



Escola Superior do Ministério Público



**REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
DE SÃO PAULO**

**ANO 7 - VOL 14**

**JULHO - DEZEMBRO 2018**

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

## REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

### Ficha catalográfica elaborada pela Escola Superior do Ministério Público

Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: ESMP, 2012-

ISSN: 2316-6959

Volume 14

2018

1. Direito – periódicos. I. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. CDU 34(815.6)(5)

Publicação semestral

© Todos os direitos reservados.

Os autores têm responsabilidade integral e individual pelo conteúdo de suas matérias publicadas neste periódico.

Editoração:

Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Rua 13 de Maio, 1259 – 3o andar – Bela Vista

01327-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel. (11) 3017-7781

esmp\_revista@mpsp.mp.br

ISSN 2316-6959

VOLUME 14  
2018

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO



Escola Superior do Ministério Público

# EXPEDIENTE

## REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

### Editor Responsável

**Antonio Carlos da Ponte**, Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Doutor e Livre-Docente em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade Santa Cecília (UNISANTA).

### Editora Adjunta

**Ticiane Lorena Natale**, mestranda em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Servidora pública do Ministério Público do Estado de São Paulo.

### Conselho Editorial

**Alexandre Rocha Almeida de Moraes**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Assessor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), da Faculdade Damásio de Jesus (SP) e das Faculdades Toledo de Ensino (Presidente Prudente-SP); **Antonio André David Medeiros**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS); **Antonio Carlos Da Ponte**, Doutor pela

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade Santa Cecília (UNISANTA); **Antonio Sérgio Cordeiro Piedade**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Promotor de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT); **Bernadette Aubert**, Doutora pela Université de Poitiers (França), Professora da Université de Poitiers (França); **Michel Danti-Juan**, Doutor pela Université de Poitiers (França), Professor da Université de Poitiers (França); **Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto**, Doutor pela Universidade de Lisboa (Portugal), Professor da Universidade de Lisboa (Portugal); **Eduardo Augusto Salomão Cambi**, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Universidade Paranaense (UNIPAR); **Fernando de Brito Alves**, Doutor pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-SP), Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR) e das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO-SP); **Emerson Garcia**, Doutor pela Universidade de Lisboa, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; **Fernando Reverendo Vidal Akaoui**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor e Coordenador Pedagógico da Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo; **Gilberto Giacóia**, Doutor pela Universidade de São Paulo (USP), Professor da Universidade Estadual do Paraná (UENP-PR) e Procurador

# EXPEDIENTE

de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR); **Gregório Assagra de Almeida**, Pós-Doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; **Hermes Zaneti Junior**, Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino, Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo e Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); **Jean Pradel**, Doutor pela Université de Montpellier (França), Professor da Université de Poitiers (França); **Luiz Fernando Kazmierczak**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR); **Maria Teresa Giménez Candela**, Doutora pela Universidade de Navarra (Espanha), Professora da Universitat Autònoma de Barcelona (Espanha); **Pedro Henrique Demercian**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP); **Samuel Rodríguez Ferrandéz**, Doutor pela Universidad Miguel Hernández de Elche e Professor da Universidad de Murcia (Espanha).

## Pareceristas

**Alberto Camiña Moreira**, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Ana Lúcia Menezes Vieira**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Alexandre Rocha Almeida**

**de Moraes**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Antonio Sergio Cordeiro Piedade**, Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Augusto Eduardo de Souza Rossini**, Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP), Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DPN-MJ), Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Cristiano Pereira Moraes Garcia**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Faculdades de Atibaia, Faculdades de Campinas e Universidade São Francisco (USF), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Eduardo Augusto Salomão Cambi**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Universidade Paranaense (UNIPAR), Ministério Público do Estado do Paraná, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Elizete Alves**, Centro Universitário Municipal de São José (USJ), Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Pós-Doutora pela Universidad de Alicante (Espanha); **Emerson Garcia**, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Doutor pela Universidade de Lisboa; **Felipe Chiarello**, Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Fernando Akaoui**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade Santa Cecília (UNISANTA - SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Fernando de Brito Alves**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR) e Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO-SP), Doutor pela Instituição Toledo de Ensi-

# EXPEDIENTE

no (ITE-SP); **Gilberto Giacóia**, Universidade Estadual do Paraná (UENP-PR), Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Gregório Almeida**, Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Pós-Doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos; **José Antonio Remédio**, Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Jorge Renato dos Reis**, Universidade de Santa Cruz do Sul, Pós-Doutor pela Università Degli Studi Di Salerno-Itália, Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; **Luis Fernando de Moraes Manzano**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Luiz Fernando Kazmierczak**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro**, Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MP-MG), Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC-MG), Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais e Pós-Doutor pela Università degli Studi di Messina (Itália); **Mariângela Tomé Lopes**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Universidade São Judas Tadeu e Universidade Anhembi Morumbi, Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Mário Sérgio Sobrinho**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Neuro José Zambam**, Faculdade Metodista do Passo Fundo (RS), Faculdade Meridional - IMED, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; **Octavio Luiz Motta Ferraz**, Warwick University (Reino Unido), Doutor em Direito pela University College Lon-

don; **Orides Mezzaroba**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Jorge Renato dos Reis**, Universidade de Santa Cruz do Sul, Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália, Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS; **Paulo Roberto Ribeiro Nalin**, Universidade Federal do Paraná, Pós-doutor pela Juristische Fakultät - Universität Basel (Faculdade de Direito da Universidade da Basileia - Suíça), Doutor pela Universidade Federal do Paraná; **Pedro Demercian**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Rafael de Oliveira Costa**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); **Ricardo Andrade Saadi**, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça (DRCI/SNJ/MJ), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; **Roberto Barbosa Alves**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha); **Samyra Napolini**, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP), Universidade de Marília (UNIMAR-SP), Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI-SP), Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Sérgio Pereira Braga**, Universidade Nove de Julho (UNINOVE), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Silvio Antonio Marques**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP); Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Doutorando na Faculdade de Direito da Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; **Tailson Pires Costa**, Faculdade de Direito de

# EXPEDIENTE

São Bernardo do Campo, Universidade Metropolitana de Santos e Universidade Católica de Santos, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Tiago Cintra Essado**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Valter Foletto Santin**, Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso (MT), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR); **Vladimir Brega Filho**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Wilson Engelmann**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - RS), Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - RS).



**CENTRO DE ESTUDOS E  
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

**ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DE SÃO PAULO**

**Diretor**

Antonio Carlos da Ponte

**Assessores**

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Karina Beschizza Cione

Reynaldo Mapelli Júnior

Roberto Barbosa Alves

Thales Cezar de Oliveira

**Coordenação Editorial**

Reynaldo Mapelli Júnior

**Editores**

Editor Responsável - Antonio Carlos da Ponte

Editora Adjunta - Ticiane Lorena Natale

**Revisão Ortográfica**

Renato de Souza Marques Craveiro

Ticiane Lorena Natale

**Diagramação e Arte**

Felipe Araujo de Oliveira



# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

Antonio Carlos da Ponte ..... 14

## Artigos

### O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO AGRAVÁVEL DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Jéssica Navarro

Luiz Gustavo de Oliveira

Gabriel Aparecido Anizio Caldas ..... 19

### INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO CASO DE FETO COM MICROCEFALIA

Márcio Augusto Friggi de Carvalho

Natália Rosa Pellicciari ..... 48

### A FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE MEDICAMENTOS. UM PROBLEMA GLOBAL. O QUE O BRASIL TEM FEITO PARA A PREVENÇÃO E COMBATE.

Antonio Carlos da Ponte

Flávia Maria Gonçalves ..... 77

### A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL FUNCIONALISTA

Antonio Sergio Cordeiro Piedade

Renee do Ó Souza ..... 100

### AS RECENTES ALTERAÇÕES DA LNDB E SUAS IMPLICAÇÕES

Luiz Sergio Fernandes de Souza ..... 123

### O DANO SOCIAL COMO INSTITUTO DE APERFEIÇOAMENTO DO TRATAMENTO COLETIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Yuri Fisberg ..... 134

### O COMBATE À IMPUNIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA VÍTIMA E DA SOCIEDADE

Américo Bedê Freire Júnior ..... 149

## Transcrição de Palestra

### TRÁFICO DE PESSOAS: O TRÁFICO DE ÓRGÃOS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ESPANHOL

Manuel Cancio Meliá ..... 164



# APRESENTAÇÃO

Santa Teresa de Jesus era conhecida por não ceder diante de qualquer dificuldade. “Tiempos recios, amigos fuertes de Dios”, era a exortação que ela lançava há cinco séculos. Aqueles tempos difíceis, tempos de mudanças entre épocas, têm surpreendente paralelismo com os nossos. Sob o influxo do pensamento da primeira Doutora da Igreja, o Professor Julio Banacloche Palao, catedrático da Universidad Complutense de Madrid, revelou, em recente conferência proferida na cidade de Santos, a existência de uma verdadeira crise cultural; e conclamou o Ministério Público a superá-la, reconhecendo a gravidade da tarefa que é chamado a realizar e procurando corresponder à confiança que nele deposita a sociedade. Estou certo de que este número da Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, o segundo de 2018, aproxima nossa Instituição daquelas metas.

A edição da Revista é inaugurada por inspirado artigo sobre o mandado de segurança contra decisão interlocutória não agravável, à luz do novo Código de Processo Civil, com que nos brindam Jéssica Liandra Borrin Navarro, Luiz Gustavo Caratti de Oliveira e Gabriel Aparecido Anizio Caldas. Os autores reconhecem a complexidade das demandas atuais e concluem, com apurado sentido prático, que as situações geradoras de risco, não cobertas pelo agravo de instrumento, podem ser objeto do remédio constitucional.

