENT OF PROPERTY PRECAUTIONARY MEASURES IN FINANCIAL CRIMES: AN ANALYSIS BASED ON THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REGIONAL COURT OF THE 4TH REGION

DE LA (IM)PRECISIBILIDAD DEL PERICULUM IN MORA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES DE BIENES EN DELITOS FINANCIEROS: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DE LA 4ª REGIÓN

Gabriel Henrique Halama De Lima¹

Pedro Henrique Nunes²

RESUMO

O periculum in mora é um dos requisitos para a decretação das medidas cautelares patrimoniais no processo penal, relativo ao risco de se conseguir satisfazer a eficácia de eventual reparação do dano causado pelo delito, em virtude da demora na prestação jurisdicional. A fim de aferir sua presença, a acusação deve demonstrar que o réu está praticando atos que podem acarretar uma redução de seu patrimônio, capaz de colocar em xeque eventual ressarcimento. Partindo deste elemento, o presente estudo examinou a recente jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em torno do tema, a fim de identificar se há a exigência de demonstração do periculum in mora para a decretação de medidas assecuratórias patrimoniais. Como resultado, constatou-se a existência de uma presunção automática do periculum in mora nos julgados examinados, sem que houvesse um aprofundamento nos elementos do caso concreto. Em conclusão, o artigo discorre sobre as violações às garantias processuais penais decorrentes de tal entendimento, tais como o requisito da preventividade das medidas cautelares, o estado

¹ Assistente de Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná; e-mail: gabrielhalama1@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0002-2325-9539>.

² Advogado do escritório Lamers Advogados; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná; e-mail: nunespedro1998@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0003-3302-5135>.

de inocência, o princípio da proporcionalidade e a necessidade de motivação das decisões judiciais.

Palavras-chave: processo penal; medidas cautelares patrimoniais; periculum in mora; jurisprudência; Tribunal Regional Federal da 4^a Região.

ABSTRACT

The periculum in mora is one of the requirements for the enactment of precautionary measures of property in criminal proceedings, linked to the risk of being able to satisfy the effectiveness of the compensation for the damage caused by the crime, due to the delay in the judicial provision. In order to verify his presence, the prosecution must demonstrate that the defendant is carrying out acts that may lead to a reduction in his assets, capable of jeopardizing any compensation. Based on this element, the present study examined the recent jurisprudence of the Federal Regional Court of the 4th Region on the subject, in order to identify whether there is a requirement to demonstrate the periculum in mora for the enactment of patrimonial assurance measures. As a result, the existence of an automatic presumption of periculum in mora was found in the examined precedents, without a deepening of the elements of the specific case. In conclusion, the article discusses the violations of criminal procedural guarantees resulting from this positioning, such as the prevention requirement of the precautionary measures, the state of innocence, the principle of proportionality and the need to motivate judicial decisions.

Keywords: criminal proceedings; patrimonial assurance measures; periculum in mora; jurisprudence; Federal Regional Court of the 4th Region.

RESUMEN

El periculum in mora es uno de los requisitos para el dictado de medidas cautelares de bienes en el proceso penal, vinculado al riesgo de poder satisfacer la efectividad de eventual reparación por el daño causado por el delito, por la demora en la disposición judicial. Para verificar su presencia, la acusación debe demostrar que el acusado está realizando actos que pueden conducir a una reducción de su patrimonio, capaz de poner en peligro cualquier compensación. Con base en este elemento, el presente estudio examinó la jurisprudencia reciente del Tribunal Regional Federal de la 4^a Región sobre el tema, con el fin de identificar si existe un requisito de demostrar el periculum in mora para la aplicación de medidas de garantía patrimonial. Como resultado, se constató en las sentencias examinadas la existencia de una presunción automática de periculum in mora,

sin profundizar en los elementos del caso concreto. En conclusión, el artículo discute las violaciones a las garantías procesales penales que se derivan de tal entendimiento, como la exigencia de prevención por medidas cautelares, el estado de inocencia, el principio de proporcionalidad y la necesidad de motivar las decisiones judiciales.

Palabras clave: proceso penal; medidas de garantía patrimonial; periculum in mora; jurisprudencia; Tribunal Regional Federal de la 4ª Región.

Data de submissão: 04/08/2022

Data de aceite: 22/08/2022

1 INTRODUÇÃO: DO PERICULUM IN MORA NAS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS

A fim de assegurar os efeitos da condenação consistentes na perda do produto do crime e na reparação do dano causado pelo delito (art. 91, incisos I e II, do Código Penal), o Código de Processo Penal prevê, no Capítulo VI do Título VI, as "medidas assecuratórias", também denominadas "medidas cautelares patrimoniais". Tendo em vista a disposição do CPP, a doutrina costuma dividi-las em: (i) sequestro de bens (arts. 125 a 132), (ii) especialização e registro da hipoteca legal (arts. 134 a 135) e (iii) arresto prévio e de bens móveis (arts. 136 e 137) (BADARÓ, 2020).

De modo geral, são necessários dois elementos para a decretação dessas medidas: a) o *fumus commissi delicti*, traduzido na necessidade de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, e b) o *periculum in mora*, o qual "[...] se relaciona aos riscos provenientes da natural demora da prestação jurisdicional dita principal, vale dizer, do perigo concreto que a delonga no acertamento do direito pode acarretar à eficácia prática de futura sentença." (SOUZA, 2012).

Mais especificamente sobre o segundo requisito, ponto central do presente trabalho, o professor Hélio Tornaghi apresenta a seguinte analogia:

Ao chegar à cabeceira do cliente, o médico verifica que precisa examiná-lo para lhe dar o medicamento específico e decisivo. Mas o exame vai consumir algum

tempo e é preciso evitar que o doente morra antes que ele, médico, chegue a uma conclusão e seja possível tomar uma providência definitiva. Para isso, dá-lhe uma injeção de óleo canforado, precaução, remédio provisório contra o perigo da demora. Pudessem o médico fazer logo o tratamento definitivo e não usaria o provisório. Para alcançar a certeza sobre a situação do doente tem de gastar tempo e contra o perigo da demora (*periculum in mora*) é preciso acautelar-se. O ato provisório, para usar outro símile, grosseiro, mas que bem ilumina o assunto, é o torniquete aplicado no sujeito que se esvai em sangue até que seja possível suturar os vasos. (TORNAGHI, 1995, p. 210).

Desta feita, para que seja decretada uma medida cautelar patrimonial, a acusação deve demonstrar que o réu estaria praticando atos que poderiam acarretar a alteração ou a redução do seu patrimônio, capazes de colocar em risco eventual ressarcimento ao lesado, o pagamento de penas pecuniárias, as despesas processuais e o perdimento dos proventos do crime. Para tanto, não basta a manifestação de um risco abstrato ou suposição (presunção) de que, como decorrência do recebimento da denúncia, ocorrerá o desfazimento ou dissipação dos bens pelo réu.

Ocorre que a necessidade de demonstração do *periculum in mora* para a decretação das medidas cautelares patrimoniais tem sido relativizada pela jurisprudência pátria. Observa-se o alastramento de precedentes propugnando ser dispensável a demonstração concreta do perigo na demora do acautelamento dos bens do acusado.

Importante ressaltar desde logo que o elemento do *periculum in mora* não possui igual relevância para todas as medidas cautelares patrimoniais previstas no Código de Processo Penal, embora sua demonstração mínima sempre seja necessária. Como afirma Aury Lopes Jr (LOPES JR., 2021), no caso da medida de sequestro – cautelar que incide sobre bens móveis ou imóveis obtidos com os proventos da infração – o *periculum in mora* teria papel secundário.

Isso porque, uma vez que o sequestro recai sobre bens supostamente adquiridos pelo acusado com os proventos da infração penal, o foco da medida reside na demonstração mínima da ocorrência do delito e de sua relação com a aquisição daqueles bens. Inclusive, caso a origem delitiva dos bens seja comprovada e

reconhecida na sentença condenatória, ocorrerá seu próprio perdimento. Por isso, o autor afirma que nessa medida cautelar real, o ponto principal para sua decretação reside na demonstração do *fumus commissi delicti*, embora o perigo de perecimento do bem não possa ser presumido.

Já nos casos da hipoteca legal e do arresto prévio e de bens móveis, medidas que buscam o acautelamento de patrimônio para fins de futuro ressarcimento da vítima, garantindo, desde logo, os efeitos patrimoniais de eventual sentença penal condenatória e a eficácia da ação civil *ex delicti*, a demonstração do *periculum in mora* é ainda mais essencial.

No caso de aplicação destas medidas assecuratórias, os bens que serão acautelados não possuem relação com a infração penal supostamente praticada, incidindo sobre o patrimônio lícito do réu. Haja vista a própria finalidade das medidas, que é garantir que eventual indenização perante o juízo cível não seja frustrada – vez que a sentença penal condenatória confirma a existência da obrigação de reparação do dano, e não propriamente condena o réu à reparação (LUCCHESI; ZONTA, 2020) -, as cautelares somente poderão ser decretadas caso existam indícios de perigo de dilapidação do patrimônio pelo acusado, bem como o sempre necessário *fumus commissi delicti*, para além da indicação do valor decorrente dos prejuízos sofridos pela vítima para que a restrição incida somente nesse limite.

Conforme afirma Aury Lopes Jr., “à luz da presunção da inocência, não se pode presumir que o imputado irá fraudar a responsabilidade civil decorrente do delito, como também não se pode presumir que vá fugir, para decretar a prisão preventiva” (LOPES JR., 2021).

Desse modo, em um processo que observe as garantias constitucionais relativas ao processo penal, deve ser demonstrada a necessidade da medida cautelar em razão do perigo concreto de dilapidação do patrimônio pelo acusado, com base em suporte fático real juntado aos autos.

2 DA JURISPRUDÊNCIA PREPONDERANTE NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF-4)

A indisponibilidade cautelar de bens e direitos do investigado tem por objetivo assegurar a efetividade de eventual decisão judicial condenatória. Via de regra, para a concessão desse tipo de medida, faz-se necessária a presença simultânea de indícios veementes da prática do ato ilícito e de que o acusado intenciona se desfazer de seus bens a fim de frustrar o cumprimento de eventual condenação.

Ocorre que a necessidade de demonstração do periculum in mora na decretação das medidas cautelares patrimoniais tem sido relativizada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4). Pôde-se observar de seus julgados que tem preponderado a máxima de que é dispensável a demonstração concreta do perigo na demora do acautelamento dos bens do acusado, sob o fundamento de que este risco seria pressuposto pela própria lei.

À vista disso, foram levantados, selecionados e analisados acórdãos do TRF-4 a fim de compreender quais os argumentos de que os julgadores se valem para embasar a dispensa desse requisito das medidas cautelares patrimoniais³.

Para tornar a pesquisa executável, e tendo em vista a quantidade de julgados encontrados, foi realizado um recorte temporal num interregno de três anos (2019 a 2021), analisando-se somente os acórdãos, em descon sideração das decisões monocráticas. Com o intuito de tornar possível a efetiva compreensão da razão de ser dos fundamentos utilizados, também foram objeto de análise os precedentes citados no corpo das decisões encontradas, ainda que extrapolassem o recorte temporal determinado.

A busca foi realizada diretamente a partir da aba de consulta de jurisprudência

³ Para melhor compreender a fundamentação, também foram analisados os acórdãos citados ao longo dos julgados encontrados.

existente no sítio eletrônico do TRF-4, por meio de palavras-chave como "criminal", "periculum", "cautelar", "arresto", dentre outras. Ainda que a pesquisa possua limitações metodológicas e não esgote todos os fundamentos utilizados por diversos desembargadores do TRF-4 sobre a necessidade, ou não, da demonstração do periculum in mora no decreto das cautelares patrimoniais, foi possível traçar um padrão nesse tipo de decisão, tornando mais claro o entendimento preponderante naquele tribunal.

A partir do exame realizado, averiguou-se que o TRF-4, em uníssono, entender ser prescindível a demonstração concreta de que há algum perigo na satisfação final do processo para o acautelamento patrimonial. Vale mencionar, não foi encontrada nenhuma decisão em sentido contrário, isto é, exigindo que a acusação demonstre o perigo da dissipação dos bens. Ademais, observou-se que a maior parte das decisões encontradas tem o tema por consolidado jurisprudencialmente, razão pela qual a fundamentação dificilmente ultrapassa o argumento de que "o periculum in mora é pressuposto pela lei, conforme precedentes". As decisões não abordam por exemplo, de onde decorre a presunção legal suscitada, a partir de qual dispositivo de lei pode ser inferida, ou a quais casos se aplica.

Por exemplo, há reiterados votos do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto de que "não há necessidade de se evidenciar com elementos concretos e específicos o periculum in mora, pois este é pressuposto pela lei, notadamente nos casos de crimes praticados contra a administração pública." Este trecho é reproduzido em vários julgados, em alguns casos, acompanhado de poucos acréscimos⁴. Por vezes, suas decisões trazem complemento no sentido de que por conta do "risco de não ser

⁴ Com esses exatos termos, todos de relatoria do Des. Gebran Neto, pela Oitava Turma do TRF-4: ACR 5030548-22.2020.4.04.7000, juntado aos autos em 25/02/2021; ACR 5061219-62.2019.4.04.7000, juntado aos autos em 09/12/2020; ACR 5032072-88.2019.4.04.7000, juntado aos autos em 15/10/2020; ACR 5031321-04.2019.4.04.7000, juntado aos autos em 24/06/2020; ACR 5031321-04.2019.4.04.7000, juntado aos autos em 24/06/2020; ACR 5031320-19.2019.4.04.7000, juntado aos autos em 21/05/2020.

garantido o valor fixado na sentença a título de reparação de danos, deve vigorar nesse momento processual o elemento da cautelaridade”, deixando de explicar quais as circunstâncias do caso concreto que levam a crer pela efetiva existência de um risco de não se ver garantida a reparação patrimonial.