Natália Rosa Pellicciari e Márcio Augusto Friggi de Carvalho sustentam com vigor a inconstitucionalidade da legalização do aborto no caso de feto com microcefalia. Analisando a matéria com máxima precisão científica, excluem a conduta das hipóteses de estado de necessidade; recusam, como paradigma, decisão anterior do STF; e apoiam suas conclusões na Constituição Federal, na Convenção Internacional sobre as Pessoas com Deficiência e no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Flávia Maria Gonçalves divide comigo estudo sobre a falsificação de medicamentos. Trata-se de problema global, que provoca importantes prejuízos para os Estados e graves consequências para a saúde pública. O trabalho aborda a atuação da Organização Mundial da Saúde a respeito do problema; e analisa dados de pesquisas sobre os principais medicamentos falsificados, as projeções de lucros das organizações criminosas e prejuízos tributários ao país.

Renee do Ó Souza e Antonio Sergio Cordeiro Piedade analisam o atualíssimo tema da colaboração premiada, e o fazem a partir de uma perspectiva internacional. Ao

# APRESENTAÇÃO

final, alcançam o complexo objetivo de identificar a relação do instituto com os delitos em que normalmente opera e sua eficácia estratégica para a repressão, a prevenção e o tratamento das consequências da criminalidade.

Não menos contemporâneo é o tema proposto por Luiz Sergio Fernandes de Souza, que realiza profunda análise crítica dos objetivos e desdobramentos da Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018. O estudo é orientado pelas teses consequencialistas de MacCormick e pela teoria da ação comunicativa de Habermas, e termina por demonstrar que, a pretexto de investir na eficiência e segurança jurídica, o legislador criou formas de desarticulação do ativismo judicial e interferiu no próprio controle sobre a Administração Pública.

Yuri Fisberg, como que vaticinando os recentes e infelizes episódios ocorridos em Minas Gerais, analisa o dano social como instrumento apto a preencher os pressupostos tradicionais do dever de indenizar, sem afastar o viés punitivo da indenização. O texto contém preciosa reflexão sobre o dano pelo rebaixamento da qualidade de vida da coletividade, reputando necessária a interpretação do instituto como elemento próprio da tutela coletiva de direitos.

A existência de um direito fundamental de combate à impunidade é o tema proposto por Américo Bedê Freire Júnior. A coexistência harmônica entre a proporcionalidade e a proibição de proteção insuficiente é, na minuciosa descrição do autor, a forma de dar equilíbrio ao sistema de penas.

Um soberbo apêndice encerra esta edição da Revista: “O Tráfico de Órgãos sob a Perspectiva do Direito Espanhol”, transcrição de palestra proferida na Escola Superior do Ministério Público em outubro de 2018. O conferencista, Manuel Cancio Meliá, Catedrático de Direito Penal na Universidad Autónoma de Madrid, é conhecido por obras clássicas, caracterizadas por acentuado caráter investigativo e cuidadosa análise de comportamentos sociais. Tais características podem ser observadas no texto –compilado e traduzido por Roberto Barbosa Alves–, do qual menciono um excerto: “a disposição do Código Penal espanhol não passa de um Direito Penal simbólico. Ou os autores dessa norma são irresponsáveis e ignorantes –é uma hipótese, já que se trata de pessoas nomeadas pelo poder político– ou sabem perfeitamente que, neste âmbito, o que importa é que o tema esteja no Código, e não como será aplicado”.

# APRESENTAÇÃO

Desejo que esta edição da Revista seja um convite à reflexão. A tolerância e o pluralismo nos levam a admitir com alegria a existência de vários pontos de vista; e a globalização –outra nota que define nosso tempo– exige que os desastres naturais e o sofrimento de outros seres humanos sejam compartilhados de forma também global.

Agradeço aos autores, aos coordenadores e aos pareceristas, que constituem a própria essência desta publicação. E, em especial, agradeço aos leitores, a quem é dedicado nosso esforço.

Muito obrigado!

**Antonio Carlos da Ponte**  
Procurador de Justiça e Diretor do CEAF/ESMP  
São Paulo, SP

# LINHA EDITORIAL

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo está aberta às mais variadas abordagens teóricas e metodológicas, priorizando textos interdisciplinares e análises críticas. Os artigos científicos devem tratar, de forma crítica, assuntos que, de preferência, abordem o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito; porém a Revista espera a participação de toda a comunidade acadêmica, não se restringindo a ser um veículo de comunicação apenas do Ministério Público.

No sentido de fomentar o aprofundamento das pesquisas nas linhas e teses do Ministério Público, a Revista busca abordar os seguintes temas, centralmente:

I. Ministério Público: dirigida ao debate de temas institucionais, visa principalmente a pesquisar e refletir sobre o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito.

II. Ciências Criminais: tema que prevalece na atuação do Ministério Público, nesta linha pretende-se abordá-lo a partir do pluralismo de teorias que reflitam sobre o Direito e o Processo Penal, a Dogmática Penal e a Política Criminal.

III. Tutelas Coletivas e Difusas: tema relevante na sociedade brasileira atual, merece espaço específico na Revista para o aprofundamento das questões relativas aos interesses transindividuais, difusos e coletivos.

IV. Temas Interdisciplinares: não se esgotando nos temas penais, a Revista também possui essa seção que será dedicada a vários temas jurídicos, abordados inter e multidisciplinarmente, trazendo o enfoque da sociologia, teoria geral, história e ciências afins para o jurídico, bem como o das outras ciências jurídicas para o penal.

O aceite dos artigos restringir-se-á a aqueles oriundos de Mestres (titulação mínima), sendo que a contribuição de mestrandos e pesquisadores em geral será muito bem-vinda desde que em coautoria com um Mestre. Também se exige o ineditismo do artigo e o cumprimento das regras da ABNT adotadas pela Revista, sendo que as mesmas encontram-se especificadas nas Diretrizes para os Autores.



# O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO AGRAVÁVEL DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*THE USE OF THE WRIT OF MANDAMUS  
AGAINST AN UNLAWFUL INTERLOCUTORY  
DECISION UNDER THE NEW CIVIL PROCE-  
DURE CODE*

---

## **Gabriel Aparecido Anizio Caldas**

Advogado

Professor do curso de Direito da FASIPE-MT

Mestre pelo Centro Universitário Eurípides de Marília

## **Jéssica Liandra Borrin Navarro**

Bacharela pela FASIPE-MT

## **Luiz Gustavo Caratti de Oliveira**

Advogado

Professor do curso de Direito da FASIPE-MT

Mestre em Direito Constitucional no IDP/Brasília



## RESUMO

Este artigo tem como objetivo a exposição do Recurso de Agravo de Instrumento de acordo com a Lei 5.868/73, bem como a apresentação de suas modificações decorrente do advento do Novo Código de Processo Civil, com a análise da possibilidade de admissão do ajuizamento de Mandado de Segurança quando não for possível a recorribilidade imediata da decisão proferida. O Agravo de Instrumento é o recurso cabível em primeiro grau de jurisdição, contra as decisões interlocutórias, porém, hoje, com a vigência do CPC/15, nem toda decisão interlocutória pode ser recorrida de imediato com a utilização deste recurso. Toda e qualquer decisão, da qual não couber a interposição imediata de Agravo de Instrumento deverá ser arguida posteriormente em preliminar do recurso de Apelação. Surge então a possibilidade do ajuizamento do Mandado de Segurança a fim de resguardar um direito líquido e certo perante uma situação que gere riscos de grave dano derivado de uma decisão que a lei considera não agravável. Decisões Interlocutórias são pronunciamentos proferidos no curso do processo que possuem a finalidade de decidir questões incidentais, ou seja, elas dispõem de conteúdo decisório, contudo não encerram a fase cognitiva nem a fase de execução. Esse estudo visa demonstrar as inovações recursais do Agravo de Instrumento resultantes do CPC/15 no direito brasileiro e a possibilidade de ajuizamento do Mandado de Segurança diante das decisões interlocutórias que não desafiam o cabimento do recurso em estudo.

**Palavras-chave:** Agravo de Instrumento. Decisão Interlocutória. Irrecorribilidade imediata. Mandado de Segurança.

## ABSTRACT

The objective of this research is to present the Writ of Mandamus in accordance with Law 5.868 / 73, as well as to present its modifications resulting from the advent of the New Civil Procedure Code, with the analysis of the possibility of admission of the Writ of Mandamus de Security when it is not possible the immediate recess of the decision rendered. The Appellate Court is the appropriate appeal in the first degree of jurisdiction, against interlocutory decisions, but today, with the New Civil Procedure Code, nor any interlocutory decision can be appealed immediately. Any and all decisions, which do not apply to the immediate filing of a Writ of Mandamus shall be subsequently appealed against in a preliminary appeal. The possibility arises of the filing of the writ of mandamus in order to safeguard a net and certain right against a situation that generates risks of serious harm derived from a decision that the law considers not aggravable. Interlocutory Decisions are pronouncements made in the course of the process that have the purpose of deciding incidental questions, that is, they have decision content, but do not end neither the cognitive phase nor the execution phase. The purpose of this study is to demonstrate the legal innovations resulting from the New Civil Procedure Code in Brazilian law and the possibility of filing a writ of mandamus against interlocutory decisions that do not challenge the adequacy of the resource under study.

**Keywords:** Instrumentality. Interlocutory Decision. Immediate irrecorribility. Writ of mandamus.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Teoria Geral dos Recursos. 2.1 Conceito e Objetivos de Recurso. 2.2 Agravo de Instrumento. 3. O Agravo de Instrumento e a Recorribilidade das Decisões Interlocutórias. 3.1 Evolução Histórica. 3.2 Mutações Ocorridas no Agravo de Instrumento com o Advento do Código de Processo Civil de 2015. 3.3 Cabimento do agravo de instrumento. 3.4 As decisões interlocutórias não atacáveis por agravo de instrumento. 4. Mandado de Segurança. 4.1 Cabimento. 4.2 Conceito de Direito Líquido e Certo. 4.3 Legitimidade. 4.4 Mandado de segurança como sucedâneo recursal. 5. Considerações Finais. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) entrou em vigor em 18 de Março de 2016, e tem como objetivo tornar o sistema jurídico mais célere e eficaz, porquanto a ausência de celeridade, sob certa perspectiva, é ausência de justiça. O nosso ordenamento jurídico vem sendo modificado nos últimos anos com o objetivo de conferir uma melhor prestação jurisdicional para, então, proporcionar mais celeridade e eficiência aos atos processuais. Visando a atender as necessidades processuais, o CPC/15 veio com o objetivo de ser mais eficiente, reduzindo a complexidade dos recursos e tornar o Poder Judiciário mais célere.

Buscando acelerar o processo no Judiciário, o referido unificou em grande parte os prazos recursais e trouxe os recursos de apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo de admissão e embargos de divergência.

Na busca de alcançar os objetivos propostos, o legislador mais uma vez modificou o sistema recursal relativo às decisões interlocutórias de primeiro grau. No Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL), ao ser proferida uma decisão interlocutória de primeiro grau, o recurso cabível era o agravo e, como regra, era interposto na modalidade retida; contudo, em alguns casos, a exemplo de evitar lesão grave ou de difícil reparação era admitido o agravo de instrumento.

Após o uso excessivo deste recurso pelas partes, que acabaram por abarrotar cada vez mais os Tribunais com o único objeto de postergar a lide, o legislador, na busca de minimizar esses efeitos, alterou o sistema da recorribilidade das decisões interlocutórias no Novo Código.

O agravo retido foi excluído do ordenamento cível brasileiro. O agravo de instrumento, no atual ordenamento jurídico, só pode ser interposto contra as decisões interlocutórias que resolvam alguma das situações previstas no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC/15. A decisão que não estiver prevista no referido rol deverá aguardar a sentença, para que sua matéria seja impugnada em preliminar do recurso de apelação ou em suas contrarrazões, ou seja, não será possível recorrer da decisão de forma imediata.

Para alguns doutrinadores, a morosidade jurisdicional no CPC/73 estava ligada à livre recorribilidade na fase de conhecimento, justificando assim as mudanças quanto ao cabimento do agravo de instrumento, que hoje possui um sistema dúplice de recorribilidade, em decorrência da previsão de um rol taxativo.

Após essa limitação no cabimento do agravo de instrumento, alguns doutrinadores defendem a possibilidade da impetração de mandado de segurança para resguardar direito líquido e certo diante de uma decisão que gere lesão grave ou de difícil reparação e que não pode ser recorrida de imediato, gerando grande controvérsia no âmbito jurídico entre os operadores do direito.

O presente estudo apresentará os períodos históricos do agravo de instrumento, demonstrando as modificações pelas quais já passou, até chegar ao ordenamento jurídico atual, demonstrando, ainda, se seria possível ou não a utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal para impugnar decisão interlocu-

tória irrecorrível de imediato.

Essa é uma das grandes discussões entre os doutrinadores, acadêmicos que estão em formação e até mesmo profissionais do meio jurídico. Sendo assim, o tema é de suma importância para todos que de algum modo queiram aperfeiçoar e ampliar seus conhecimentos sobre este assunto.

O principal objetivo é analisar a possibilidade de ajuizamento do mandado de segurança para resguardar direito contra decisão interlocutória não recorrível de imediato por agravo de instrumento.

## **2 TEORIA GERAL DOS RECURSOS**

A existência de uma estratégia recursiva jurídica se justifica pela existência de falhas humanas, sobretudo na pessoa do juiz que representa o Estado na prestação jurisdicional e no inconformismo do ser humano diante das decisões que lhe são desfavoráveis, além de proporcionar a uniformização dos julgados e prevenir a prática de atos contrários ao entendimento majoritário.

### **2.1 Conceito e Objetivos de Recurso**

Os litigantes voluntariamente e corriqueiramente se utilizam do recurso para defender seus direitos, impugnando decisões judiciais que lhe são desfavoráveis ou que contenham algum erro. O recurso permite também que a parte vencida tenha um maior convencimento acerca da decisão proferida.

Derivado do latim, *recursus* significa possibilidade de voltar. Recurso presume insatisfação, inconformismo com as decisões judiciais, busca por uma nova deliberação do Poder Judiciário (CARLOS, 2010).

Em um sentido técnico, recurso pode ser definido como remédio ou instrumento impugnativo utilizado pelas partes, Ministério Público e eventuais terceiros prejudicados a fim de provocar dentro de uma mesma relação processual a reapreciação da decisão judicial, seja pela mesma autoridade judiciária que proferiu a decisão, seja por outra em nível superior hierárquico (GONÇALVES, 2017).

Nesse sentido, aponta Misael Montenegro Filho:

O recurso é o instrumento processual voluntariamente utilizado pelo legitimado que sofreu prejuízo decorrente da decisão judicial para obter a sua reforma, a sua invalidação, o seu esclarecimento ou a sua integração, com a expressa solicitação de que nova decisão seja proferida, e pode ou não substituir o pronunciamento hostilizado (2007, v. 2, p. 8).

Recurso é um instrumento voluntário, pois apenas recorre da decisão aquele que, insatisfeito, busca seu reexame. Além disso, não se pode confundir recurso com ações autônomas de impugnação, pois essas, apesar de também buscarem a alteração do pronunciamento judicial, originam uma nova relação processual.

Objetiva-se com o recurso: reformar, invalidar, esclarecer ou integrar uma decisão. A reforma busca obter um novo pronunciamento nos casos de *error in iudicando*, ou seja, quando a decisão é válida, porém há uma falha, um defeito em seu

conteúdo; a invalidação diante do error in procedendo, ou seja, tem o intento de anular uma decisão ilegal ou viciada; o esclarecimento busca pelo aperfeiçoamento do pronunciamento, mediante eliminação de obscuridade ou contradição; a integração é produzida quando a decisão contiver alguma omissão (CÂMARA, 2017).

Os recursos servem para motivar o reexame da decisão judicial e se caracterizam pela interposição dentro da mesma relação processual, isto é, dentro do mesmo processo em que foi proferida a decisão, com a capacidade de prolongar a relação processual e não iniciar uma nova (SÁ; FREIRE, 2012).

É importante salientar que o recurso é admitido para impugnar decisão judicial, porém nem todo pronunciamento judicial pode ser impugnado mediante recurso. São as chamadas decisões irrecorríveis (CÂMARA, 2017).

Contudo, não se confundem decisões irrecorríveis com decisões irrecorríveis em separado. Alguns pronunciamentos não admitem recurso próprio que possa ser interposto de imediato, porém isso não significa que são irrecorríveis. Apenas significa dizer que o recorrente deverá aguardar outro pronunciamento contra o qual será admitido um recurso que impugne também a decisão anterior.

Elucida Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 422):

Não se confunde, porém, a decisão irrecorrível (como essas que acabam de ser indicadas) com a decisão irrecorrível em separado. É que há decisões contra as quais não se admite um recurso próprio, autônomo, interponível imediatamente, mas isto não significa dizer que sejam elas irrecorríveis. O que acontece nesses casos é que será preciso esperar a prolação de algum outro pronunciamento judicial, contra o qual será cabível um recurso que permitirá, também, que se impugne aquela decisão anterior (a qual, portanto, não pode ser recorrida em separado). É o que se tem, por exemplo, com as decisões interlocutórias proferidas nos processos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis, contra as quais não se admite recurso em separado, mas que podem ser impugnadas no mesmo recurso que ataca a sentença.

Isto ocorre no CPC/15, no caso das decisões interlocutórias não agraváveis. O recurso cabível contra as decisões interlocutórias contidas no rol taxativo do artigo 1.015 é o agravo de instrumento. Já as decisões que não se encontram nesse rol não poderão ser impugnadas por agravo. Contudo, depois de proferida a sentença, a apelação interposta poderá ser usada também para impugnar a decisão interlocutória anteriormente proferida através de preliminar de apelação.

## 2.2 Agravo de instrumento

Agravo de instrumento é o recurso cabível, quando previsto em lei, contra algumas decisões interlocutórias, isto é, contra pronunciamentos judiciais de natureza decisória que não se amoldem na definição de sentença.

No CPC/73 as decisões interlocutórias eram impugnadas com agravo. Neste caso existiam duas modalidades de agravo: o retido, que era utilizado como regra e o agravo de instrumento, cabível quando a decisão fosse suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, quando a apelação fosse inadmitida ou quanto aos efeitos em que a apelação fosse recebida (BRASIL, 1973).

O artigo 522 do Código de Processo Civil de 1973, dispunha:

Art. 522: Das decisões interlocutórias caberá agravo, [...], na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (BRASIL, 1973).

Hoje, sob a égide do CPC/15, o agravo retido foi excluído e o cabimento do agravo de instrumento está restrito às hipóteses previstas em lei. O art. 1.015 do CPC traz um rol de situações em que se admite a interposição de Agravo de Instrumento, fora as previstas em lei, ou seja, o cabimento do Agravo de Instrumento é restrito as hipóteses de cabimento previstas em lei e não tão somente ao rol previsto no caput do artigo 1.015 do CPC/15.