Do mesmo modo, há julgados de relatoria dos Desembargadores Federais Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Danilo Pereira Junior, Cláudia Cristofani, Márcio Antônio Rocha, Marcelo Malucelli, apontando para a jurisprudência já consolidada daquela corte que o periculum in mora, nas cautelares reais, se dá por presunção legal, prescindindo de demonstrações de dilapidação do patrimônio ou má-fé do acusado⁵.

Em todos esses precedentes, a despeito da menção abstrata à presunção do periculum in mora na decretação das medidas cautelares patrimoniais, deixa-se de indicar o fundamento legal de que se extrai tal entendimento. Quando muito, são citados acórdãos do próprio TRF-4, em um movimento jurisprudencial que se retroalimenta.

Por conseguinte, na maior parte das decisões analisadas, concluiu-se que o periculum incide de maneira automática, e de modo a impossibilitar qualquer tipo de controle sobre a fundamentação de seu decreto. Percebeu-se que, sobre esse elemento das cautelares, as decisões dificilmente destinam mais do que dois parágrafos para tratar do tema, argumentando que este é o entendimento preponderante daquela corte, mas muitas vezes sem sequer colacionar qualquer precedente que o ampara.

Dentre as decisões citadas no bojo dos julgados, uma que é recorrida com frequência é aquela proferida pelo Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, que remonta ao ano de 2011. Nela, o Desembargador sustenta que a lógica aplicável

⁵ Nesse sentido: ACR 5020767-98.2019.4.04.7100, Sétima Turma, Relator Des. Danilo Pereira Junior, juntado aos autos em 10/07/2021; ACR 5041275-84.2013.4.04.7000, Oitava Turma, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 19/12/2019; ACR 5001092-66.2017.4.04.7118, Sétima Turma, Rel. Des. Cláudia Cristina Cristofani, juntado aos autos em 28/11/2019; ACR 5002476-04.2016.4.04.7117, Sétima Turma, Rel. Des. Márcio Antônio Rocha, juntado aos autos em 18/04/2017; ACR 5009018-35.2015.4.04.7000, Sétima Turma, Rel. Des. Marcelo Malucelli, juntado aos autos em 14/10/2015.

ao processo penal não é a mesma do processo civil, pois “as cautelares penais têm ínsito e presumido o risco, prescindindo de concreta demonstração de dilapidação do patrimônio do réu”, razão pela qual bastaria apenas “prova da materialidade do fato criminoso e de indícios suficientes de autoria, sendo desnecessária prova de que esteja o réu fazendo desaparecer seu patrimônio” (BRASIL, 2011).

A despeito de servir de referência para decisões posteriores nesse sentido, observou-se que a fundamentação da decisão é questionável, pois deixa de enfrentar porque seria diferente a lógica do processo penal para o processo civil, sobretudo se levado em consideração que as garantias individuais se fazem ainda mais preponderantes no âmbito criminal, o que vai na contramão do entendimento destacado. Também, não se discorre a razão pela qual o risco de dilapidação patrimonial do réu seria presumido na seara criminal, mas não na esfera cível.

De todo modo, no recorte jurisprudencial analisado, os votos da Desembargadora Federal Salise Monteiro Sanchotene foram os que mais se destacaram, porquanto fundamentam com maiores detalhes os decretos de medidas constritivas.

Também prepondera em seus votos a presunção quanto ao periculum in mora nas medidas cautelares patrimoniais. Porém, a Desembargadora costuma avançar, a fim de adaptar melhor o fundamento jurídico ao caso concreto, sustentando, por exemplo, que se os bens bloqueados forem “ativos financeiros cuja natureza permite sua ocultação, dilapidação ou evasão, [...] tendo a apelante conhecimento de que é alvo de investigação, a disponibilidade de tais bens representa risco concreto para efetividade da persecução penal”, e também que por conta da possibilidade de movimentação dos bens bloqueados “pode-se afirmar que somente a imposição das medidas assecuratórias ora impugnadas

poderá garantir, na medida necessária para a efetiva persecução penal, a preservação de tais ativos no patrimônio da apelante e ao alcance do Estado” (BRASIL, 2019a)⁶.

E, com efeito, dentre as decisões observadas, é da Desembargadora Federal Salise Sanchonete aquelas que mais condensam elementos a fim de se possibilitar uma melhor compreensão dos fundamentos sobre o posicionamento adotado pelo TRF-4 a respeito do periculum in mora em sede de cautelares penais.

Por exemplo, no julgamento da Apelação Criminal nº 5008589-29.2019.4.04.7000, referente à “Operação Integração II”, em que se imputava aos acusados a prática dos crimes de corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, fraude em licitações, peculato, associação criminosa, entre outros, notou-se que o acórdão adota como norte a natureza dos delitos imputados para fundamentar a imposição das medidas assecuratórias de arresto, hipoteca legal e bloqueio de bens (BRASIL, 2019b).

Isto é, especificamente nos casos de lavagem de capitais, sustentou-se que o periculum in mora seria presumido, pois “a própria natureza do crime em tela, que tem na sua estrutura as fases de dissimulação, ocultação e integração, autorizam presumir uma disposição dos agentes envolvidos em não facilitar o acesso aos bens ou valores”, constando, também, que, em virtude da natureza desse tipo de delito, “a lei de lavagem de ativos, atendendo a uma tendência mundial, é tão inflexível quanto à decretação de medidas assecuratórias”. Outrossim, retoma-se o argumento acima exposto no sentido de que haveria “uma plausível possibilidade de dissipação do patrimônio existente até o trânsito em julgado, ao saber que são investigados”⁷.

⁶ Fundamento semelhante, qual seja, atrelado ao risco de dissipação dos bens devido ao conhecimento das investigações, foi também utilizado pela desembargadora na ACR 5008581-52.2019.4.04.7000, juntado aos autos em 21/08/2019.

⁷ TRF4, 7ª T, ACR 5008589-29.2019.4.04.7000, Rel. Salise Monteiro Sanchotene, juntado em 21/08/2019. Fundamento semelhante, qual seja, atrelado ao risco de dissipação dos bens devido ao conhecimento das investigações, foi também utilizado pela desembargadora em outros processos de sua relatoria, como na ACR 5019811-91.2019.4.04.7000, juntado em 07/11/2019; e na ACR 5008581-52.2019.4.04.7000, juntado em 21/08/2019.

No que tange aos delitos contra a Administração Pública, - diferentemente dos demais precedentes analisados - o acórdão faz referência a dispositivos legais em que embasa a presunção do periculum in mora nas medidas impostas (elemento que não costuma ser apontado pelos demais julgadores). Aduz-se que “os delitos imputados podem configurar atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito, tendo as apelantes como beneficiárias”, de modo que “a indisponibilidade dos bens obtidos decorre de imposição constitucional e legal, prescindindo da demonstração de perigo de demora para sua decretação, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal e artigos 6º e 7º da Lei 8.429/1992”, valendo-se, ainda, de precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Dentre as decisões analisadas, estas últimas foram as que mais forneceram elementos para compreender os fundamentos da presunção absoluta do “perigo na demora” para a decretação das medidas assecuratórias. Porém, trata-se de fundamentação que não pode ser aplicada a todo e qualquer caso, vez que se refere especificamente a crimes de lavagem - considerando os atos de dissimulação patrimonial que inexoravelmente se conectam a esse tipo de delito -, ou a condutas que, além de punidas penalmente, configuram atos de improbidade administrativa - utilizando-se como fundamento legal, neste caso, a Lei nº 8.429/1992.

E, de fato, nos casos de improbidade administrativa, a jurisprudência do Tribunal Regional da 4ª Região é cristalizada no sentido de admitir o decreto de medidas constitutivas sobre o patrimônio dos acusados após o recebimento da denúncia, sustentando praticamente em uníssono que constituem “tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo, uma vez que o periculum in mora está implícito no artigo 7º da Lei n.º 8.429/1992” (BRASIL, 2021). Com isso, bastaria a presença de “fortes indícios de fraude contra o

Poder Público, e, ainda, de provável impossibilidade de ressarcimento do dano causado ao Erário”⁸ para se manter a indisponibilidade.

De modo geral, essas decisões no campo administrativo tomam como base o julgamento do Recurso Especial 1.366.721/BA, feito sob a sistemática dos recursos repetitivos, na qual a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou a orientação no sentido de que a indisponibilidade dos bens é cabível “quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição” (BRASIL, 2014). Nessas hipóteses, segundo o relator do acórdão, Ministro Og Fernandes, tal presunção é possível pois a Lei de Improbidade Administrativa “buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora [...], admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade”, porquanto nessas hipóteses, o periculum in mora milita a favor da sociedade.

Porém, importa salientar que o referido julgado não foi unânime, tendo voto contrário do relator do caso, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, conforme será analisado no próximo tópico.

De todo modo, dentro do recorte jurisprudencial realizado pôde-se concluir que: i) a presunção absoluta do periculum in mora nas medidas cautelares patrimoniais encontra acolhimento consolidado perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, não tendo sido localizadas decisões em sentido contrário; ii) a fundamentação desse tipo de medida tende a ser sucinta, sequer indicando o fundamento legal para tal conclusão, e por vezes

⁸ Nesse exato mesmo sentido, AG 5005483-39.2021.4.04.0000, Terceira Turma, Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 26/05/2021; AG 5028656-34.2017.4.04.0000, Terceira Turma, Rel. p/ Acórdão Des. Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 20/04/2021; AG 5053606-05.2020.4.04.0000, Terceira Turma, Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 23/02/2021.

nem mesmo colacionando a jurisprudência que a ampara (apesar de ser sempre citado que este entendimento é o predominante da corte); iii) a maior parte dos precedentes colacionados no bojo dos próprios julgados não se destina a efetivamente enfrentar a questão, mas é utilizada sobretudo para indicar a reiteração de decisões nesse mesmo sentido; iv) a Desembargadora Federal Salise Monteiro Sanchotene proferiu votos que avançam sobre o problema, fornecendo fundamentação mais alinhada ao caso concreto, mas que, porém, não pode ser utilizada de maneira automática para qualquer caso, já que parte do pressuposto de que o *periculum in mora* é ínsito à própria natureza do delito, isto é, se restringe a casos de lavagem de capitais e atos de improbidade.

3 DO DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS RELATIVOS ÀS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

Como apresentado, um dos principais julgados utilizados pelos desembargadores do Tribunal Regional da 4ª Região para sustentar a alegada presunção do *periculum in mora* no que toca à decretação de medidas cautelares patrimoniais é o Recurso Especial 1.366.721/BA, julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática dos recursos repetitivos. Muito embora o REsp tenha decidido pela presunção do pressuposto do perigo na demora nos casos de procedimentos de improbidade administrativa, a análise do voto divergente proferido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator do caso, mostra-se primordial não somente pelo fato de o referido caso ser utilizado na fundamentação de decisões proferidas pelo TRF-4, mas também em razão das importantes considerações tecidas pelo Ministro que importam ao tema em análise.

Nesse sentido, o Relator salienta em seu voto que as cautelares, ainda que em ações de improbidade administrativa, demandam os mesmos requisitos das medidas cautelares em geral, haja vista se tratarem de medidas acautelatórias e provisórias, não fundadas em provas incontestáveis acerca da hipótese alegada, inexistindo a presunção

do perigo de dilapidação do patrimônio da parte. Exatamente por consistirem em uma restrição ao patrimônio de um indivíduo que ainda não teve qualquer sanção definitiva aplicada em seu desfavor, sustenta o Ministro que as cautelares também nos processos de improbidade administrativa devem ser devidamente fundamentadas no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*.

Nesse ponto, o Relator cita o paralelismo das ações de improbidade com as ações penais, haja vista a carga sancionatória existente em ambas. Fazendo referência a uma medida cautelar pessoal, afirma que as garantias inerentes ao processo penal impedem, por exemplo, que uma pessoa seja levada ao cárcere apenas em razão do recebimento de uma denúncia. Referido apontamento realizado pelo Ministro, comparando medidas cautelares de procedimentos administrativos com medidas cautelares pessoais no processo penal, pode ser estendido às medidas cautelares patrimoniais em análise, pois são regidas pelas mesmas garantias constitucionais inerentes ao processo penal e aos princípios orientadores do sistema cautelar (LOPES JR., 2021).

Além disso, referidas medidas atingem diretamente o patrimônio do imputado, garantia fundamental igualmente assegurada, especialmente nos casos de arresto e hipoteca legal, cautelares aplicadas sobre o patrimônio lícito do réu, vale dizer, que não tem qualquer relação com a infração penal supostamente praticada.

Dos julgados analisados foi possível verificar que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região aplica a mesma presunção de perigo da dilapidação do patrimônio do imputado nos processos criminais, mesmo nos casos de arresto e hipoteca legal. Nessas hipóteses, inclusive, eventual condenação criminal transitada em julgado sequer acarreta na automática reparação do dano, uma vez que, salvo nas hipóteses de perdimento dos bens adquiridos com os proventos da infração penal, a sentença de mérito terá como efeito uma obrigação de reparação, podendo fixar valor mínimo para tanto, que ainda dependerá de uma ação civil posterior, mesmo que para mera execução do valor fixado na sentença, a qual constitui título executivo judicial.

A partir do observado, é possível concluir que o entendimento do TRF-4 acerca da presunção legal de *periculum in mora* para a decretação de medidas cautelares patrimoniais, dispensando a necessidade da demonstração de sua ocorrência, viola uma série de princípios inerentes às medidas cautelares.

De início, o entendimento jurisprudencial ora demonstrado viola a necessária preventividade das medidas cautelares, princípio segundo o qual a finalidade desse tipo de tutela é a prevenção da ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, como a dilapidação do patrimônio (BADARÓ, 2018). Por se tratar de medidas que visam garantir um provimento final - este, sim, de caráter definitivo -, as medidas assecuratórias não podem ser consideradas como um fim em si mesmas. Somente podem ser aplicadas quando demonstrado o perigo na eficácia do mencionado provimento final, sob pena de com este se confundirem e de possibilitar sua aplicação automática em todo e qualquer caso. Isso também viola a provisoriedade das medidas, vez que inexisteriam argumentos aptos a possibilitar a sua revisão.