Segundo Rinaldo Mouzalas, João Otávio Terceiro Neto e Eduardo Madruga (2016, p. 1.091):

Na vigência do CPC/2015, o agravo passou a ser apenas de instrumento (foi extinta a forma retida). Além disso, foi instituído, pelo art. 1.015, um rol taxativo de cabimento do agravo de instrumento. Agora, não cabe contra qualquer decisão interlocutória agravo de instrumento, mas somente contra aquelas expressamente previstas em lei. Contra as decisões que não estejam (expressamente previstas), cabe sua impugnação por ocasião da interposição do recurso de apelação ou da apresentação de suas contrarrazões (§ 1º do art. 1.009).

Além dessas hipóteses, no CPC/15 também é admitida a interposição de Agravo de Instrumento contra decisão que julga apenas parcela do processo (art. 354, parágrafo único, CPC), decisão que indefere o requerimento de afastamento da suspensão do processo demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário, conforme previsto no art. 1.037, §13, I, do CPC. Outra hipótese de cabimento de agravo de instrumento é para impugnar decisão que decreta a falência da sociedade empresarial, prevista no art. 100 da Lei de Recuperação Judicial e Falência (NEVES, 2016).

O parágrafo único do art. 1.015 do CPC é uma exceção ao caput do referido artigo uma vez que admite o agravo de instrumento contra toda decisão interlocutória proferida no curso do processo de execução, cumprimento de sentença, liquidação de sentença e no processo de inventário, independentemente de seu conteúdo (BRASIL, 2015).

Nas decisões interlocutórias que constam em lei como agraváveis, é possível a interposição de agravo de instrumento em separado. Contudo, diante das hipóteses em que não for possível interpor o agravo de instrumento de forma imediata, é possível impugnar a decisão em preliminar de futura apelação ou em suas contrarrazões. De acordo com Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

Nem toda decisão interlocutória desafiará a interposição de agravo de instrumento. A maior parte delas não é recorrível em separado. Todas as que não integrarem o rol do art. 1.015 e de seu parágrafo único não admitirão recurso, mas também não estarão sujeitas a preclusão. O prejudicado poderá

impugná-las se e quando houver recurso de apelação, devendo fazê-lo como preliminar em apelação ou nas contrarrazões [...] (2016, p. 887).

O agravo de instrumento deverá ser interposto no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação da decisão interlocutória a ser recorrida, mediante preparo. O recurso deverá ser dirigido diretamente ao tribunal competente para julgar o recurso e dele deverá constar o nome das partes, a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido, bem como o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo, conforme assinala o art. 1.016 do CPC.

Como esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) “o nome ‘agravo de instrumento’ indica que a peça do recurso deve ser acompanhada de um instrumento”. Esse instrumento é formado por documentos obrigatórios e facultativos, documentos esses cuja anexação ao agravo é de responsabilidade do recorrente.

A esse respeito ensina Alexandre Câmara:

A petição de interposição do agravo deve ser instruída pelo recorrente com documentos que são chamados de “peças”. Esta exigência, porém, só é feita quando os autos do processo não são eletrônicos, dado o que consta do § 5º do art. 1.017 (o qual, não obstante isso, permite ao agravante anexar documentos que, não constando dos autos, repete úteis para a compreensão da controvérsia). Sendo, porém, os autos impressos (os impropriamente chamados “autos físicos”), tem o agravante a incumbência de instruir seu recurso com as peças, as quais se dividem em dois grupos: obrigatórias (art. 1.017, I) e facultativas (art. 1.017, III) (CÂMARA, 2016, p. 452).

Se por qualquer motivo o recorrente não juntar no agravo de instrumento alguma peça, seja ela obrigatória ou facultativa, o relator determinará a intimação do agravante para sanar o vício. Caso o agravante não anexe o documento que falta e sane o vício, o Agravo não será conhecido. Nesse sentido elucida Humberto Theodoro Júnior:

Uma vez que o NCPC dá prevalência aos julgamentos que resolvem o mérito, em lugar de simplesmente extinguir o processo por questões formais, o art. 1.017, § 3º, determina que, antes de considerar inadmissível o recurso por ausência de peças obrigatórias ou por algum outro vício sanável, o relator intime o recorrente para que, em cinco dias: (i) complete a documentação, ainda que a falta seja de peça obrigatória, ou, (ii) corrija o defeito. Entre os vícios corrigíveis a jurisprudência do STJ tem incluído a falta de assinatura do advogado na petição recursal, sendo, pois, caso de “ser concedido prazo para suprimento da irregularidade, conforme art. 13, do CPC [NCPC, art. 76]”. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1.030).

Não sendo os autos eletrônicos, o agravante deverá juntar no juízo a quo a cópia da petição do agravo, do comprovante de sua interposição e dos documentos que instruíram o recurso, no prazo de 03 (três) dias, sob pena de inadmissibilidade do recurso e a fim de proporcionar a possibilidade de retratação do juízo que proferiu a decisão em primeiro grau.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Agravo de Instrumento nº 70074316472):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO

ESPECIFICADO. ART. 1.018, §§ 2º e 3º, DO CPC. PRELIMINAR ACOLHIDA. PRECEDENTES. Consoante disciplina o artigo 1.018 do CPC, o agravante deve juntar, no prazo de três dias, cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso. A inobservância de tal disposição legal enseja o não-conhecimento do agravo de instrumento. Conforme documentos anexados pela agravada, a comunicação ocorreu de forma intempestiva. Inobservância do prazo legal de 03 dias a ensejar a inadmissibilidade recursal. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO. UNÂNIME. (BRASIL, 2017f)

De acordo com entendimento do STJ, não é necessário juntar cópias dos documentos que instruíram o agravo de instrumento, pois eles já se encontram nos autos principais, mas, excepcionalmente, diante de algum documento novo, com o recurso deve o recorrente juntar cópia no processo do juízo a quo.

Processo civil. Agravo de instrumento. Cumprimento do disposto no art. 526 do CPC. Juntada de cópia do recurso e do rol de documentos que o acompanharam. Juntada também de cópia dos documentos que acompanharam o agravo, em segundo grau. Desnecessidade. Ônus não determinado por lei. Necessidade de interpretar o processo civil como sistema criado para a viabilizar a prolação de uma decisão quanto ao mérito da causa. Recurso improvido. - O art. 526 do CPC exige apenas que a parte junte, em primeiro grau, cópia do agravo de instrumento interposto e da respectiva relação de documentos. A juntada de cópia das peças que acompanharam o recurso não é disposta em lei e, portanto, não pode ser exigida pelo intérprete. - O processo civil deve ser visto como sistema que favoreça, na maior medida possível, um julgamento quanto ao mérito da causa, sempre respeitado o princípio da paridade de armas. Assim, o intérprete deve evitar a criação de óbices que não estejam dispostos expressamente em lei. A decretação de nulidades processuais deve ser excepcional. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2010).

O agravo de instrumento no tribunal será distribuído a um relator que em decisão monocrática, observada as hipóteses do art. 932, III e IV do CPC/15, poderá dar ou negar seguimento ao recurso. Da decisão monocrática do relator caberá Agravo Interno conforme determina o art. 1.021, do CPC (BRASIL, 2015).

Não sendo o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 05 (cinco) dias, em conformidade com o art. 1.019 do CPC/15, poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou ativo deferindo em antecipação de tutela a pretensão recursal em sua totalidade ou apenas parcialmente. Neste caso, deverá o relator comunicar o juiz de sua decisão.

Incumbe ainda ao relator ordenar a intimação do agravado para, no prazo de 15 (quinze) dias, oferecer contrarrazões e, ainda, se quiser, juntar documentos que entender necessário. O relator também determinará, quando necessária a intervenção do Ministério Público, sua intimação para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias.

### 3 O AGRAVO DE INSTRUMENTO E A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

Nos termos do artigo 203, § 2º do CPC/15, decisão interlocutória é todo pronunciamento proferido pelo juiz no curso do processo que não põe fim ao litígio e nem à sua fase cognitiva. A recorribilidade das decisões interlocutórias pode ocorrer de duas formas, a depender do conteúdo da decisão. Se a decisão proferida versar sobre alguma situação que estiver prevista no rol do art. 1.015 do CPC/15, caberá agravo de instrumento de forma imediata. Porém, se não houver previsão no rol, o jurisdicionado deve aguardar a sentença para impugnar a decisão interlocutória em preliminar de apelação ou em suas contrarrazões, conforme previsão do artigo 1.009, §1º, CPC.

### 3.1 Evolução Histórica

A recorribilidade das decisões interlocutórias é um problema que perdura no decorrer da história do ordenamento jurídico brasileiro, desde sua criação até os dias atuais. Em Portugal, no final do século XIII foi instituída uma lei que admitia a apelação contra todas as decisões, fossem elas sentenças interlocutórias ou interlocutórias simples, como eram classificadas (SICA, 2016).

Já no início do século XIV, diante dos excessos dos litigantes que usavam a apelação para emaranhar os processos, o D. Afonso IV proibiu o cabimento da apelação contra as decisões interlocutórias, tornando-as irrecorríveis, com exceção daquelas que implicavam o término do processo e das que poderiam causar dano irreparável pela sentença definitiva (THEODORO JÚNIOR, 2015 apud SANTOS; CLEMES; LEMOS, 2018).

Em 1456, após a promulgação das ordenações Afonsinas, era possível recorrer das decisões terminativas quando causassem danos irreparáveis à parte.

Nas ordenações Afonsinas, apenas se admitia apelação contra interlocutórias que extinguissem o processo e impedissem o julgamento de mérito (situação que modernamente se designa como sentença terminativa, e que hoje se submete, como outrora, ao recurso de apelação) (Ord., Liv. III, Tit. 72, §5). As decisões não terminativas só eram recorríveis quando causassem “dano irreparável”. (THEODORO JÚNIOR, 2015 apud SANTOS; CLEMES; LEMOS, 2018).

Esse instituto trouxe a figura do juízo de retratação. Ao juiz era disponibilizada a faculdade de revogar as decisões interlocutórias simples, de ofício ou por requerimento da parte e a qualquer tempo, desde que o faça antes de proferir a sentença definitiva.

Caso o juiz decidisse não revogar a decisão, diante do descabimento da apelação e da oposição do juiz em revogar a decisão, as Ordenações Afonsinas ordenavam ao juiz extrair o Extormento de agravo ou a Carta testemunhável, meio do qual as partes se utilizavam para levar à corte sua reclamação, conforme se observa diante do exposto no §1º do Livro III, Título LXXIII das Ordenações Afonsinas.

Assim, o agravo passou a ser o remédio que ia contra os prejuízos advindos da decisão interlocutória inapelável. Contudo, foi apenas em 1521, nas Ordenações

Manuelinas, que o agravo apareceu como um recurso ordinário em suas várias formas, quais sejam: agravo de instrumento, agravo de petição, agravo nos autos e agravo ordinário (SICA, 2016).

Essas espécies de agravo foram mantidas até a edição do Decreto número 737 de 1850 que manteve apenas o agravo de petição e o agravo de instrumento, excluindo os demais (BRASIL, 1850).

Após a promulgação da Constituição Republicana de 1891, atribui-se à União e aos Estados a competência para legislar sobre o direito processual, ou seja, tínhamos uma legislação federal e outros códigos processuais em cada estado da federação, os quais se espelhavam no modelo federal. Essa regra de competência perdurou até a Constituição de 1934, quando a União se tornou a única competente para legislar sobre o direito processual. Consequentemente, surgiu a necessidade da elaboração de um novo Código de Processo Civil, advindo assim o Código 1939 (SOUZA, D., 2010).

O CPC de 1939 inovou ao dividir as decisões interlocutórias simples em três categorias. As decisões do rol taxativo do artigo 842 eram impugnadas por Agravo de Instrumento; as decisões também listadas taxativamente no artigo 851 podiam ser impugnadas por agravo nos autos e, as demais decisões que não constavam em nenhum dos róis não eram recorríveis. Contra essas decisões que não podiam ser desafiadas por nenhum recurso era comum a impetração de mandado de segurança (BRASIL, 1939).

O anteprojeto do CPC de 1973 propunha instituir o regime de ampla recorribilidade das decisões interlocutórias para evitar que os litigantes gerassem outras formas de impugnação como o mandado de segurança (SICA, 2016).

Após a promulgação, o Código de 1973, além de aderir à ampla recorribilidade das decisões interlocutórias, ainda trouxe a possibilidade de o litigante escolher a forma do agravo retido ou agravo de instrumento. Entretanto essas opções, além de não resolver os problemas antigos, ainda trouxeram novos problemas (SICA, 2016).

O principal objetivo, que era evitar o mandado de segurança contra ato judicial, não foi alcançado, pois ele continuou a ser usado, porém agora como forma de suspender a eficácia da decisão recorrida.

Diante do resultado não alcançado vieram as reformas, a primeira com a lei 9.139/95, que alterou o procedimento do agravo de instrumento. Ele passou a ser interposto direto no Tribunal de segundo grau e foi conferido poder ao relator para atribuir efeito suspensivo à decisão interlocutória quando verificado o perigo de dano grave e de difícil reparação para o agravante, além de tornar obrigatória a forma retida contra as decisões relativas a provas no procedimento sumário e contra as decisões tomadas depois da sentença (GONZALES, 2015).

Desta forma, a primeira instância não possuía mais o encargo do processamento do recurso, ficando assim mais aliviada. Porém, o segundo grau de jurisdição se sobrecarregou, pois lhe foram atribuídas as providências que antes eram executadas em primeiro grau, além do uso desregrado desse recurso pelas partes que recorriam de toda interlocutória com o objetivo de suspender seus efeitos. Nesse sentido aponta Humberto Theodoro Júnior:

Adveio, porém, um gravíssimo congestionamento do segundo grau de jurisdição: as partes, animadas pelo acesso fácil à instância recursal e pela esperança de suspender de plano a decisão interlocutória adversa, passaram a recorrer sistematicamente de todo e qualquer decisório da espécie. A avalanche de agravos atingiu proporções inusitadas, ingurgitando as pautas de julgamento dos tribunais (THEODORO JÚNIOR, 2017).

O problema que se queria solucionar só mudou de instância. O congestionamento da primeira instância foi para a segunda instância, e a tentativa de se alcançar um procedimento célere e eficaz mais uma vez fracassou. A partir de então, muitas reformas foram necessárias para tentar minimizar os efeitos até agora causados.

Com o advento da Lei 9.756/98 (BRASIL), atribui-se poder ao relator para negar liminarmente seguimento ao agravo descabido e também julgar o mérito quando manifestadamente inadmissível ou improcedente. Contudo, mais uma vez a medida restou infrutífera, pois foi assegurado ao recorrente descontente o direito de um novo agravo para submeter suas razões a um julgamento coletivo no órgão de segundo grau (THEODORO JÚNIOR, 2017).

A Lei 10.352/01 (BRASIL) tornou obrigatório o agravo retido contra as decisões proferidas em audiência de instrução, independente do rito, e também conferiu ao relator o artifício de converter o agravo de instrumento em agravo retido, ordenando sua remessa para o juízo de primeiro grau e apensamento aos autos principais. A medida mais uma vez se revelou tímida porque se assegura ao recorrente o direito ao novo agravo a fim de evitar a conversão em agravo retido (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Por conseguinte, em 2005 com a Lei nº 11.187, o agravo retido passou a ser a regra, o agravo de instrumento só seria cabível para impugnar decisão suscetível de causar dano à parte, nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação fosse recebida, na liquidação de sentença e na execução. Contudo, caso a parte interpusse o Agravo fora das hipóteses mencionadas o relator podia converter em agravo retido (GONZALES, 2015).

A última mudança ocorreu com o advento da Lei nº 13.105/15 onde o agravo retido foi retirado do ordenamento e instituiu-se novamente um rol taxativo de decisões sujeitas ao agravo de instrumento, com algumas hipóteses a mais de interposição previstas em lei (BRASIL, 2015).

Podemos observar que, no decorrer de todos esses anos, e de todas as reformas, buscou-se dar mais celeridade e eficiência ao processo, porém disciplinar essa matéria não tem sido muito fácil para o legislador, pois nunca se conseguiu alcançar um equilíbrio – quando a recorribilidade não era restrita, era muito ampla, e assim está nos dias de hoje com o vigente CPC/15.

### **3.2 Mutações Ocorridas no Agravo de Instrumento com o Advento do Código de Processo Civil de 2015**

O CPC de 2015 surgiu com o objetivo de criar um procedimento mais célere, eficaz e menos complexo. Em busca de um processo mais célere, antes do novo

código se cogitava a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, como já ocorre nos procedimentos do Processo do Trabalho. Porém, diante das questões mais complexas que abarcam o juízo cível, não seria razoável impedir a recorribilidade das interlocutórias.

No CPC/73 havia alguns momentos de divergência entre os tribunais e doutrinadores quanto à classificação de um ato como sentença ou decisão interlocutória. Nesse sentido aponta Marcelo Alves Dias de Souza (2015):

[...] não era fácil enquadrar alguns pronunciamentos como sentença ou decisão interlocutória. Divergiam tanto a doutrina como os tribunais. Havia quem entendesse, por exemplo, que o pronunciamento que exclui uma das partes do polo passivo da demanda extinguindo o processo em relação a ela teria natureza jurídica de sentença terminativa, sendo recorrível via apelação e não por agravo de instrumento. Havia, ainda, quem entendesse ser esse pronunciamento uma sentença, mas, contraditoriamente, afirmasse ser o recurso cabível o agravo de instrumento, uma vez que o recurso de apelação não permitia a subida do instrumento, mas sim dos próprios autos, o que obstaría o regular prosseguimento do procedimento na parte não atingida pela decisão recorrida.

Visando a solucionar este problema, o CPC/15 adotou o critério cronológico ontológico, definindo decisão interlocutória como todo pronunciamento judicial de cunho decisório que não põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, nem extingue a execução, ao passo que sentença é o pronunciamento do juiz que põe fim a fase cognitiva do procedimento comum e extingue a execução, conforme dicção do §1º do artigo 203, CPC.

O recurso cabível contra as decisões interlocutórias é o agravo de instrumento, conforme menção do artigo 1.015 do CPC: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias” (BRASIL, 2015).

À primeira vista observa-se que houve a exclusão do agravo retido. O Ministro Luiz Fux, na exposição dos motivos do CPC/15, ressalta que a modificação ocorrida foi apenas no tocante ao momento da impugnação. O que antes se recorria por meio de agravo retido só era julgado em preliminar de apelação, procedimento que continua com o novo regime; o que se modifica é o meio de impugnação.

Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterado-se o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação (apud BRASIL, 2017a).

A grande mudança em sede das decisões interlocutórias foi a restrição de sua recorribilidade. O legislador, assim como no CPC/39 (BRASIL), impôs um rol taxativo de situações em que é possível a impugnação por meio de agravo e criou uma regra em que as questões resolvidas na fase de conhecimento que não puderem ser impugnadas por agravo de instrumento não mais precluem, devendo ser suscitadas

em preliminar de apelação ou em suas contrarrazões.