Além disso, é necessário salientar que as medidas cautelares não se baseiam em um juízo de certeza, mas em cognição sumária sobre os elementos constantes no inquérito policial ou no processo criminal. Tendo em vista essa particularidade, a inexigibilidade do *periculum in mora* ofende o estado de inocência, uma vez que antecipa os efeitos patrimoniais da condenação - a indisponibilidade dos bens - sem que exista uma condenação criminal, baseando-se apenas em indícios de autoria e na materialidade do delito (ESSADO, 2014).

Conforme afirma Gustavo Badaró, as medidas cautelares patrimoniais existem exatamente para assegurar a eficácia dos efeitos da condenação declarados em sentença nas hipóteses em que se aguardar até o trânsito em julgado pode tornar ineficaz o provimento final. Sob essa perspectiva, negar a necessidade de demonstração do perigo na demora significa negar uma característica da própria medida cautelar aplicada (BADARÓ, 2020).

Não se pode olvidar, ainda, que as medidas cautelares reais incorrem em restrição ao patrimônio do acusado sem a existência de uma cognição exauriente sobre os fatos imputados, razão pela qual deve ser demonstrada a efetiva necessidade de sua aplicação, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade (LOPES JR., 2021).

Os precedentes analisados também afrontam o princípio da motivação, uma vez que, ao não enfrentarem devidamente a questão da necessidade de demonstração do *periculum in mora*, limitando-se a alegar uma suposta presunção legal abstrata do requisito e um entendimento consolidado baseado em julgados anteriores (que muitas vezes também não enfrentam o tema), violando-se, por conseguinte, o dever constitucional de fundamentação das decisões (art. 93, IX, da Constituição da República), o que dificulta, ainda, o exercício do direito ao recurso pelos acusados.

Por fim, eventual argumentação no sentido de que a lei processual penal não exige expressamente a demonstração do *periculum in mora* para a concessão de medidas cautelares patrimoniais perdeu sentido com a previsão do §1º do art. 315 do Código de Processo Penal (introduzido pela Lei 13.964/2019). O dispositivo determina que “na decretação da prisão preventiva ou *de qualquer outra cautelar* (por óbvio, aqui incluídas as patrimoniais), o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”. Essa exigência de apresentação de “fatos novos e contemporâneos” representa o fundamento legal do *periculum in mora*, uma vez que as medidas cautelares não poderão ser aplicadas com base em presunções abstratas, tal como sustentaram os acórdãos analisados (DEZEM, 2021).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, o entendimento jurisprudencial - mais especificamente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região para fins desse estudo - de que o *periculum in mora* é presumido pela lei, de modo a não se exigir a sua demonstração para a decretação das

medidas assecuratórias, não se coaduna aos princípios inerentes às medidas cautelares, do que decorre a urgência de um olhar mais detido sobre este posicionamento, evitando-se que seja aplicado automaticamente, sem um enfrentamento ponderado acerca do tema.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do (coord.). **Medidas assecuratórias do processo penal**. Rio de Janeiro: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito, n. 25).

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 1263.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma. Agravo de Instrumento nº 5008896-31.2019.4.04.0000. Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha. Juntado aos autos em 24/06/2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Sétima Turma. Apelação Criminal nº 5019811-91.2019.4.04.7000. Rel. Des. Salise Monteiro Sanchotene. Juntado aos autos em 07/11/2019a.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Sétima Turma. Apelação Criminal nº 5008589-29.2019.4.04.7000. Rel. Des. Salise Monteiro Sanchotene. Juntado aos autos em 21/08/2019b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Recurso Especial nº 1366721 BA. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Rel. p/ Acórdão Min. Og Fernandes. DJe 19/09/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Oitava Turma. Apelação Criminal nº 0016641-85.2008.4.04.7000. Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz. D.E. 04/10/2011.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Ebook.

ESSADO, Tiago. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. Sequestro dos proventos do crime: limites à solidariedade na decretação de medidas assecuratórias. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, 2020.

SOUZA, Alexander Araújo de. **O abuso do direito no requerimento de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal**. Doutrinas Essenciais Processo Penal. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

**O INTERESSE DE AGIR NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA: A RELAÇÃO ENTRE INTERESSE E
INSOLVÊNCIA**

**PROCEDURAL INTEREST IN THE PROCEEDING TO DISREGARD THE
CORPORATE VEIL AND ITS CONNECTION WITH THE INSOLVENCY OF THE
LEGAL ENTITY**

**INTERÉS JURÍDICO PARA ACTUAR EN EL INCIDENTE DE LEVANTAMIENTO
DEL VELO SOCIETARIO Y SU RELACIÓN CON LA INSOLVENCIA DE LA
SOCIEDAD EMPRESARIAL**

Júlio César Costa Ferro¹

Laura Cunha Gonçalves Simões Augusto²

RESUMO

O presente ensaio visa discutir o interesse de agir no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no Código de Processo Civil e a sua relação com a insolvência da sociedade. Para tanto, será analisada a decisão tomada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.729.554/SP que versou sobre matéria. Serão abordadas também as opiniões doutrinárias sobre o tema e os contrapontos ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça para que seja possível uma avaliação da decisão em comento.

Palavras-Chave: Desconconsideração da Personalidade Jurídica; Interesse de Agir; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This essay aims at discussing the procedural interest in the proceeding established in the Brazilian Code of Civil Procedure to disregard the corporate veil and its connection with the insolvency of the legal entity. For such purpose, the decision of

1 *Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Graduado em Direito pela PUCRS. Secretário de Tribunais Arbitrais. Advogado em São Paulo. E-mail: julio.costaferro@gmail.com*

2 *Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo. E-mail: laura.augusto@soutocorrea.com.br*

the Fourth Panel of the Brazilian Superior Court of Justice rendered in REsp No. 1.729.554/SP will be herein analyzed. The scholars' opinions on the subject as well as other counterpoints to the Superior Court of Justice's understanding shall also be assessed in this essay in order to enable an evaluation of the content of such decision.

Keywords: Disregard of Legal Entity; Procedural Interest; Brazilian Superior Court of Justice

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar el interés jurídico para actuar en el incidente de levantamiento del velo societario (desconsideración de la personalidad jurídica) existente en la Ley de Enjuiciamiento Civil brasileña, así como su relación con la insolvencia de la sociedad empresarial. Para eso, será examinada la decisión de la Cuarta Sala de la Corte Superior brasileña en el Recurso Especial nº 1.729.554/SP. A continuación, se presentarán las opiniones doctrinarias e sus contrapuntos a la opinión de la Corte Superior brasileña, de modo que sea posible evaluar la decisión en cuestión.

Palabras clave: Levantamiento del velo societario; Interés jurídico para actuar; Corte Superior brasileña.

Data de submissão: 04/08/2022

Data de aceite: 22/08/2022

1 INTRODUÇÃO³

O Código Civil, em seu artigo 50, procurou sistematizar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, trazendo ao ordenamento jurídico brasileiro uma regra geral sobre a matéria. A partir da recepção legislativa, seguiram-se diversos estudos e decisões procurando densificar a previsão constante do dispositivo em comento. Entretanto, muitas questões atinentes à matéria estão longe de serem pacificadas (USTÁRROZ, 2018. p. 88-89).

A extensão da responsabilidade patrimonial mediante a desconsideração da personalidade jurídica é um assunto naturalmente complexo. Embora se trate de

3 O presente artigo representa uma análise pessoal dos autores. E, salvo em menção em sentido contrário, não leva em consideração particularidades de casos concretos.

tema de direito material, cabe às regras processuais definir como se aferirá a efetiva ocorrência dos fundamentos que justifiquem a medida em questão. Há um necessário diálogo entre o direito material e processual no que se refere à desconsideração da personalidade jurídica.

A análise do interesse de agir no incidente de desconsideração talvez seja o ponto da matéria em que esse diálogo esteja mais presente. Uma das discussões doutrinárias atualmente existentes versa sobre a possibilidade de o interessado requerer a desconsideração de uma sociedade solvente. Em tal situação, questiona-se a necessidade da medida e conseqüentemente a existência do interesse de agir da parte que requer a desconsideração.

Em 8 de maio de 2018, o tema foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça. No REsp 1.729.554/SP /SP⁴, a Corte se manifestou no sentido de que a inexistência de bens do devedor não poderia ser considerada uma condição para a instauração do incidente de desconsideração. A decisão veio de encontro com diversas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. Na oportunidade, porém, não foram analisadas as particularidades materiais da desconsideração da personalidade jurídica, que inegavelmente teriam implicações em âmbito processual.

Pretende-se, no presente ensaio, enfrentar os fundamentos da decisão do Superior Tribunal de Justiça com o intuito de apurar se a Corte decidiu acertadamente sobre a matéria. Para tanto, serão expostos os entendimentos doutrinários, em especial aqueles que se contrapõem ao posicionamento adotado Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.729.554/SP /SP.

O presente ensaio será dividido em três partes para um enfrentamento didático do tema proposto. Na primeira parte, serão abordados aspectos gerais da desconsideração da personalidade jurídica, passando brevemente aplicação das principais teorias relacionado ao instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Na segunda parte, serão tratados os aspectos processuais do incidente de desconsideração, sendo abordada sua natureza e objeto, bem como as possíveis matérias de defesa a serem apresentadas pelo requerido. Por fim, na terceira parte,

4 REsp 1.729.554/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe06/06/2018

serão tratadas as condições da ação, em especial o interesse de agir, na qual será analisada de forma pormenorizada o REsp nº1.729.554/SP.

2 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração da personalidade jurídica não se desenvolveu instantaneamente. A consolidação do instituto se deu após longos debates e o desenvolvimento de diversas teorias que procuravam sistematizar a matéria. Nos tópicos a seguir, serão abordadas brevemente as teorias da desconsideração e a recepção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

O responsável pela introdução do estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil foi o Rubens Requião. O então professor da Universidade do Paraná proferiu conferência sobre o tema que posteriormente se tornou o texto intitulado “*Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (“disregard doctrine”)*” publicado em 1965. Na oportunidade, o autor aduziu o seguinte:

E assim, tanto nos Estados Unidos, na Alemanha, ou no Brasil, é justo perguntar se o juiz deparando-se com tais problemas, deve fechar os ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, ou se em semelhante hipótese deve prescindir da posição formal da personalidade jurídica e equiparar o sócio e a sociedade para evitar manobras fraudulentas. [...]

Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos e abusivos. (REQUIÃO, 2002).

Os estudos sobre a desconsideração da personalidade jurídica receberam posteriormente as contribuições de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Fabio Konder Comparato. O segundo concentrou a sua análise na relação entre a

desconsideração e o poder de controle⁵, enquanto o primeiro realizou um estudo de direito comparado, dando especial atenção à doutrina alemã (OLIVEIRA, 1979).

Em 1990, a teoria da desconsideração foi introduzida na legislação pátria por meio do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 28 desse diploma legal positivou a teoria ao prever que “[o] juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.” No entanto, o sistema ainda carecia de uma regra geral referente à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica.

A regra geral surgiu apenas no ano de 2002 com a edição do atual Código Civil, que dispôs, em seu artigo 50, que

[e]m caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou

5 Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, Fabio Konder Comparato entendia o seguinte: “Um dado, porém, é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes.

É, talvez, por essa razão que uma larga corrente teórica e jurisprudencial tem procurado justificar esse efeito de afastamento da personalidade jurídica com as noções de abuso de direito e de fraude à lei. A explicação não nos parece inteiramente aceitável. Ela deixa de lado os casos em que a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador, sem qualquer abuso ou fraude [...].

O verdadeiro critério parece-nos ligado à interpretação funcional do instituto, decisiva nessa matéria, como frisamos. Toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais. A função geral da personalização de coletividades consiste na criação de um centro de interesse autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem, ou que atuam em sua área: fundadores, sócios, administradores. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica e, ainda, dentro de cada categoria, de coletividade, em razão de seus atos constitutivos, estatutos e contratos sociais.

A desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui ato ilícito. Dai por que não se deve cogitar da sanção de invalidade, pela inadequação de sua excessiva amplitude, e sim da ineficácia relativa.” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 308-309).

de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.⁶

Sobrevieram, então, diversas leis especiais que passaram a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica em situações específicas. Podem ser citadas como exemplos a Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste)⁷, Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais)⁸ e Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)⁹.

3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, tem como grande mérito a pacificação do tratamento da desconsideração como um processo incidental, modificando o tratamento então conferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que o considerava a medida um mero incidente de solução instantânea (ARAÚJO, 2015, p. 346).

Ao disciplinar o incidente de desconsideração, o Código de Processo Civil privilegiou os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa¹⁰, bem como a

6 Redação dada pela Medida Provisória nº 881/2019. Anteriormente, o artigo 50 do Código Civil tinha a seguinte redação: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

7 Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

8 Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

9 Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

10 Edmar Oliveira Andrade Filho, antes da edição do atual Código de Processo Civil, já se manifestava entendimento no seguinte sentido: “A expedição da norma individual e concreta que imputa uma responsabilidade a alguém deve ser produzida debaixo das garantias constitucionais que consagram a ampla defesa e o devido processo legal.

Na Constituição Federal de 1988, essas garantias têm um núcleo, o princípio do devido processo legal, segundo o qual ninguém será privada da liberdade ou de seus bens sem o devido processo conduzido com base na lei e no direito. Ademais, a aplicação de toda e qualquer norma penal deve ser precedida de um procedimento contraditório. Na forma do art. 5º, LV, da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em

razoável duração do processo¹¹, inculpido, respectivamente, nos artigos 5º, LV e LXXVIII, da Constituição Federal, em consonância com o entendimento doutrinário sobre a matéria. Para além disso, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um instrumento apto a fortalecer o princípio da separação patrimonial, conforme aduz Wagner José Perneiro Armani:

A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica regulado por meio de incidente processual próprio fortalece o princípio da autonomia patrimonial na medida em que permite ampla dilação probatória com a possibilidade do membro da pessoa jurídica apresentar argumentos fáticos e jurídicos para afastar sua responsabilidade pelas dívidas sociais (ARMANI, 2017).

Inegável, portanto, a relevância do procedimento previsto entre os artigos 133 e 137 do Código de Processo Civil, que implementaram o instituto em nosso sistema processual.

Nos tópicos a seguir, serão analisados aspectos relevantes do incidente de desconsideração cuja compreensão é necessária para o entendimento do instituto e da questão controvertida objeto de análise na terceira parte deste ensaio.

3.1 CARACTERÍSTICAS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica – disciplinado entre os artigos 133 e 137 do Código Processo Civil – consiste em uma modalidade de intervenção de terceiros que poderá ser requerida pela parte ou pelo Ministério

geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”. Esse princípio é a pedra de toque de todo o sistema de normas postos na Constituição Federal como parte da arquitetura de um Estado de Direito. (ANDRADE FILHO, 2005, p. 155-156)

- 11 Edmar Oliveira Andrade Filho, antes da edição do atual Código de Processo Civil, já se manifestava entendimento no seguinte sentido: “A expedição da norma individual e concreta que imputa uma responsabilidade a alguém deve ser produzida debaixo das garantias constitucionais que consagram a ampla defesa e o devido processo legal. Na Constituição Federal de 1988, essas garantias têm um núcleo, o princípio do devido processo legal, segundo o qual ninguém será privada da liberdade ou de seus bens sem o devido processo conduzido com base na lei e no direito. Ademais, a aplicação de toda e qualquer norma penal deve ser precedida de um procedimento contraditório. Na forma do art. 5º, LV, da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”. Esse princípio é a pedra de toque de todo o sistema de normas postos na Constituição Federal como parte da arquitetura de um Estado de Direito. (ANDRADE FILHO, 2005, p. 155-156).

Público, quando lhe couber intervir no processo. Trata-se de espécie intervenção provocada (coata) em que terceiro poderá ser trazido ao processo independente da sua vontade (TALAMI, 2016).

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica pode ser proposto em qualquer momento do processo (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 264). Nesse sentido, o artigo 134 do Código de Processo Civil prevê que “[o] incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”.

O procedimento em questão consiste em uma ação incidental pela qual se pretende a desconstituição episódica da eficácia da personalidade jurídica. A sua instauração resulta em significativa interferência sobre o resto do processo, pois ocasiona a suspensão do processo principal (TALAMINI, 2016).

A suspensão ocasionada pelo incidente de desconsideração é uma suspensão imprópria que veda temporariamente a prática de determinados atos processuais. Enquanto o procedimento estiver em curso, poderão ser praticados apenas os atos necessários ao seu trâmite, resguardando-se a possibilidade de as partes requererem e praticarem atos urgentes destinados a impedir a consumação de dano irreparável (CÂMARA, 2015, p. 431).

A suspensão do processo não ocorrerá, porém, se o pedido de desconsideração for realizado em petição inicial, conforme disposto no artigo 134, § 3º, do Código Processo Civil (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 520-521). Nessa hipótese, formar-se-á um litisconsórcio passivo originário entre a sociedade e o sócio. Não haverá, no caso, a necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para que a medida seja apreciada e eventualmente deferida (CÂMARA, 2015, p. 430).

O artigo 134, § 4º, do Código de Processo Civil prevê que o requerimento do incidente desconsideração da personalidade jurídica deverá demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração. Em regra, a parte interessada tem o ônus de demonstrar que está presente um dos requisitos do artigo 50 do Código Civil – quais sejam, desvio de finalidade e confusão patrimonial – para que a desconsideração seja autorizada.

Outros requisitos serão aplicáveis ao caso concreto se a relação jurídica estabelecidas entre as partes for regida por lei especial (e.g., Código de Defesa do Consumidor, Lei Antitruste e Lei de Crimes Ambientais). Nesse sentido, destaca-se trecho do acórdão do REsp nº 1.729.554/SP – enfrentado a seguir – que trata dos requisitos mencionados no artigo 134, § 4º, do Código de Processo Civil:

Com efeito, o legislador, ciente de que os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica devem ser estabelecidos por normas de direito material, ateu-se à disciplina do procedimento, necessário para que se possa verificar se é ou não o caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica.

Noutras palavras, os requisitos da desconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, devendo ser apurados nos termos da legislação própria. Segue-se, entretanto, em todos os casos, o rito procedimental proposto pelo diploma processual.

Concluída a instrução, o incidente de desconsideração será resolvido por decisão interlocutória, da qual caberá agravo de instrumento (artigo 1015, IV, do Código de Processo Civil) ou agravo, na hipótese do incidente ter sido resolvido por decisão do relator (artigo 136, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Caso julgado improcedente, o incidente de desconsideração poderá ser repetido pela parte interessada. O eventual indeferimento do pedido não inibe futura repetição desde que demonstrados os requisitos que autorizem a medida (USTÁRROZ, 2018, p. 103). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, inclusive, já se manifestou nesse sentido, entendendo que *“pode a parte exequente solicitar ao juízo reiteradas vezes a desconsideração da personalidade jurídica, desde que fundada em elementos novos capazes de comprovar a situação da empresa executada, não havendo falar de coisa julgada ou preclusão.”*¹²

12 APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. I. A partir da decisão que incluiu os apelantes no pólo passivo da execução, a eles competia recorrer da decisão através do recurso cabível na espécie (na forma de agravo de instrumento), o que não fizeram, uma vez que optaram por aforar os presentes embargos à execução, momento em que se encontrava preclusa a discussão acerca da desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada. II. Pode a parte exequente solicitar ao juízo reiteradas vezes a desconsideração da personalidade jurídica, desde que fundada em elementos novos capazes de comprovar a situação da empresa executada, não havendo falar em coisa julgada ou preclusão. III. Prescrição intercorrente somente se caracteriza quando o feito permanecer estagnado ou abandonado pelo credor, o que não é o caso dos autos. IV. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa com o redirecionamento da execução contra os sócios não significa nova contagem dos juros de mora, devendo este obedecer à data em que ocorreu a citação da pessoa jurídica, pois contra essa é que a execução foi proposta (da qual os embargantes são ou eram sócios). V. Sentença e sucumbência mantidas. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70069720837, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,

Visto isso, passa-se, nos tópicos a seguir, a analisar as condições da ação no e a relação entre o interesse de agir a insolvência, sendo analisado entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.729.554/SP.

4 AS CONDIÇÕES DAS AÇÃO E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UMA ANÁLISE DO INTERESSE DE AGIR

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica – por decorrer do exercício do direito de ação – está sujeito a uma análise referente às condições da ação. A parte requerente deverá demonstrar a legitimidade e o interesse de agir ao tentar trazer o terceiro ao polo passivo da demanda principal para responder pelas obrigações de pessoa diversa.

As condições da ação são requisitos sem os quais o direito de ação não existe em dado caso concreto (DINAMARCO, 2018, p. 116). Elas podem ser definidas como condições de admissibilidade do julgamento da demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la (LIEBMAN, 2005, p. 203).

A exposição a seguir se concentra no interesse de agir no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Aqui será analisado o REsp nº 1.729.554/SP a partir das premissas acima expostas, buscando, ao final, uma análise crítica do ponto em discussão.

4.1 INSOLVÊNCIA E INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir – conforme referido no tópico acima – consiste na *“indispensabilidade (necessidade e utilidade) da via escolhida para os fins pretendidos”* (THAMAY, 2018, p. 117). Surge, a partir disso, a discussão sobre a relação entre a insolvência da sociedade e o interesse de agir da parte que requerer a instauração da desconconsideração da personalidade jurídica.

Nos tópicos a seguir, após uma exposição do REsp nº 1.729.554/SP, serão trazidas as opiniões doutrinárias sobre o tema e abordados os alguns contrapontos ao entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça na oportunidade.

Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 11/08/2016)

4.2 A DECISÃO DA QUARTA TURMA NO RESP Nº 1.729.554/SP

Em 8 de maio de 2018, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp nº 1.729.554/SP, interposto pelo Banco Sofisa S/A. O recurso tinha como objeto reformar decisão proferida pela 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em primeiro grau, o Banco Sofisa S/A teve seu pedido de instauração do incidente de desconideração da personalidade jurídica indeferido. Na ocasião, o magistrado entendeu que “[o] pedido de desconideração da personalidade jurídica é prematuro, havendo a necessidade de maior investigação para que se possa apurar a ausência de bens e eventual abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade ou confusão patrimonial.”

A decisão de primeiro grau foi objeto de agravo de instrumento (Agravo de Instrumento nº 2096910-65.2017.8.26.0000)¹³, improvido pela Câmara 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve a decisão *a quo* sob o seguinte fundamento:

Desta forma, em razão da ausência de esgotamento de meios para localização de bens, não se constata que o agravante possua interesse processual, por ora, para redirecionar a cobrança de dívida com base em confusão patrimonial e existência de grupo econômico fraudulento, sem que antes se proceda à efetiva constatação quanto à ausência de bens passíveis de penhora, com o objetivo de cumprir o pressuposto de insuficiência patrimonial.

O Banco Sofisa S/A interpôs Recurso Especial, fundado no artigo 105, III, ‘a’, da Constituição Federal, alegando que violação dos artigos 133 e 134 do Código de Processo Civil. O recorrente alegou, em síntese, que a insuficiência de bens do devedor não seria um requisito legal para instauração do incidente de

13 EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – Decisão agravada que indeferiu o pedido de desconideração da personalidade jurídica – Medida excepcional – Ausência de esgotamento dos meios para localização de bens dos executados – Pleito de desconideração que se mostra prematuro – Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2096910-65.2017.8.26.0000; Relator (a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 30ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/06/2017; Data de Registro: 28/06/2017).

desconsideração da personalidade jurídica. O Recurso Especial foi distribuído para a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ficando sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

O Ministro Luis Felipe Salomão inicialmente assentou a matéria em discussão aduzindo que *“A principal controvérsia consiste em definir se, para a instauração e o processamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica - previsto no novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) -, é requisito a comprovação de inexistência de bens do devedor”*.

No curso do voto, o Ministro Luis Felipe consignou que *“o legislador, ciente de que os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica devem ser estabelecidos por normas de direito material, ateve-se à disciplina do procedimento, necessário para que se possa verificar se é ou não o caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica”*. Assinalou, ainda, que *“[...] além de a constatação da insolvência não ser suficiente à desconsideração - para o caso do art. 50 do CC -, com mais razão a inexistência de bens do devedor não pode ser condição para a instauração do procedimento que objetiva aquela decretação.”*

Com base nos argumentos acima referidos, o Ministro Luis Felipe Salomão se manifestou pelo provimento do recurso interposto pelo Banco Sofisa S/A. Os demais integrantes da Turma acompanharam o relator na decisão, sendo reformado o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça foi de encontro com reiteradas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. A Corte Estadual, em diversas oportunidades, manifestou entendimento de que seria prematuro o pedido de desconsideração quando não esgotadas as diligências para apurar a existência de bens da sociedade executada¹⁴.

14 Cita-se exemplificativamente os seguintes julgados: Agravo de Instrumento 2152153-91.2017.8.26.0000; Relator(a): Israel Góes dos Anjos; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 31ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/09/2017; Data de Registro: 28/09/2017. Agravo de Instrumento 2092290-10.2017.8.26.0000; Relator(a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 29/06/2017; Data de Registro: 10/07/2017. Agravo de Instrumento 2242868-82.2017.8.26.0000; Relator(a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/02/2018; Data de Registro: 15/02/2018. Agravo de Instrumento 2165201-20.2017.8.26.0000; Relator(a): Ana Catarina Strauch; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 7ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 20/02/2018; Data de Registro: 21/02/2018.

4.2.1 Contrapontos ao Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

A relação entre a insolvência da pessoa jurídica e o interesse de agir na desconsideração da personalidade jurídica é razão de embate constante na doutrina. Não há um entendimento unânime em relação à matéria, havendo diversos autores que se contrapõem ao entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.729.554/SP e entendem que há uma relação incidível entre o interesse de agir e a insolvência.

Arruda Alvim entende “*a simples existência de sociedade unipessoal assim como a confusão patrimonial não constituem condição suficiente para ensejar a despersonalização, pois, apesar de constituírem-se em ilícitos, podem vir a não prejudicar terceiros.*” (ARRUDA ALVIM NETTO, 1995, p. 66). O autor não é único com esse entendimento.

Otávio Joaquim Rodrigues Filho tem posição semelhante a de Arruda Alvim, assim assinalando sobre o tema:

Outra questão relevante é se haveria interesse de agir para a desconsideração se a pessoa jurídica tem capacidade econômica de arcar com a responsabilização. Para a resposta a essa questão deve ser lembrada a noção do que venha a ser insolvabilidade, que se demonstra pelo desequilíbrio entre o ativo e o passivo da sociedade, ou seja, quando o valor das obrigações excede o efetivo valor do patrimônio social. Nesse sentido, a desconsideração, somente se justifica quando o patrimônio da pessoa jurídica for insuficiente para o adimplemento forçado ou, ao menos, quando não há possibilidade, ainda que momentânea, de adimplir a obrigação. [...].

Entretanto, há que se ponderar que a desconsideração da personalidade não busca excluir a responsabilidade da pessoa jurídica, mas estabelecer a responsabilidade subsidiária dos seus dirigentes. Não há interesse jurídico em buscar a responsabilização dos sócios ou administradores, com a utilização do aparato Judiciário, se o responsável primário, a pessoa jurídica, é solvente e pode cumprir a obrigação. (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 214-215).¹⁵

15 Otávio Joaquim Rodrigues Filho ainda acrescenta: “Todavia, não é somente por esse motivo que deve ser observada a situação de insolvabilidade da sociedade devedora; toda a teoria da desconsideração, caso vista sob o prisma da responsabilização, baseia-se na sanção pela utilização indevida da pessoa jurídica, quando os dirigentes da sociedade violam indiretamente o direito de terceiros, impedindo que seja possível cumprir suas normais obrigações. Não há interesse de agir, desta maneira, em buscar a ampliação do polo passivo da execução se o patrimônio do executado comporta a responsabilização”. (RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da Personalidade Jurídica e Processo*: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 215).