Nesse cenário, poderão ser impugnadas por agravo de instrumento as seguintes decisões interlocutórias, conforme dispõe o artigo 1.015, CPC (BRASIL, 2015):

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

As decisões interlocutórias que versarem sobre as matérias acima elencadas poderão, sem qualquer hesitação das partes, ser impugnadas através do recurso de agravo de instrumento.

Teresa Wambier esclarece cada hipótese:

I - Tutelas Provisórias – são as decisões proferidas pelo juiz de 1º grau, com base em cognição ainda incompleta (*fumus boni iuris*), com vistas a tutelar o direito cuja realização, no mundo dos fatos, corre risco ou prevenir o agravamento indevido do dano (urgência) ou conceder, desde logo, a tutela (ainda que provisoriamente) de direito que se revela desde logo (quase) evidente. II - Interlocutórias que versam sobre o mérito da causa são, de rigor, ‘sentenças’ parciais, que não são sentenças, à luz do NCPC, porque este Código elegeu dois critérios para identificar sentenças: o seu conteúdo (arts. 490 e 491) e a função de pôr fim à fase de cognição do procedimento comum. III - Trata-se, aqui, da situação em que o réu alega haver convenção arbitral – cláusula ou compromisso – que obriga ao autor (assim como a ele, réu) a resolver aquela controvérsia perante árbitro (ou painel arbitral) e não perante o Poder Judiciário. IV - A decisão que põe fim ao procedimento incidental de desconsideração da pessoa jurídica (art. 136) que comporta contraditório e produção de provas, em respeito ao preceito constitucional de que ninguém será privado de seus bens sem antes ser ouvido, também está sujeita a agravo de instrumento. V - Rejeição do pedido de gratuidade da justiça, ou revogação de anterior acolhimento. No direito brasileiro atual, para que se obtenha a gratuidade da justiça é necessário que as pessoas, físicas ou jurídicas sem fins lucrativos, façam a afirmação no sentido de que não têm recursos para custear o processo. VI - A decisão que determina que certo documento seja entregue, ou seja, exibido, quer em relação à própria parte, quer em relação a terceiro. VII – A decisão que exclui litisconsorte, que sempre consideramos ser sentença porque põe fim à relação processual que existe entre o litisconsorte excluído e o resto dos sujeitos do processo. No entanto, à luz da nova lei, como prossegue o procedimento, embora se extinga a relação jurídico-processual antes mencionada, apesar de a hipótese estar abrangida pelo art. 485, VI, a decisão é interlocutória. VIII – Rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio. Trata-se de proporcionar ao Tribunal a possibilidade de checar se o juiz levou em conta parâmetros adequados para limitar o número de autores e/ou de réus. IX – Decisão que admite pedido de intervenção como assistente, simples ou litisconsorcial, de denúncia à lide, de chamamento ao processo, de desconsideração da pessoa jurídica e de intervenção como *amicus curiae*, é, também, agravável de instrumento. X - Este inciso de rigor seria até desnecessário, pois se trata de medida

virtualmente abrangida pelo inciso I. XI – Quando comentamos o art. 373, § 1º, dissemos em que condições pode haver alteração da regra geral de distribuição do ônus da prova. XIII – Outros casos sobre os quais a lei disponha expressamente. Este artigo não exaure as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento (SILVA, A., 2015, p. 20-21).

O inciso XII faz menção à previsão de outros casos que comportem agravo de instrumento. Um dos exemplos dessa possibilidade é a impugnação por agravo contra decisão que extingue parcela do processo (parágrafo único do art. 354, CPC) e a decisão que extingue liminarmente parcela do processo (§5º, art. 356, CPC).

Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento.

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: [...]§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento (BRASIL, 2015).

Ademais, o parágrafo único do referido artigo consigna que caberá agravo de instrumento contra as decisões proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Insta salientar que as decisões que versarem sobre situações que não se encontrem no rol do artigo 1.015, CPC, e conseqüentemente não comportarem agravo de instrumento, não estarão sujeitas à preclusão, devendo ser impugnadas em preliminar de apelação ou em suas contrarrazões, conforme determina o §1 do artigo 1.009, CPC.

Nesse sentido, necessário de faz mencionar o entendimento do ilustre Humberto Theodoro Júnior que preconiza, in verbis:

A nova sistemática, embora semelhante à anterior, afasta a necessidade de interposição imediata de recurso para impedir a preclusão. Agora, se a matéria incidental decidida pelo magistrado a quo não constar do rol taxativo do art. 1.015, que autoriza a interposição de agravo de instrumento, a parte prejudicada deverá aguardar a prolação da sentença para, em preliminar de apelação ou nas contrarrazões, requerer a sua reforma (art. 1.009, § 1º). Vale dizer, a preclusão sobre a matéria somente ocorrerá se não for posteriormente impugnada em preliminar de apelação ou nas contrarrazões (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Adiar a recorribilidade das decisões interlocutórias para razões ou contrarrazões da apelação faz frente à possibilidade de atingir as razões em um único recurso, o que antes eram discutidos em recursos autônomos.

Desde o primeiro CPC e no decorrer de todas as suas modificações até os dias atuais busca-se dar mais celeridade e eficiência ao processo. Parte da doutrina dizia que, no âmbito recursal, a livre recorribilidade das decisões interlocutórias era o responsável por congestionar e embaraçar o objetivo de um devido processo legal.

Assim, optou o legislador por restringir suas hipóteses de cabimento, reunindo-as em um rol taxativo, novamente com o propósito de desafogar o Poder Judiciário.

rio do grande acúmulo de recursos.

Porém, essa escolha do legislador em limitar as hipóteses de cabimento do agravo tem gerado críticas na doutrina. A corroborar o exposto, insta transcrever o entendimento do Daniel Amorim Assumpção Neves:

Num primeiro momento, duvido seriamente do acerto dessa limitação e das supostas vantagens geradas ao sistema processual. A decantada desculpa de que o agravo de instrumento é o recurso responsável pelo caos vivido na maioria de nossos tribunais de segundo grau não deve ser levada a sério. Há tribunais que funcionam e outros não, e em todos eles se julgam agravos de instrumento. Como não se pode seriamente considerar que em determinados Estados da Federação as partes interponham agravos de instrumento em número significativamente maior do que em outros, fica claro que referido recurso não é culpado pela morosidade dos tribunais de segundo grau. E ainda que fosse, não vejo possível justificar-se o cerceamento do direito de defesas das partes com a justificativa de diminuir o trabalho dos tribunais e assim melhorar seu rendimento. Essa fórmula é flagrantemente violadora dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Os tribunais de segundo grau precisam melhorar sua performance, disso não há dúvida, mas não se pode admitir que isso ocorra às custas de direitos fundamentais das partes. Por outro lado, as eventuais vantagens da novidade legislativa só serão reais se a impugnação da decisão interlocutória elaborada como preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso for rejeitada. Postergar para o momento do julgamento da apelação o julgamento da impugnação da decisão interlocutória é armar uma verdadeira “bomba relógio” no processo (NEVES, 2016, p. 2619-2620).

Apenas o tempo será capaz de demonstrar quais serão os efeitos práticos dessas mudanças. O importante agora é compreender o objetivo do agravo de instrumento e não apenas utilizá-lo como forma de postergar o processo. Se os juristas não tiverem essa consciência, podem advir centenas de mudanças, mas nenhuma delas será satisfatória.

### **3.3 Cabimento do agravo de instrumento**

O agravo de instrumento é o recurso cabível para impugnar as decisões interlocutórias tidas como agraváveis pelo CPC de 2015. Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial que não põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, nem extingue a execução.

O CPC trouxe em seu artigo 1.015 um rol taxativo de decisões interlocutórias que poderão ser impugnadas por meio do agravo de instrumento. São as chamadas decisões interlocutórias recorríveis de imediato, e versam sobre: tutelas provisórias, mérito do processo, rejeição da alegação de convenção de arbitragem, incidente de desconsideração da personalidade jurídica, rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação, exibição ou posse de documento ou coisa, exclusão de litisconsorte, rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio, admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução, redistribuição do ônus da prova nos termos do artigo 373, § 1º do CPC e outros casos expressamente referidos em lei (BRASIL, 2015).

A decisão interlocutória que conceder, indeferir, modificar ou revogar a tutela provisória será impugnável por agravo de instrumento. Independentemente do resultado da decisão, uma vez que o conteúdo da decisão interlocutória versar sobre tutela provisória, caberá o agravo de instrumento de imediato, independente, ainda, da admissibilidade do recurso, de o direito do recorrente ser evidente de haver algum risco ao resultado útil do processo.

Nesse sentido, explica Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 212):

A decisão que defere, indefere, revoga ou modifica a tutela provisória sujeita-se a agravo de instrumento. A tutela provisória pode ser de urgência ou de evidência. A de urgência pode ser satisfativa ou cautelar. Em todos esses casos, é possível atacar a decisão interlocutória imediatamente. Daí a razão de caber agravo de instrumento da decisão que versa sobre tutela provisória.

É entendimento doutrinário que é cabível também o agravo de instrumento contra decisão interlocutória que adia a análise do pedido de tutela liminar para momento posterior, seja após a contestação ou até mesmo o condicionamento da concessão da tutela a alguma providência a ser sanada pelo autor, conforme explica Daniel Amorim Assumpção Neves:

Uma interpretação analógica dessa hipótese de cabimento admite a conclusão pelo cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que posterga a análise do pedido de tutela provisória feito liminarmente para momento posterior, invariavelmente após a contestação. Afinal, a decisão, ainda que indiretamente, versa sobre a tutela provisória. Cumpre lembrar que essa decisão se tornará ainda mais dramática no procedimento comum criado pelo Novo Código de Processo Civil, já que o réu será citado, ao menos em regra, a comparecer à audiência de conciliação e mediação, sendo apresentada a contestação apenas se for frustrada a solução consensual do conflito. O mesmo se diga da decisão que condiciona a concessão da tutela antecipada a alguma providência a ser adotada pelo autor (NEVES, 2016).