Pedro Henrique Torres Bianchi – com base na doutrina de Ulrich Drobniq – segue na mesma linha, sendo categórico em relação à inexistência do interesse de agir quando a sociedade executada tem patrimônio suficiente para fazer frente às obrigações:

O legitimado só poderá pedir a desconsideração quando ele tiver interesse jurídica, ou seja, quando provimento a ser buscado lhe for útil. Somente portanto se a pessoa jurídica (ou o sócio, na desconsideração inversa) não tiver quantidade de patrimônio suficiente disponível é que haverá interesse na desconsideração. Não basta o mero inadimplemento ou mora (CC, art. 394) para justificá-lo, é necessário que haja insolvência, caracterizada como desequilíbrio econômico-financeiro negativo do devedor. Ou seja, é insolvente quem deve mais do que a somatória dos bens como demonstra o art. 748 do Código de Processo Civil (BIANQUI, 2010).

Como já apontado, a doutrina está longe de ser pacífica sobre essa questão. Em sentido contrário, Fredie Didier Junior aduz que, na desconsideração da personalidade jurídica, é tratada a responsabilidade direta dos sócios. Sendo assim, entende que pela prescindibilidade da análise da solvência da sociedade, conforme se depreende do excerto abaixo:

É irrelevante que a pessoa tenha ou não bens passíveis de ser executados. Na desconsideração, reputa-se o ato como praticado pelo sócio, ou outra sociedade do mesmo grupo, que deverá responder, isoladamente pela obrigação (DIDIER JUNIOR, 2007, p. 166).

Assim, percebe-se que o cerne da discussão, em verdade, está na natureza da responsabilidade dos sócios eventualmente atingidos pela desconsideração.

Os autores que defendem a relação entre a insolvência e o interesse de agir entendem os sócios seriam subsidiariamente responsáveis em relação às obrigações da sociedade em caso de desconsideração. Logo, tendo a sociedade patrimônio suficiente para fazer frente às obrigações, ainda que presente uma causa que justificasse a desconsideração, inexistiria interesse de agir por parte do interessado.

Por outro lado, entendendo que há responsabilidade direta dos sócios, a insolvência da sociedade em nada afetaria o interesse de agir da parte interessada. Deste modo, seria necessário apenas demonstrar um fundamento material que

justificasse a desconsideração, sendo dispensável qualquer investigação quanto à existência ou não de bens da sociedade. Os sócios responderiam, portanto, ainda que a sociedade pudesse fazer frente a tais obrigações.

Embora respeitáveis as opiniões em sentido diverso, existem argumentos reforçam a correlação entre o interesse de agir e insolvência. Tal entendimento parece estar em consonância com a ideia de que a desconsideração da personalidade jurídica é uma medida extrema que deve ser considerada a *ultima ratio*. Se assim entendida, poder-se-á evitar o desvirtuamento do procedimento, conforme tratado no tópico a seguir.

4.2.2 Possibilidade de Abuso de Processo

Um relevante contraponto ao entendimento manifestado no REsp nº 1.729.554/SP é, na verdade, o risco que decorre do afastamento da correlação entre a insolvência e o interesse de agir. Trata-se da possibilidade de o abuso de processo mediante a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com desvio de finalidade.

O abuso ocorre toda vez em que determinada escolha da parte desvia ou deturpa a finalidade do processo. A anormalidade do ato abusivo reside na disparidade entre os meios utilizados pelo sujeito e os fins por ele almejados (ABDO, 2007, p. 101), sendo o abuso do processo definido por Michele Taruffo no seguinte sentido:

Em termos gerais, o abuso de ação ocorre quando um autor promove uma demanda sem qualquer interesse legítimo em fazê-lo (Taelman fala do descuido pré-processual referindo-se à inadequada preparação do caso). Isto ocorre em diversos casos nos quais a ação é conduzida sem qualquer base legal ou fática (ver, e.g., Andrews, Taelman, Taniguchi), ou valendo-se de uma alegação frívola de violação (Hazard), ou com o propósito de obter um mero conselho legal da corte ou qualquer outro propósito impróprio ou ilegítimo (ver Mancini, Hess e Andrews), ou a fim de perturbar ou intimidar a outra (Taelman)(TARUFFO, 2009).

O incidente de desconsideração – caso seja autorizada sua instauração sem a necessidade da parte interessada demonstrar a insolvência da sociedade – poderá ocasionar o abuso de processo. O incidente poderá ser instaurado com o único

propósito de trazer os sócios para a demanda e constrangê-los ao cumprimento de obrigação da sociedade sem que haja justificativa para tanto.

Nessa situação, o expediente estaria sendo utilizado em patente desvio de finalidade, pois um instituto criado para oportunizar o exercício do contraditório e da ampla defesa estaria sendo utilizada justamente para constranger pessoas que deveriam ter os seus direitos processuais protegidos por meio do procedimento em questão.

Situações como a acima mencionada podem e devem ser evitadas, mostrando-se necessário que sejam afastadas as possibilidades de desvirtuamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. O vínculo apontado pela doutrina entre o interesse de agir e a insolvência se mostra uma ferramenta apta para isso, impedindo a de instauração de incidentes de desconsideração infundados.

5 Conclusão

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento jurídico-processual que visa proteger o direito das partes ao contraditório e ampla defesa. O seu desenvolvimento e positivação são inclusive um reforço ao princípio da autonomia patrimonial, princípio este que é necessário ao desenvolvimento econômico do país e tem importância ímpar para o direito societário.

O mau uso do incidente de desconsideração pode, porém, causar mais do que um mero incômodo à parte que é trazida a juízo para responder por dívidas da sociedade. O desvirtuamento do procedimento – além de poder configurar abuso de processo, conforme mencionado no item 3.2.1.2 acima – pode representar uma ameaça real ao princípio da autonomia patrimonial.

Pelas razões expostas, entende-se que o Superior Tribunal de Justiça não tomou a decisão correta ao afastar a necessidade de a parte interessada demonstrar a ausência de bens da sociedade – responsável primária pelo cumprimento da obrigação – ao requerer instauração do incidente de desconsideração. Na desconsideração da personalidade jurídica – medida extrema que deve ser considerada a *ultima ratio* – deve-se preservar os sócios de obrigações que

inicialmente nos lhes cabia o cumprimento, devendo a responsabilidade dos sócios ser apurada pelos meios próprios.

Em virtude do exposto, conclui-se que a melhor solução seria entender que não há interesse de agir no incidente de desconsideração quando a sociedade tem patrimônio suficiente para fazer frente às obrigações sociais. Caso as obrigações em questão decorram de ato ilícito de um sócio, a sociedade e os demais sócios terão outros meios previstos em nosso ordenamento jurídico para responsabilizá-lo e puni-lo, bem como para reparar eventuais danos sofridos pela sociedade.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. **Abuso de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARMANI, Wagner José Penereiro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica como forma de fortalecimento do princípio da autonomia patrimonial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 169-190, jul./set. 2017.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. (Coleção Estudo e Pareceres – Direito Comercial).

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração judicial da personalidade jurídica pela óptica processual**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. turma). REsp 1.729.554/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 08 maio 2018, DJe 06 jun. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial**: com anotações ao projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coords.). **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 159-177.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de processo civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; SILVA, Ricardo Alexandre. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio (coords.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. 2.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica ("disregard doctrine"). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 803, p. 751-764, set. 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70069720837 (16. câmara cível). Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 11 ago. 2016.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da Personalidade Jurídica e Processo**: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SANTOS, Júlio César Guzzi dos; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. A extensão das matérias de defesa no incidente de desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v.44, n.288, p. 73-92, fev. 2019.

TALAMINI, Eduardo. **Incidente de desconsideração de personalidade jurídica**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049->

Incidente+de+desconsideracao+de+personalidade+juridica. Acesso em: 5 de maio de 2019.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 177, p. 153-183, nov. 2009.

THAMAY, Renan Faria Krüger. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A desconsideração da personalidade jurídica no direito processual civil brasileiro. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio (coords.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 317-332.

USTÁRROZ, Daniel. **Intervenção de terceiros**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale: le società commerciali**. 5. ed. Milão: Dottor Francesco Vallardi, 1935, v. 2.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação da responsabilidade e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio (coords.). **Processo societário II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 213-224.

**A LEI DE DROGAS E A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO EM SITUAÇÕES DE
FLAGRANTE: ANÁLISE DE CASOS ASSISTIDOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA
NA COMARCA DE MONTENEGRO/RS EM 2021**

**THE DRUG LAW AND THE INVIOABILITY OF THE DOMICILE IN SITUATIONS
OF FLAGRANTING: ANALYSIS OF CASES ASSISTED BY THE PUBLIC
DEFENDER IN THE DISTRICT OF MONTENEGRO/RS IN 2021**

**LA LEY DE DROGAS Y LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO EN SITUACIONES
DE FLAGRANTES: ANÁLISIS DE CASOS ATENDIDOS POR LA DEFENSORA
PÚBLICA EN EL DISTRITO DE MONTENEGRO/RS EN 2021**

Eduardo Guimarães Brandão¹

João Pedro Peralta²

Nilma Vanessa Nunes Portugal³

RESUMO

O domicílio é inviolável segundo a Constituição Federal e o crime do artigo 33 da Lei 11.343/06 é uma realidade em todo o país. Sendo considerado um crime permanente, discute-se a legalidade do flagrante que viola o domicílio nos delitos de tráfico na Comarca de Montenegro/RS. Essa pesquisa tem como objetivo analisar as decisões proferidas na comarca mencionada a respeito da alegação de nulidade por violação do domicílio em casos atendidos pela Defensoria Pública no segundo semestre do ano de 2021 em comparação com a jurisprudência firmada pelo STJ no REsp 1.865.363. A pesquisa tem caráter qualitativo, descritivo e documental, metodologia pela qual foram analisados 35 processos de tráfico de drogas atendidos pela Defensoria Pública no segundo semestre de 2021, com o intuito de apurar o deferimento das alegações de nulidade, os argumentos utilizados pelo juízo em caso de indeferimento e os bairros em que ocorreram os flagrantes. Após, foi realizada a comparação das decisões com a mencionada jurisprudência e uma análise crítica apurando aspectos da política criminal de drogas. Em 11 processos foi arguida a nulidade pela violação do domicílio. Em todas as oportunidades a nulidade foi indeferida. Todos os indeferimentos tiveram como fundamentação a jurisprudência do TJ-RS com relação à autorização do ingresso policial em caso de crime

1 Professor (Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER) e Advogado; Mestre em Ciências Criminais (PUCRS);

2 Estagiário de Direito na Defensoria Pública de Montenegro/RS; Graduando em Direito no Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER; peralta.joao.pedro@gmail.com

3 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana; Analista Processual na Defensoria Pública de Montenegro/RS; nilmaportugal@gmail.com

permanente. As invasões de domicílio ocorreram em bairros em situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas; Inviolabilidade do Domicílio; Política Criminal; Nulidade; Montenegro/RS.

ABSTRACT

The domicile is inviolable according to the Federal Constitution and the crime of article 33 of Law 11.343/06 is a reality throughout the country. Being considered a permanent crime, the legality of the act that violates the domicile in trafficking offenses in the District of Montenegro/RS is discussed. This research aims to analyze the decisions rendered in the aforementioned district regarding the claim of nullity for violation of the domicile in cases attended by the Public Defender's Office in the second half of 2021 in comparison with the jurisprudence established by the STJ in REsp 1,865,363. The research has a qualitative, descriptive and documentary character, a methodology by which 35 drug trafficking cases attended by the Public Defender's Office in the second half of 2021 were analyzed, in order to determine the granting of nullity claims, the arguments used by the court in this case. of denial and the neighborhoods in which the flagrant took place. Afterwards, the decisions were compared with the aforementioned jurisprudence and a critical analysis was carried out to investigate aspects of the criminal drug policy. In 11 cases, nullity was argued for violating the domicile. In all opportunities the nullity was rejected. All denials were based on the jurisprudence of the TJ-RS regarding the authorization of police entry in case of permanent crime. Home invasions occurred in vulnerable neighborhoods

Keywords: Drug Trafficking; Inviolability of the Home; Criminal Policy; Nullity; Montenegro/RS.

RESUMEN

El domicilio es inviolable según la Constitución Federal y el delito del artículo 33 de la Ley 11.343/06 es una realidad en todo el país. Siendo considerado un delito permanente, se discute la legalidad del acto que viola el domicilio en los delitos de tráfico en la Comarca de Montenegro/RS. Esta investigación tiene como objetivo analizar las decisiones dictadas en el mencionado distrito sobre la demanda de nulidad por violación de domicilio en los casos atendidos por la Defensoría Pública en el segundo semestre de 2021 en comparación con la jurisprudencia establecida por el STJ en REsp 1.865.363. La investigación tiene un carácter cualitativo, descriptivo y documental, metodología mediante la cual se analizaron 35 casos de narcotráfico atendidos por la Defensoría del Pueblo en el segundo semestre de 2021, con el fin de determinar el otorgamiento de pretensiones de nulidad, los argumentos utilizados por el tribunal en este caso de la negación y los barrios en los que se produjo la flagrancia. Posteriormente, se contrastaron las decisiones con la citada jurisprudencia y se realizó un análisis crítico para indagar aspectos de la política criminal de drogas. En 11 casos se alegó nulidad por violación del domicilio. En todas las oportunidades se rechazó la nulidad. Todas las negativas se basaron

en la jurisprudencia del TJ-RS respecto a la autorización de ingreso policial en caso de delito permanente. Se produjeron allanamientos de morada en barrios vulnerables.

Palabras clave: Narcotráfico; Inviolabilidad del Hogar; Política Criminal; Nulidad; Montenegro/RS.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata a respeito da lei de drogas (BRASIL, 2006) e a flexibilização da inviolabilidade do domicílio em situações de flagrante, analisando casos envolvendo indivíduos assistidos pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul na Comarca de Montenegro no ano de 2021.

O trabalho foi norteado através da problemática da apreciação da nulidade arguida pela Defensoria Pública com relação a mitigação do princípio da inviolabilidade de domicílio, em casos de ingresso forçado dos agentes policiais sem mandado judicial em crimes de tráfico de drogas, na comarca de Montenegro/RS no segundo semestre do ano de 2021. Não apenas, o estudo questiona a argumentação utilizada nas referidas decisões de primeiro grau.

Desde 2006, ano no qual a lei de drogas passou a vigorar no Brasil, até junho de 2020, o número de presos por crimes da referida lei no Brasil aumentou de 31.529 para 207.487 (ZACARIAS, 2021). Esse número representa quase um terço dos mais de 700.000 encarcerados no Brasil no ano de 2020 (DEPEN, 2020). Desse modo, em uma constatação anterior ao estudo, tendo em vista a expressividade de condenações pelo crime de tráfico de drogas na região de Montenegro, partiu-se da inquietação de que as teses de nulidade face à violação de domicílio em situações de flagrante no crime de tráfico de drogas vinham sendo indeferidas.

Nesse sentido, pretende-se averiguar os casos em que a Defensoria Pública alegou nulidade da prisão em flagrantes relacionadas ao crime de tráfico de drogas em que ocorreram o ingresso forçado da Polícia Militar e a apreciação do juízo da Comarca de Montenegro/RS no segundo semestre do ano de 2021, bem como comparar os resultados obtidos com o recente entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 598051 / SP (2020/0176244-9) e os conceitos doutrinários acerca da política criminal adotada no Brasil.

A pesquisa tem caráter qualitativo, descritivo e documental, tendo em vista que foi analisado o conteúdo das sentenças, buscando apurar a apreciação do juízo acerca da alegação de nulidade baseada na violação do domicílio durante o flagrante policial, bem como em caso de indeferimento, apontar os principais argumentos utilizados pela jurisdição em prol da mitigação do princípio em análise em uma correlação com aspectos sociais que levam a seletividade penal e a determinadas particularidades no sistema repressivo, como o local em que ocorreram os fatos.

Os processos foram filtrados através de contato realizado pelo defensor público atuante na 1ª Defensoria de Montenegro/RS, Rodrigo dos Santos Ribeiro, junto à Central de Serviços Integrados da instituição. Após a listagem, foram encontrados 35 processos sob a matéria de tráfico de drogas com atuação da Defensoria Pública que tiveram sentença durante o período entre 01 de julho de 2021 e 31 de dezembro de 2021. A partir disso foi iniciada a fase de análise do conteúdo das sentenças.

Dessa forma, a análise processual buscou responder se houve alegação de nulidade por violação de domicílio por parte da Defensoria Pública; se, em sentença, o juízo de 1º grau acolheu a nulidade arguida; em caso de indeferimento, quais os principais argumentos utilizados pelo juízo, em quais bairros ocorreram o maior número de situações de invasão de domicílio. Em fase posterior, foi realizada uma análise crítica dos dados colhidos em comparação com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 598051 / SP 2020/0176244-9.

2 DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Para compreender o fenômeno do flagrante em contraponto ao princípio da inviolabilidade do domicílio, é necessário definir o conceito de domicílio e a implicação dessa garantia constitucional no sistema penal brasileiro.

A inviolabilidade do domicílio, como manifestação do direito à intimidade, bem como os direitos à vida privada, honra e imagem, está explícita na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e consagrada como um direito da personalidade. O domicílio, sob a visão constitucional, é asilo inviolável, sendo vedada a penetração de qualquer indivíduo sem autorização (RAMOS, 2019). Desse modo, tal direito é

uma garantia constitucional que assegura a integridade moral e física do indivíduo em seu lar.

É importante ressaltar que o Estado, possuidor da força coercitiva, não possui autorização para sobrepor direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 (SILVA, 2021), levando em conta que o princípio da inviolabilidade do domicílio protege o domicílio de qualquer abuso ou violência policial. Mesmo àquele que detém o maior poder e aparato coercitivo não é permitido o ingresso imotivado no domicílio do menos afortunado (SANTOS, 2014).

Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XI, também prevê as ocasiões em que é possível subjugar a inviolabilidade do domicílio, quais sejam, a situação de flagrante delito, o desastre, a necessidade de prestar socorro a alguém dentro de casa e a determinação judicial a ser executada durante o dia (BRASIL, 1941).

Nesse ponto, discute-se a legalidade da invasão de domicílio em situação de flagrante nos casos de tráfico de drogas, haja vista, a necessidade de formalidades para configurar a situação de flagrante, bem como a produção de provas lícitas para a apuração dos delitos, haja vista, o caráter de direito fundamental conferido à proteção ao domicílio.

3 DO TRÁFICO DE DROGAS E DO FLAGRANTE

Com a finalidade de entender o fenômeno do flagrante ilegal no crime de tráfico de drogas é necessário, primeiramente, destrinchar a relação do tipo penal em questão com a prisão em flagrante e a ilegalidade das condutas violadoras da intimidade.

Inegável é a relação da humanidade com as substâncias entorpecentes ao longo da história, sendo essas, motivadoras de inúmeros conflitos econômicos e políticos, no século XIX, e criminais, no século XX. Ao dissertar sobre o crime de tráfico de drogas é inevitável mencionar o impacto do proibicionismo para o estabelecimento desse tipo penal e toda a carga social que o instituto carrega.

O proibicionismo é uma política criminal que aborda o tráfico e o consumo de drogas com fundamento jurídico-moral, utilizando a ideia de coerção da segurança

pública sobre o consumo, a produção e a venda de entorpecentes para fins de controle sanitário e social (RODRIGUES, 2006).

Tal abordagem dos agentes de segurança, do poder legislativo, do poder judiciário e demais membros da segurança pública, acaba por referenciar uma visão do suspeito do crime de tráfico como uma espécie de inimigo interno (CARVALHO, 2016), tornando justificável a restrição dos seus direitos fundamentais e a exacerbação de sua pena. Essa visão bélica aplicada atualmente quanto ao crime de tráfico é herança do modelo de segurança repressivo implementado após o Golpe Militar de 1964, tornando como regra a eliminação de indivíduos marginalizados política e criminalmente.

No contexto contemporâneo, o arquétipo do “inimigo interno” compõe o fenômeno da criminalização, pelo qual, é institucionalizada a punitividade sobre as condutas consideradas transgressoras em um contexto social. Nesse ponto, considerando que o Estado monopoliza a coerção estatal, o processo de criminalização sob os indivíduos transgressores age de forma implacável e excludente, evidenciando a possibilidade de que a política criminal tenha sido estabelecida com o intuito de beneficiar uma classe dominante (MISSE, 2011).

Compreendendo a servidão da política criminal às classes dominantes, é possível associar a facilidade encontrada na criminalização de indivíduos marginalizados com a finalidade de trazer às classes hegemônicas uma ideia de conforto através da punitividade (ZAFFARONI, 2004, p. 76). A mencionada visão crítica é objeto da abordagem teórica da criminologia interseccional (POTTER, 2013)⁴, pela qual, é possível a realização de uma análise mais complexa com relação à dinâmica de diferentes grupos sociais em um contexto criminal.

Indubitavelmente, o sistema penal brasileiro historicamente é marcado pela seletividade e desigualdade em sua aplicação punitiva (PILATI, 2013). Desse modo, a política criminal de drogas adotada no Brasil assemelha-se, em muito, ao Direito Penal do Inimigo (JAKOBS, 2008), o qual prevê uma explícita distinção entre o direito do “cidadão” e o direito, ou melhor, a ausência de direitos, do “inimigo”. Portanto, é possível afirmar que, a lógica defendida por Günther Jakobs possui

4 “uma abordagem teórica que demanda uma reflexão crítica sobre as identidades e status interconectados de indivíduos e grupos em relação às suas experiências criminais, ao controle social do crime e a quaisquer questões associadas ao crime”

características semelhantes a um constante estado de Exceção (CALLEGARI, 2016)⁵.

A política de drogas, nesse aspecto, reforça o traficante, o adicto e o consumidor como um “inimigo”, visto sob uma série de estereótipos. Diante disso, a segurança pública passa a adotar uma postura de eliminação de incômodos, absorvendo, assim, uma legitimidade implacável em sua atuação, de forma a sobrepor qualquer limite ou barreira legal na busca incessante pela eliminação do “inimigo” (CARVALHO, 2016).

Adentrando-se no instituto do flagrante, afirma-se que é dever do Estado justificar a restrição que será imposta ao direito fundamental à intimidade ou à locomoção de forma sólida e coerente, não cabendo ao indivíduo provar a imprescindibilidade do seu direito fundamental (SILVA, 2005). Por essa lógica, o flagrante imotivado implicaria em uma inversão da lógica do processo penal pautada na presunção de inocência e, dessa forma, acarretando evidente inconstitucionalidade na aplicação da restrição da liberdade.

Considerando o crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343, delito que necessita, em regra, de prova de materialidade através de apreensões de substâncias entorpecentes e, conseqüentemente, elaboração de laudo pericial, discute-se a legalidade da violação do domicílio em caso de flagrante no crime de tráfico de drogas.

Curioso é o fato de que, grande parte dos verbos nucleares do tipo penal do crime de tráfico de drogas, como “ter em depósito, preparar e produzir” indicam situações que perduram no tempo. Dessa forma, o indivíduo que apenas possui drogas em sua residência, mesmo que, para consumo próprio, estaria em constante situação de flagrância (PRADO, 2020), em razão do caráter permanente (GRECO, 2017)⁶ da conduta.

A partir disso, discute-se a possibilidade de que a conduta considerada permanente autorize a entrada dos agentes policiais em uma configuração de flagrante. Tal diferenciação é necessária para a interpretação dos entendimentos

5 “O Estado de Exceção, nesse aspecto, é considerado como a capacidade que se reserva o Estado de ampliação da violência estatal com a suspensão ou, até mesmo, violação da lei, o que pode ocorrer, por exemplo, em ‘estados de sítio’ ou ‘estados de emergência’.”

6 Crime permanente “É aquele cuja consumação se prolonga no tempo”.

firmados pelos tribunais superiores, tendo em vista, as divergências jurisprudenciais quanto à validade da invasão de domicílio nessas situações (VIERA, 2014).

No entanto, não é possível que a mera suspeita superficial da prática do crime de tráfico coloque o indivíduo em estado de flagrância e permita a violação do seu domicílio. Dessa forma, observa-se a necessidade de justa causa para que haja o flagrante no interior do domicílio do suspeito.

Como observado por MATOS (2020), “os “sujeitos suspeitos” não podem estar na rua, mas tampouco podem estar tranquilos em casa”. Dessa forma, o discurso naturalizado que investe o judiciário ao tratar da temática em questão, acaba por institucionalizar a violação de um direito fundamental.

Em análise do art. 28 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006)⁷ sequer existe uma diferenciação clara e objetiva entre os tipos penais de posse de drogas e tráfico de drogas, perpassando a efetiva caracterização do crime de tráfico pela intenção subjetiva do agente, não incidindo meramente em questões quantitativas.

Embora o art. 28 possua um caráter despenalizador em sua previsão, “só alcança aquele que não precisa traficar para consumir droga” (BOITEUX, 2018) de modo que não ocorre ruptura na relação de interdependência entre o consumo e o tráfico, gerando dúvidas com relação ao verdadeiro efeito do dispositivo legal. Em adição, o tipo penal do consumo pessoal de entorpecente, em sua similaridade com o tipo de tráfico, também carrega a característica de crime permanente, motivo pelo qual, a confusão entre os tipos penais é intensificada.

Assim, não é exato afirmar que o consumo de drogas não é punido, haja vista que, as condutas que possibilitam o consumo (adquirir, guardar, transportar) incidem no disposto no art. 33 da Lei de Drogas. Mesmo aquele que pretende utilizar a droga intimamente, terá que adquiri-la, guardá-la ou transportá-la (TORON, 1991, p. 43). Desse modo, gera-se uma espécie de criminalização pela adicção (CARVALHO, 2016) ou pelo mero consumo, gerando um emaranhado entre o aspecto criminal e sanitário da problemática das drogas.

4 NULIDADE DAS PROVAS E DO FLAGRANTE

7 BRASIL. Lei nº 11.343, 23 de agosto de 2006. “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

Ao debater acerca da inviolabilidade do domicílio, acaba-se adentrando, não apenas nas consequências fáticas, como também nas consequências processuais da violação do domicílio. Nesse ponto, é necessário analisar a legalidade das provas obtidas na ocorrência de flagrante que inobserva o procedimento previsto pelo STJ.

Ressalta-se que a violação de domicílio deve ocorrer apenas nos casos em que houver indícios precisos de ação criminosa no local (OLIVEIRA, 2020). Dessa forma, caso sejam encontrados indícios de autoria e materialidade da conduta delitativa durante a invasão ao domicílio, tais elementos se revestiriam em provas ilegais, ensejando a inutilização das provas para o juízo condenatório (SOUTO, 2019).

Levando em conta a “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”, que afirma que as provas ilícitas acabam tornando ilícitas as demais provas delas oriundas (DEZEM, 2008), eventual apreensão de drogas e demais elementos que indiquem a prática do delito de tráfico de drogas torna-se ilícita quando ocorre em violação ao domicílio, configurando nulidade.

Em regra, o ingresso dos agentes de segurança no domicílio deverá ser realizado através de mandado, observando o disposto no art. 243 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)⁸. Ainda, não há previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro no sentido de autorizar a busca domiciliar diante da mera concordância informal do indivíduo abordado (CAVALCANTI, [2014]). Isso se dá, na tentativa de evitar eventuais constrangimentos e coações advindos da força coercitiva, assegurando a proteção constitucional.