Esse entendimento tem como base o enunciado 29 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “a decisão que condicionar a apreciação de tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento” (ENUNCIADOS..., 2015).

Entretanto, é de suma importância aqui demonstrar que esse entendimento é divergente quanto à jurisprudência. Alguns entendem que a decisão que posterga a análise do pedido de tutela provisória não seria atacável por agravo de instrumento por ser mero despacho, devendo ser impugnado pela via da correção parcial, conforme decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no Agravo de Instrumento nº 70074629502 (BRASIL, 2017b).

Outros entendem que apesar da decisão não possuir cunho decisório no caso concreto, deve-se reconhecer a existência de um juízo negativo a respeito da urgência, como no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no agravo de instrumento nº 40072049120178240000 (BRASIL, 2017a).

Há ainda entendimento no sentido de haver fungibilidade recursal no recebimento de correção parcial por agravo de instrumento por ser esse o recurso cabível,

conforme decisão do Relator Almir Porto da Rocha Filho (Agravo de Instrumento nº 70074169822):

CORREIÇÃO PARCIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. POSTERGAÇÃO POR DIVERSAS VEZES DA ANÁLISE DO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. ELEMENTOS SUFICIENTES NOS AUTOS. Não se afigura hipótese de correção parcial, por ser cabível recurso da decisão proferida. Conhecimento da correção como agravo de instrumento, com base no princípio da fungibilidade recursal. Não há razão para postergar a apreciação do pedido de tutela de urgência do autor, que por ela aguarda há mais de 08 meses, tendo sido a ação proposta ainda no ano de 2016. Há nos autos documentação suficiente, sendo despidianda a renovação do pedido administrativo. Desconstituição da decisão para análise do pedido antecipatório na origem. CORREIÇÃO PARCIAL CONHECIDA COMO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL, 2017c).

A tutela provisória tem ainda a finalidade de retirar o efeito suspensivo da apelação, porém neste caso ela é concedida em sentença. Portanto não deve ser impugnada por agravo de instrumento, mas sim por apelação, conforme disposto no artigo 1.009, §3º do CPC (BRASIL, 2015a).

O artigo 356, §5º do CPC define que as decisões que julgarem parcialmente o mérito da demanda serão impugnadas por agravo de instrumento. Esse dispositivo é ratificado nos termos do artigo 1.015, II do mesmo dispositivo legal, conforme elucidam Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro Cunha (2016, p. 213):

No curso do procedimento, é possível haver decisões mérito. O juiz pode, por exemplo, rejeitar a alegação de prescrição ou de decadência, determinando a instrução probatória. De decisões assim cabe agravo de instrumento, tal como prevê o art. 1.015, II, do CPC. É possível, ainda, que o juiz decida o pedido por meio de uma decisão interlocutória. Com efeito, o juiz pode decidir parcialmente o mérito, numa das hipóteses previstas no art. 356. Tal pronunciamento, por não extinguir o processo, é uma decisão interlocutória, que pode já acarretar uma execução imediata, independentemente de caução (CPC, art. 356, § 2º). Conquanto seja uma decisão interlocutória, há resolução parcial do mérito, apta a formar coisa julgada.

Toda decisão de mérito que não seja propriamente uma sentença e que tenha como previsão legal a impugnação por meio de agravo de instrumento poderá ser impugnada por tal recurso. Portanto, caso a parte não recorra da decisão de mérito ou parcial de mérito terá seu direito precluso não podendo impugnar tal decisão posteriormente em apelação.

É também passível de impugnação por meio de agravo de instrumento a decisão que

rejeita alegação de convenção de arbitragem. Conforme ensinam Didier e Cunha (2016, p. 215):

A decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é uma situação singular em que se decide, na verdade, sobre competência. A decisão sobre a convenção de arbitragem contém características da decisão sobre competência.

A decisão que versa sobre competência relativa ou absoluta do juízo não está no rol do artigo 1.015 do CPC. Entretanto, afirma Diddier (2016, p. 216) que se deve neste caso ter uma interpretação extensiva do inciso III do referido artigo, pois tanto a alegação de convenção de arbitragem quanto a alegação de incompetência do juízo são situações que se assemelham, devendo portanto o julgador ao interpretar o inciso III do artigo 1.015 do CPC, abranger também as decisões interlocutórias que versarem sobre competência.

Nesse sentido, a Quarta Turma do STJ em decisão unânime deu provimento ao Agravo em Recurso Especial nº 1.100.041 para admitir Agravo de Instrumento contra decisão que versava sobre exceção de incompetência, mesmo não estando essa matéria prevista no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC de 2015, dando ao referido artigo uma interpretação extensiva, conforme se pode observar no julgamento proferido pela Quarta Turma no Recurso Especial nº 1.679.909/RS (BRASIL, 2017d).

Contudo, existem decisões em sentido diverso, como a proferida no Recurso Especial nº 1700500 (BRASIL, 2017e), que não reconheceu o Agravo de Instrumento que impugnava decisão acerca de incompetência, pois tal matéria não se encontra no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC/15, devendo a parte impugnar em preliminar de Apelação ou em suas contrarrazões.

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica está regido nos artigos 133 a 137 do CPC e também pode ser impugnado por agravo de instrumento. Contudo, deve-se atentar para a seguinte observação: a decisão que soluciona o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é que é agravável. Se a desconconsideração for um mero pedido na inicial e for resolvido na sentença, caberá apelação (BRASIL, 2015a).

Rejeitado o pedido ou acolhido o pedido de revogação da assistência judiciária gratuita, a parte poderá agravar da decisão, salvo se a questão for resolvida em sentença, em cujo caso caberá apelação. A interposição do agravo de instrumento, nesse caso, possui efeito suspensivo automático, uma vez que o recorrente não precisa efetuar o preparo do recurso e nem efetuar o recolhimento de nenhuma custa até que relator decida a questão.

A exibição ou posse de documento ou coisa, quando requerida em face da parte contrária se tornará um incidente processual a ser resolvido por decisão interlocutória, da qual caberá agravo de instrumento. Entretanto, se for requerido em face de terceiro, ter-se-á um processo incidente, que será resolvido por sentença, cabendo neste caso apelação. Caso o juiz de ofício determine que o terceiro apresente os documentos ou coisa (art. 438, CPC), caberá agravo de instrumento (BRASIL, 2015a).

A decisão que exclui um ou mais litisconsortes ou rejeita o pedido de limitação do litisconsorte (puro e simples) também é impugnada por meio de agravo de instrumento, e não sendo interposto tal recurso de forma imediata, a parte não poderá mais impugnar as decisões, pois estarão preclusas.

A decisão interlocutória que admite ou inadmite a intervenção de terceiro também enseja agravo de instrumento. A intervenção de terceiro está prevista no Título III do Livro II do CPC, porém não se limita apenas a essas hipóteses, havendo

outras previstas no decorrer do código como nos artigos 338, 343, §§3º e 4º. Essa regra não se aplica à intervenção do *amicus curiae*, pois nos termos do artigo 138 do CPC trata-se de decisão irrecorrível (DIDIER JÚNIOR; CARNEIRO, 2016).

Tratando a decisão interlocutória de concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução, caberá agravo de instrumento. Os embargos à execução são a defesa do executado na ação de título executivo extrajudicial e a impugnação é a defesa do executado no cumprimento de sentença. Em ambas as hipóteses não é necessário que o executado garanta o juízo. Essa garantia só é necessária para se obter o efeito suspensivo.

O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 373, §1º do CPC (BRASIL, 2015a).

É possível que o juiz redistribua o ônus da prova diante de alguns casos previstos em lei ou diante das peculiaridades de algumas causas, que dificultam ou tornam impossíveis realizar a incumbência, ou a facilidade de obtenção de prova do fato contrário. A parte que irá se incumbir do ônus probatório poderá recorrer da decisão por meio do agravo de instrumento.

O artigo 1.015, X do CPC faz menção de que caberá agravo de instrumento em outros casos previstos em lei, e o parágrafo único do referido artigo traz expresso que caberá agravo de instrumento para impugnar todas as decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença no processo de execução e no processo de inventário (BRASIL, 2015a).

Isso significa que além das hipóteses previstas no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC, existem outras hipóteses nas quais será cabível o agravo de instrumento, mas somente hipóteses previstas em lei, como no caso do parágrafo único do artigo 354 do mesmo diploma que admite a interposição de agravo de instrumento quando o conteúdo da decisão acerca das hipóteses previstas nos artigos 485 e 487, II e III for de apenas parcela do processo.

Cabe também agravo de instrumento quando previsto em outras leis além do CPC, como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/1992) (BRASIL), que prevê o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que recebe a petição inicial da ação de improbidade (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2016).

Apenas as decisões acima citadas ou outras previstas em Lei poderão ser impugnadas por agravo de instrumento. Ainda existem muitas divergências acerca da interpretação do rol taxativo do artigo 1.015 do CPC, como, por exemplo, se seria possível uma interpretação extensiva ou não, conforme observamos nos julgados proferidos pelos Tribunais Superiores. De qualquer modo, resta às partes e aos operadores do Direito arcarem com a insegurança jurídica enquanto esse entendimento não é firmado.