Por muito tempo, os tribunais entenderam a existência de possibilidade de mitigação da inviolabilidade do domicílio através de meras suspeitas da prática criminosa (BRASIL, 2019)⁹. Frequentemente, tais decisões legitimavam uma atitude

8 BRASIL, Decreto-Lei nº 3689,03 de outubro de 1941. Art. 243. O mandado de busca deverá: I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; II - mencionar o motivo e os fins da diligência; III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. § 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca. § 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

9 BRASIL. Tribunal de Justiça do RS (2. câmara criminal). Apelação Criminal 70082176256. Relator: Rosaura Marques Borba, Porto Alegre, 17 dez. 2019.

desenfreada por parte dos agentes coercitivos, possibilitando a extensão da configuração do flagrante mesmo sem a expressa autorização ou fundadas razões para o ingresso policial. De forma geral, tal posicionamento gerava um impasse entre a previsão constitucional e a realidade da norma aplicada.

Nesse ponto, cabe ressaltar que em março de 2021 houve relevante alteração no entendimento com relação ao procedimento adotado durante os flagrantes domiciliares firmado pelo STJ no Habeas Corpus nº 598051 / SP (2020/0176244-9).

Assim é imperiosa a exigência dos agentes estatais no registro detalhado da operação de ingresso em domicílio alheio, com a assinatura do morador em autorização que lhe deverá ser disponibilizada antes da entrada em sua casa, indicando, outrossim, nome de testemunhas tanto do livre assentimento quanto da busca, em auto circunstanciado.

Diante disso, observa-se a necessidade de produção de prova documental atestando a concordância do investigado ante o ingresso dos agentes policiais. Resta evidente que, sob a visão do Tribunal, mera concordância informal, baseada exclusivamente na palavra dos agentes policiais, não configura prova apta a atestar a legalidade da operação (RENTZ, 2021).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que a mera suspeita de um crime permanente não é suficiente para autorizar a entrada de policiais no domicílio do indivíduo. Desse modo, reiterando a necessidade de comprovação de fundadas razões de que há um delito sendo cometido no local.

HABEAS CORPUS. ARTS. 33, 35 E 40, III, DA LEI N. 11.343/2006 E 12 DA LEI N. 10.826/2003. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. OCORRÊNCIA. FALTA DE INVESTIGAÇÃO PRÉVIA OU CONTEXTO FÁTICO APTO A SUBSIDIAR A CONVICÇÃO OU MESMO FUNDADA SUSPEITA DA PRÁTICA DE CRIME PERMANENTE NO LOCAL. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA (APREENSÃO DE DROGA E ARMA DE FOGO) E DAQUELAS QUE DELA DERIVARAM. REVOGAÇÃO DA PRISÃO 1. Esta Corte tem entendido, quanto ao ingresso forçado em domicílio, que não é suficiente a ocorrência de um crime permanente, sendo necessárias fundadas razões de que um delito está sendo cometido para assim justificar a entrada na residência do agente.

2. No caso, verifica-se que o ingresso no domicílio do paciente foi amparado tão somente em denúncia anônima, sem referência a prévia investigação, monitoramento ou campanhas a indicar que se tratava de averiguação de comunicação robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local.

3. Ordem concedida para reconhecer a nulidade do flagrante em razão da violação de domicílio e, por conseguinte, das provas obtidas em decorrência do ato, revogando-se a prisão preventiva do paciente, salvo se por outras

razões estiver detido (Processo n.5005205-21.2021.8.21.0165, em curso na Vara Judicial da comarca de Eldorado do Sul/RS).¹⁰

Diante do entendimento estabelecido pela corte superior, mesmo ante à classificação do tráfico de drogas como crime permanente, não é autorizada a violação do domicílio, ante meras suspeitas. Nesse ponto, reitera-se a necessidade de comprovação de investigação prévia e elementos concretos para que a caracterização do flagrante seja razoável, incidindo na entrada no domicílio do flagrado.

5 A ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO NA COMARCA DE MONTENEGRO/RS

Após estabelecida a análise doutrinária e jurisprudencial acerca da temática da pesquisa, foi iniciada a análise de casos de tráfico atendidos pela Defensoria Pública durante o segundo semestre de 2021.

Em um primeiro momento, foram filtrados junto à Central de Serviços Integrados da instituição todos os processos que tiveram sentença nas varas criminais da Comarca de Montenegro no período entre 01 de julho de 2021 e 31 de dezembro de 2021.

Na fase de análise dos dados, foi observada a matéria da qual tratavam os processos obtidos, constatando-se que 35 tratavam-se de delitos de tráfico de drogas em geral. A seguir, foi analisada a quantidade de alegações de violação do domicílio dentre os 35 processos selecionados para o estudo, com base nas teses defensivas elaboradas pela Defensoria Pública em alegações finais.

Dos processos apurados nesse estudo, 11 apresentaram alegação de nulidade. Em uma análise proporcional, constatou-se que, em 31,4% dos processos com atuação da Defensoria Pública durante o período estudado, houve alegação de nulidade em relação às situações potencialmente violadoras do domicílio.

Com relação à apreciação da nulidade arguida nos processos em análise, constatou-se que em todos os casos a alegação de nulidade foi indeferida. Diante da

¹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão Processo n. 5005205-21.2021.8.21.0165**. Sebastião Reis Júnior. 2022.

posição absoluta do juízo de primeiro grau, buscou-se entender os fundamentos que levaram ao indeferimento da nulidade arguida.

Com relação à fundamentação das decisões, ressalta-se que o juízo, em todos processos analisados, indeferiu a nulidade arguida com base no entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (BRASIL,)¹¹. O tribunal determinou que na hipótese de crime permanente é justificada a entrada de policiais militares no domicílio do flagrado, mesmo sem a apresentação de mandado de busca e apreensão no local. Além disso, as decisões constaram, em segundo plano, menções a "atitudes suspeitas" por parte dos acusados, mesmo que, segundo entendimento do STJ, não seja argumento válido para a configuração do flagrante.

Ademais, ressalta-se que as decisões sequer mencionaram o entendimento jurisprudencial estabelecido pelo STJ em função da necessidade de prova documental e fundadas razões para o ingresso dos agentes policiais no domicílio. Conseqüentemente, o ingresso policial não observou o consentimento formal, muito menos, a descrição detalhada definida como exigência pelo STJ no julgamento do Habeas Corpus nº 598051 / SP (2020/0176244-9).

Assim, o entendimento do TJ-RS foi utilizado de forma abrangente, colocando o enquadramento do delito de tráfico como crime permanente em patamar superior à necessidade de consentimento formal e prova documental para a entrada no domicílio. Desse modo, a violação ao domicílio e ao entendimento firmado pelo STJ foi legitimada pelo entendimento do TJ-RS, sendo utilizada de forma uniforme para o indeferimento da nulidade pela violação do domicílio.

11 BRASIL, Apelação Criminal, Nº 70084608892, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em: 22-04-2021. APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR. NULIDADE DA PROVA OBTIDA. IMPROVIDA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. MÉRITO. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DAS VETORIAIS NEGATIVAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPROVIDO. PÓRTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 14, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/03. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, DE OFÍCIO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESCLASSIFICADO ENQUANTO CRIME AUTÔNOMO. MAJORANTE DO ART. 40, INC. IV, DA LEI DE DROGAS. INCIDÊNCIA. RESTITUIÇÃO DOS VALORES APREENDIDOS. INCABIMENTO. 1. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.(...). 2. PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO POR POLICIAIS MILITARES. IMPROVIDO. O crime de tráfico de drogas é crime permanente, o que enseja o prolongamento no tempo da situação de flagrância e, portanto, não há falar em ilegalidade na apreensão se ela é realizada no domicílio do denunciado sem mandado judicial. (Supremo Tribunal Federal, no RE 603616). 3. (...)PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO CRIME DEFENSIVA PARCIALMENTE PROVIDA.

Com o intuito de estabelecer em quais locais ocorreram situações supostamente violadoras da garantia constitucional à inviolabilidade do domicílio, foi realizado um levantamento dos bairros mencionados nas denúncias dos processos analisados.

Logo, o Bairro 5 de Maio e o Bairro SENAI lideraram as menções. Manifestamente, notou-se que os locais obtidos mediante a análise tratam-se de bairros com população majoritariamente hipossuficiente. Nesse aspecto, há uma relação particular entre a realidade da comarca de Montenegro e a construção histórica do punitivismo no Brasil. Isso acaba por evidenciar as classes sociais mais afetadas pela atuação da política criminal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção social da política de drogas, em sua concepção, se relaciona com uma visão excludente e desumanizada acerca dos indivíduos incidentes nos delitos abarcados pela lei em questão, baseando a atuação no sistema proibicionista. Então, verifica-se que a confusão gerada pelos tipos penais em questão, bem como a configuração do delito de tráfico como crime permanente contribuem para uma aplicação seletiva da lei penal.

Passou-se a analisar a ilegalidade das provas obtidas durante o flagrante violador das garantias constitucionais e a necessidade de devida fundamentação para o ingresso dos agentes policiais. A seguir, foi mencionado o entendimento dos tribunais superiores acerca da legalidade do ingresso no domicílio, além dos requisitos necessários para que a entrada se revista de legalidade.

O estudo quanto às alegações de inviolabilidade de domicílio demonstrou relação intrínseca com a questão da política criminal de drogas no Brasil. Observa-se que, por mais que a visão firmada pelo Superior Tribunal de Justiça exija requisitos para o ingresso policial no domicílio do flagrado, a lógica punitivista permanece enraizada no entendimento do juízo de primeiro grau.

Ao constatar que a nulidade pela violação do domicílio, na totalidade dos casos analisados, foi indeferida e, ainda, sob a mesma fundamentação, é evidenciada a visão uniforme aplicada pelo juízo de primeiro grau da comarca de Montenegro,

incidindo em uma avaliação genérica por parte da atuação judicial. Seja através de denúncia anônima, investigação prévia ou patrulha de rotina, cada abordagem policial, bem como cada ocorrência, tem sua particularidade, razão pela qual é necessário apontar a problemática constante em decisões de caráter tão padronizado.

Diante dos dados expostos, restou evidente que o entendimento jurisprudencial firmado pelo STJ no julgamento do Habeas Corpus nº 598051 / SP (2020/0176244-9) no sentido de exigir prova documental e fundadas razões para a violação do domicílio não obteve qualquer efeito nas decisões da comarca de Montenegro/RS. De forma notável, as decisões não mencionaram o consentimento formal e o detalhamento da operação definidos pelo STJ.

A referida decisão não foi mencionada na fundamentação das sentenças, que se limitaram a referenciar genericamente um entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Nesse ponto, resta evidenciado que a aplicação genérica do entendimento do segundo grau de jurisdição foi utilizada como mecanismo de legitimação da violação do direito fundamental ao domicílio.

No entanto, conforme mencionado anteriormente, em 2022 o Superior Tribunal de Justiça fixou novo entendimento que contrapõe a fundamentação do juízo de primeiro grau da comarca de Montenegro/RS. Não bastasse a doutrina que questiona a legalidade do flagrante em situação de crime permanente, o novo entendimento do STJ é preciso ao afirmar que a mera ocorrência do crime supramencionado, por si só, não é suficiente para a configuração de situação autorizadora para o ingresso de policiais militares, sendo exigida produção probatória e investigação prévia para que o flagrante se revista de legalidade. O flagrante é, sem dúvidas, uma situação excepcional.

Ao referir-se à proteção ao domicílio como um direito fundamental, é pressuposto um poder quase absoluto sob tal garantia. O domicílio, enquanto manifestação da vida privada de um indivíduo, não deve ser violado arbitrariamente.

É notável que as ocorrências de tráfico e, conseqüentemente, de violação do domicílio em razão desse, ocorreram em bairros socialmente vulneráveis do município de Montenegro/RS. Embora o estudo não tenha apurado detalhadamente a questão socioeconômica incidente nos delitos do art. 33 da Lei 11.343/06 na

comarca, há uma relação evidente entre a violação do domicílio e locais específicos. Isso remonta à doutrina exposta nesta pesquisa, quanto à atuação dos agentes da segurança pública e do poder judiciário na mitigação de direitos fundamentais de indivíduos marginalizados.

Nesse ponto, identifica-se a falha da política criminal, ao causar, mesmo em uma amostra pequena, uma série de situações potencialmente violadoras com relação à intimidade dos indivíduos. Seja por interesses políticos, criminais ou sociais, é importante, ao menos, trazer à tona uma reflexão quanto à incidência de restrição de direitos a uma determinada camada da população.

O que se discute é uma revisão da política criminal de drogas, buscando uma abordagem mais condizente com os ditames constitucionais, a partir da análise exemplificativa de casos que ocorreram na mencionada comarca. E, para a proposição de um sistema eficaz quanto à problemática das drogas, é necessário, primeiramente, uma análise crítica em relação ao cotidiano das comarcas e o impacto social dessas medidas e decisões.

Portanto, identifica-se a necessidade de ponderações quanto à eficácia da Lei de Drogas tanto no aspecto criminal, quanto no aspecto sanitário. Ao identificar a incidência de situações de abuso estatal, bem como a ineficiência do dispositivo legal na diminuição da violência, da criminalidade e do encarceramento, é evidente que o modelo atual é falho. Somente mediante uma abordagem humanizada ao acolher um problema, não apenas criminal, mas histórico, político, sanitário e social, é possível construir um cotidiano seguro e igualitário.

REFERÊNCIAS

BOITEUX, Luciana. Encarceramento feminino e seletividade penal. **Rede de Justiça Criminal: discriminação de gênero no sistema penal**, v. 9, 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS (2. câmara criminal). **Apelação Criminal 70082176256**. Relator: Rosaura Marques Borba, Porto Alegre, 17 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS (3. câmara criminal). **Apelação Criminal 70084608892**. Relator: Rínez da Trindade, Porto Alegre, 22 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL **Decreto-Lei nº. 3689, de 03 de outubro de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República, 1941.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão Processo n. 5005205-21.2021.8.21.0165**. Sebastião Reis Júnior. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 598.05**. Relator: João Otávio de Noronha, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/923730530/habeascorpus-hc-598051-sp-2020-0176244-9>. Acesso em: 19 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CARVALHO, Salo D. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O direito penal do inimigo como quebra do Estado de Direito: a normalização do Estado de Exceção. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 14, n. 18, p. 74-88, 2016.

CAVALCANTI, Cristóvão. [2014]. Manuscrito.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL -DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias –Infopen**. Brasília, DF: DEPEN, 2020. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos>. Acesso em: 28 maio 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal**. São Paulo: Millenium, 2008.

FOGAÇA, Maurício Luciano. **Reflexões de um policial militar sobre o custo econômico da política criminal de drogas na cidade de Curitiba-PR**. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Paraná, 2018.

GRECO, R. **Código Penal: comentado**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

LIRA, Maria Teresa Dias. **A inviolabilidade do domicílio perante o flagrante delito nos crimes relacionados à prática do tráfico ilícito de drogas**. 2020. 27f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, Brasília, DF, 2020.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, 2010.

MATOS, Lucas Vianna; DE AQUINO BARRETO, Ana Luisa Leão. Guerra às drogas e produção do espaço urbano: uma leitura socioespacial da criminalização do tráfico

de drogas em Salvador-BA. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 165, n. 2020, p. 245-271, 2020.

MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. **Sociedade e estado**, v. 26, n. 1, p. 15-27, 2011.

PILATI, Rachel Cardoso *et al.* **Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no Brasil**: discussão de modelos alternativos. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2013.

POTTER, Hillary. Criminologia interseccional: interrogando identidade e poder na pesquisa e teoria criminológica. **Criminologia Crítica**, v. 21, n. 3, p. 305-318, 2013.

PRADO, Daniel Nicory do. Prisão em flagrante em domicílio: um olhar empírico. **Revista Direito GV**, v. 16, 2020.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Princípios do processo penal brasileiro**. [S. l.: s. n.], 2019.

RENTZ, Nikolas Unger. **Violabilidade de domicílio em casos de suspeita de flagrante delito**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Curitiba, Faculdade de Direito de Curitiba, Curitiba, 2021.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 544-562, 2013.

SILVA, Fabrício Amaral. Os Crimes Permanentes e a Inviolabilidade do domicílio. **Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro**, v. 1, n. 01, p. 1-20, 2021.

SOUTO, Fabiana Vergílio. Prisão em Flagrante: Notas Acerca da Inviolabilidade do Domicílio Ante a Suspeita de Tráfico de Drogas. In: *Colloquium Socialis*, p. 43-51, 2019.

SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TORON, Alberto Zacharias. A Proteção Constitucional da Intimidade e o Art. 16 da Lei de Tóxico. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 43-65, jul./set., 1991.

VIEIRA, Patrick et al. **O crime permanente e a denúncia anônima: a entrada do agente policial no domicílio do suspeito**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

ZACARIAS, Bruno Daminello. Lei de Drogas é acusada de encher prisões sem acabar com o tráfico. **Gazeta do Povo**, [S. l.], p. 1-1, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/lei-de-drogas-pode-mudar/#:~:text=Dos%20mais%20de%20700%20mil,207.487%2C%20segundo%20levantamento%20do%20Infopen>. Acesso em: 28 maio 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Marcelo Machado dos. **A (im) possibilidade do cumprimento do mandado de busca e apreensão em horário noturno no combate ao tráfico de drogas à luz da inviolabilidade domiciliar**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, 23 de agosto de 2006.

RESENHA

Samuel Medeiros Andreatta¹

DARDOT, Pierre *et al.* **A escolha da guerra civil**: Uma outra história do Neoliberalismo. Tradução de Márcia Pereira Cunha. São Paulo: Elefante, 2021. 364 p.

RESUMO

Trata-se de resenha crítica da obra “A escolha da Guerra Civil: Uma outra história do neoliberalismo”. Na obra, os autores procuram traçar a origem e o desenvolvimento do neoliberalismo para além de sua faceta econômica. Na resenha, há a preocupação em destacar os aspectos criminológicos e de política criminal, trabalhados pelos autores no que diz respeito ao desenvolvimento histórico do neoliberalismo na América Latina. O conceito de guerra civil enquanto lente histórica de percepção dos conflitos é trabalhado no sentido de evocar a percepção crítica sobre a naturalização de políticas neoliberais no campo jurídico-econômico destacando os exemplos citados no contexto brasileiro.

Palavras-chave: Neoliberalismo; Lawfare; Criminologia Crítica

ABSTRACT

The following text constitutes a critical essay about the book: “ The choice of civil war: Another story of neoliberalism”. On the work, the authors seek to trace the origins and development of neoliberalism beyond its economic aspects. In the essay, there is a concern to put forward the criminological and criminal policy aspects that are established by the authors in describing neoliberalism in Latin America. The concept of civil war as an historical lens is further explained with the objective of raising critical awareness about the naturalization of neoliberal policies in the judicial-economic field, with a main focus in the examples of Brazil.

Keywords: Neoliberalism; Critical Criminology; Lawfare.

RESUMEN

¹ Advogado Criminalista. Bolsista Capes e Mestrando do Programa de Ciências Criminais da PUCRS. Orcid: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0003-2862-1776> . Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3023689561632480>

Esta es una revisión crítica de la obra “Civil War’s Choice: Another History of Neoliberalism”. En la obra, los autores buscan rastrear el origen y desarrollo del neoliberalismo más allá de su faceta económica. En la reseña existe una preocupación por resaltar los aspectos criminológicos y de política criminal trabajados por los autores en relación con el desarrollo histórico del neoliberalismo en América Latina. Se trabaja el concepto de guerra civil como lente histórica para la percepción de los conflictos con el fin de evocar la percepción crítica de la naturalización de las políticas neoliberales en el campo jurídico-económico, destacando los ejemplos citados en el contexto brasileño.

Palabras clave: Neoliberalismo; Criminología Crítica; Lawfare

Data de submissão: 03/08/2022

Data de aceite: 10/10/2022

A Escolha da Guerra Civil

A escolha da guerra civil é fruto de um trabalho de pesquisa de diversos autores críticos franceses. A obra busca desmistificar a noção de liberalismo como uma forma de pensamento unitário. A face intervencionista do neoliberalismo emerge em exemplos de políticas históricas autoritárias sob a roupagem de despolitização das ações do Estado, ou na formação, em termos Schmidtianos, de um “Estado total qualitativo” (DARDOT *et al*, 2021 p. 72).

O que os autores pretendem demonstrar é o fato de que o neoliberalismo nada mais é do que “um projeto político de neutralização do socialismo sob todas as suas formas, e mais ainda de todas as formas de exigência de igualdade”(DARDOT *et al*, 2021. p. 37). Com diversos exemplos historicamente delimitados a obra evoca a emergência de pontos de apoio da razão neoliberal a partir de um cenário permanente de guerra. Porém, essa guerra é uma guerra bastante específica. É antes de tudo uma guerra civil, e não uma guerra entre Estados. O conceito é informado pela centralidade epistemológica do marxismo matizado por pulsões foucaultianas.

A guerra civil tratada aqui é um conceito que deriva do trabalho de Foucault em seus anos na Collège de France (FOUCAULT, 2015; FOUCAULT, 2020a; FOUCAULT, 2020b). O conceito é trabalhado inicialmente em oposição

à perspectiva Hobbesiana da guerra como antítese de um Estado constituído, onde a guerra é identificada como guerra de todos contra todos. Para Foucault, em oposição à Hobbes, a guerra civil é aquilo que constitui o próprio estado, é aquilo que o anima em uma pulsão totalizadora que instrumenta o Direito Penal, por exemplo, através de políticas de expansão da punibilidade. A guerra civil de que tratam os autores da obra, na linha de Foucault, forma elementos coletivos não como exércitos constituídos em uma oposição formal, mas nas imposições de práticas punitivas e as correspondentes resistências de práticas insurgentes.

Destaca-se três aspectos desse conceito de guerra, o primeiro é sua totalidade. Nenhuma pauta, seja ela moral ou econômica, escapa da batalha travada pelas diferentes formas de governo neoliberal. O segundo e o terceiro tratam da ausência de unidade das estratégias e da complexidade dos espaços de luta, como colocam os autores:

As guerras civis do neoliberalismo são precisamente civis, já que não opõe os 1% aos 99%, de acordo com o slogan tão famoso quanto falacioso; elas colocam em tensão e assim compõem diversos tipos de agrupamento segundo linhas de clivagem bem mais complexas que aquelas de pertencimento às classes sociais: coalizões hierárquicas, que defendem a ordem neoliberal por todos os meios do Estado (militares, políticos, simbólicos); classes médias assimiladas pelo neoliberalismo progressista e seu discurso sobre as virtudes da modernização; a parte das classes populares e médias, cujo ressentimento é captado pelo nacionalismo autoritário; enfim um último tipo de grupo que se constitui em grande medida nas mobilizações sociais contra a ofensiva oligárquica [...]. (DARDOT *et al.*, 2021, p. 51).

O que os autores pretendem demonstrar é a inconstância discursiva do neoliberalismo, que em determinada conjuntura pode vir a defender a democracia liberal, e em outra, políticas autoritárias de cassação de Direitos e a Ditadura. A fluidez das políticas neoliberais em termos de aliança a regimes autoritários é evidenciada pelos autores desde um exemplo sul-americano: a ditadura chilena. A proveniência da construção do pensamento militar chileno deriva, segundo os autores, de três correntes de pensamento. A primeira destaca o eurocentrismo intrínseco nas formulações sul-americanas baseadas puramente em autores estrangeiros que se opuseram à revolução

francesa a partir da atuação de Guzman (DARDOT *et al.*, 2021). A segunda trata-se da difusão da ideologia da doutrina de segurança nacional. A terceira, por fim, é o neoliberalismo importado pelos Chicago Boys.

Sem abdicar das perspectivas que evidenciaram a preocupação intervencionista do neoliberalismo na formação de uma “armadura jurídica”, os autores buscam destacar a “violência aberta pela qual o neoliberalismo pode, em certas circunstanciais ser levado a se impor” (DARDOT *et al.*, 2021, p. 30) Porém, o ponto nevrálgico destacado na obra, onde o Brasil figura como um dos exemplos principais, é a ideia da atuação do direito como máquina de guerra neoliberal.

No Brasil essa atuação se dá através da instrumentalização de dois vetores. O primeiro é a positivação de legislação antiterrorista que objetiva a restrição do direito de manifestação e de expressão. A Lei geral da copa (Lei 12663/2012) e a Lei antiterrorismo (Lei 13.260/2016), ambas de controversa constitucionalidade, exemplificam esse primeiro vetor. O segundo é exemplificado pelo funcionamento do judiciário como máquina jurídico-política no ataque aos inimigos do neoliberalismo, o chamado Lawfare. O termo tem origem em um texto de Carlsons e Yeomans, e foi cunhado para caracterizar o estado da arte do direito no mundo ainda em 1975 como: “o combate se faz entre as partes mais com palavras do que com espadas” (DARDOT *et al.*, *apud* CARLSON; YEONAMANS, 1975, p. 270). Porém essa ideia de lawfare é subvertida após os ataques de 11 de setembro.

O general americano Charles J. Dunlap é responsável pela propagação do conceito. Dunlap parte da seguinte pergunta: “O direito torna a guerra Injusta?” (DUNLAP JR., 2001, p. 2). A resposta para os especialistas e para o exército é positiva. Então, a proibição de guerra ou a injustiça da guerra assegurada pela lente do direito, tornaria vulnerável o Estado Americano. A impossibilidade de guerra justa, sustentada pelos valores defendidos pelos estados unidos (Direitos Humanos e estado de direito), seria aproveitada pelos insurgentes para fragilizar a segurança do país. Assim o poder estaria restrito

pela malha jurídica, razões que para Dunlap são “puramente táticas e invocam valores que não são os seus (DARDOT et al, 2021, p. 271). “

No Brasil, o caso emblemático de personificação desse vetor usado pelos autores é a criminalização do ex-presidente Lula e o impeachment da presidente Dilma Rousseff. Esses processos fazem parte do que os autores entendem como a renovação neoliberal na América Latina, cujas raízes são traçadas até o consenso de Washington e a observância de políticas públicas norteadas pelo Banco mundial e o FMI. A instituição que ficara encarregada da materialização dessas metas é o Judiciário. Com base na difusão do modelo americano de justiça (cf. DARDOT *et al.*, 2021), percebeu-se no Brasil a instalação de um novo estrato do alto escalão jurídico; seu salário mais que dobrara em 20 anos, de 95 a 2016 (DARDOT *et al.*, *apud* BURGARELLI; CARMONA, p. 274). Argumentava-se que esses especialistas seriam incorruptíveis, o que lhes permitira ações políticas sob roupagens jurídicas aparentemente neutras.

Assim, o neoliberalismo como tática de guerra civil utiliza o direito como instrumento de guerra e seu local de despeço. A nova estratégia de guerra ocidental pós ataques do 11 de setembro performada pelo neoliberalismo passa a se pautar não mais apenas por intervenções militarizadas, mas molduras jurídicas de legalidade. A noção de Direito como freio da guerra é subvertida no neoliberalismo, passando a ser o que a legitima.

REFERÊNCIAS

BURGARELLI, Rodrigo; CARMONA, André. Salários do Judiciário mais que dobraram em 20 anos. **Exame**, 27 jun. 2016. Disponível em: <https://exame.com/brasil/servidor-da-justica-custa-a-uniao-112-mais-em-20-anos/>. Acesso em: 03 jul. 2022.

DUNLAP JR, Charles J. **Law and military interventions**: preserving humanitarian values in 21st century conflicts. Nov. 2001. Harvard Kennedy School.

DARDOT, Pierre. *et al.* **A escolha da guerra civil**: Uma outra história do Neoliberalismo. São Paulo: Elefante, 2021.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020a.

FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Teorias e instituições Penais**. São Paulo: WMF. Martins fontes, 2020b.