### **3.4 As decisões interlocutórias não atacáveis por agravo de instrumento**

As decisões interlocutórias que não se encontrarem no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC e não tiverem previsão legal de que são agraváveis não poderão ser

impugnadas por agravo de instrumento. A parte que tiver interesse em recorrer deverá aguardar para impugná-la ao final do processo em preliminar de apelação ou em suas contrarrazões.

O CPC/15 estipula que as matérias previstas no artigo 1.015, se não forem recorridas de imediato, restarão preclusas. Entretanto, não sendo cabível tal recurso não ocorrerá a preclusão imediata, pois elas ainda poderão ser impugnadas em apelação, e somente depois, caso a parte não as impugne, é que será acobertada pela preclusão (CÂMARA, 2017).

Não é correto dizer que as decisões interlocutórias que não são recorríveis de imediato são irrecorríveis, uma vez que se admite recorrer dessas decisões em momento posterior.

As decisões interlocutórias que discutem sobre as matérias não taxadas no artigo 1.015 do CPC não são irrecorríveis, apenas devendo-se esperar momento oportuno para impugná-las. Entretanto, diante de uma situação de urgência ou impossibilidade de aguardar momento posterior para impugnar, pode ocorrer duas situações: a parte terá de arcar com uma possível lesão a seu direito ou será admitido, por exemplo, o mandado de segurança, como sucedâneo recursal para impedir que a parte sofra uma lesão não passível de recuperação.

#### **4 MANDADO DE SEGURANÇA**

O mandado de segurança é uma ação judicial que visa a proteger direito líquido e certo do indivíduo quando este for violado, seja por ilegalidade, seja por abuso de poder de autoridade pública.

##### **4.1 Cabimento**

O mandado de segurança está previsto tanto na CF/88, quanto na Lei nº 12.016/2009 (BRASIL) que regula o mandado de segurança individual e coletivo. O mandado de segurança não é um recurso, mas sim um remédio constitucional que age por meio de uma ação judicial autônoma. A CF/88 faz menção expressa ao mandado de segurança em seu artigo 5, LXIX:

Art. 5. Omissis

[...]

LXIX: conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

O mandado de segurança só será admitido se o direito líquido e certo não for amparado por habeas corpus ou habeas data ou nenhum outro meio de que a parte possa se utilizar para defender seus direitos. Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

O mandado de segurança é ação judicial, de rito sumário especial, a ser utilizada quando direito líquido e certo do indivíduo for violado por ato de auto-

ridade governamental ou de agente de pessoa jurídica privada que esteja no exercício de atribuição do Poder Público. O mandado de segurança é ação de natureza residual, subsidiária, pois somente é cabível quando o direito líquido e certo a ser protegido não for amparado por outros remédios judiciais (habeas corpus ou habeas data ação popular etc.). É sempre ação de natureza civil, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 206).

Deste modo, é cabível o Mandado de Segurança sempre que o direito líquido e certo não for amparado por habeas data ou habeas corpus e quando, por ato ilegal ou abuso de poder, pessoa física ou jurídica sofrer alguma violação ou tiver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade. Conforme salienta Alexandre de Moraes, o ato da autoridade pode ser tanto omissivo quando comissivo (MORAES, 2017).

Segundo a Lei que rege o mandado de segurança, equiparam-se à autoridade os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições (BRASIL, 2009).

A Lei nº 12.016, em seu artigo 5º, prevê três hipóteses nas quais será possível impetrar o mandado de segurança. São elas:

Art. 5º: Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III - de decisão judicial transitada em julgado (BRASIL, 2009).

Segundo o enunciado da Súmula 267 do STF “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (BRASIL, 2018).

Desta forma, é possível observar que o mandado de segurança é um remédio constitucional que visa a proteger um direito líquido e certo do impetrante, mas que não é cabível enquanto for possível se utilizar de outros meios para defender esse direito.

## 4.2 Conceito de Direito Líquido e Certo

Direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano, sem necessidade de dilação probatória, pois para impetração do mandado de segurança as provas já devem estar pré-constituídas. Segundo Alexandre de Moraes:

Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca. Note-se que o direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprecisão e incerteza recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato que, para tornar-se incontroverso, necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidade de o juiz denegá-lo sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica. Assim, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança (MORAES, 2017, p. 129).

Por mais que possa parecer que os autos versem unicamente sobre matéria de direito, em algum momento será necessária uma dilação probatória, e como esta não se admite no mandado de segurança o impetrante deve sempre comprovar os fatos alegados.

### 4.3 Legitimidade

O sujeito ativo do mandado de segurança é aquele que possui direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data. Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino apresentam um rol de algumas pessoas legitimadas para impetrar o mandado de segurança:

Têm legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança (sujeito ativo): a) as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, domiciliadas ou não no Brasil; b) as universalidades reconhecidas por lei, que, embora sem personalidade jurídica, possuem capacidade processual para defesa de seus direitos (o espólio, a massa falida, o condomínio de apartamentos, a herança, a sociedade de fato, a massa do devedor insolvente etc.); c) os órgãos públicos de grau superior, na defesa de suas prerrogativas e atribuições; d) os agentes políticos (governador de estado, prefeito municipal, magistrados, deputados, senadores, vereadores, membros do Ministério Público, membros dos tribunais de contas, ministros de estado, secretários de estado etc.), na defesa de suas atribuições e prerrogativas; e) o Ministério Público, competindo a impetração, perante os tribunais locais, ao promotor de justiça, quando o ato atacado emanar de juiz de primeiro grau de jurisdição (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 255-256).

Deste modo, o mandado de segurança pode ser utilizado por qualquer cidadão que tenha seu direito violado ou tiver justo receio de sofrer tal violação, desde que observados todos os requisitos legais para sua impetração.

A legitimidade passiva é a autoridade coautora, ou seja, aquela responsável pelo abuso de poder ou pela ilegalidade. Nos termos do artigo 6, §3º da Lei nº 12.016/09, “considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática” (BRASIL, 2009).

### 4.4 Mandado de segurança como sucedâneo recursal

O mandado de segurança tem previsão no inciso LXIX do artigo 5º da CF/88. É uma ação constitucional de natureza cível com o objetivo de proteção de direito líquido e certo contra atos de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A lei 12.016 (BRASIL, 2009) regula atualmente o mandado de segurança e dispõe que é admissível a sua impetração contra ato judicial irrecurável. Essa previsão teve como base o enunciado da súmula nº 267, do STF, “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (BRASIL, 2018).

Diante disso, com as mudanças inerentes ao agravo de instrumento, tem se cogitado a possibilidade de impetração do mandado de segurança para as hipóteses em que não se admite agravo de instrumento de forma imediata, ou seja, nas hipóte-

ses fora do rol do art. 1.015, CPC (BRASIL, 2015a).

Dizer que uma decisão não é recorrível de imediato não é o mesmo que dizer que ela é irrecorrível. Apenas existe o adiamento do momento previsto para sua impugnação. No caso do agravo de instrumento, caso não presente alguma situação prevista no rol do art. 1.015 do CPC/15, não é possível impugnar a decisão interlocutória de forma imediata. O litigante deve esperar a sentença para alegar em preliminar de apelação ou em suas contrarrazões o desagrado com a decisão anteriormente proferida.

É difícil prever todas as situações geradoras de risco e grave lesão, até porque, hoje existem demandas cada vez mais complexas e urgentes. Portanto, há decisões interlocutórias que irão gerar ameaça ao direito da parte, porém não poderão ser recorridas por meio de agravo de instrumento, pois não caberiam numa das hipóteses previstas no artigo 1.015 do CPC/15.

A grande questão gira em torno dessas situações que criam risco de grave dano à parte e que não se encontram dentre as situações listadas no rol taxativo. A questão é se seria então admitida a impugnação dessas decisões por meio do mandado de segurança.

Caso a decisão interlocutória tenha a capacidade de causar um dano de difícil ou impossível reparação e não possa esperar o momento posterior para ser impugnada em preliminar de apelação, poderá ser impetrado mandado de segurança, submetido a exame do tribunal de segundo grau competente.

Nos dizeres de Teresa Wambier:

Esta opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, no ordenamento jurídico ainda em vigor, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa. Evidentemente, a parte prejudicada não poderia esperar (apud PEREIRA, 2017).

Nessa linha intelectual, José Miguel Garcia Medina, esclarece:

O agravo de instrumento, à luz do CPC/2015, é cabível somente nas hipóteses previstas em lei. Disso resulta a taxatividade do cabimento do agravo de instrumento. De algum modo, procurou o legislador antever, com base na experiência haurida na vigência da lei processual revogada, os casos em que, sob a nova lei, justificariam a recorribilidade imediata da decisão interlocutória. A riqueza das situações que podem surgir no dia a dia do foro, porém, escapam da inventividade do legislador. Nesses casos, à falta de recurso que possa ser usado imediatamente contra a decisão, poderá ser o caso de se fazer uso de mandado de segurança (MEDINA, 2015, p. 1398-1399 apud ROMÃO, Paulo Freire, 2015, p. 255).

É certo que a irrecorribilidade imediata das interlocutórias que não estão previstas no rol taxativo podem ser objeto de impugnação por meio de mandado de segurança. Contudo, não é toda e qualquer decisão interlocutória não agravável que poderá ensejar a impetração desta ação.

Como dito anteriormente, não é questão de decisão irrecorrível, pois é possível sua impugnação em apelação ou contrarrazões. Diante disso, deve-se observar o entendimento jurisprudencial do STF e do STJ e estabelecer os critérios para o cabimento do remédio constitucional em questão.

Portanto, o mandado de segurança somente será cabível quando a decisão tiver a potencialidade de causar ao litigante lesão irreparável ou de difícil reparação, de modo que não pode aguardar momento posterior para impugná-la. Ademais, no ato judicial deve haver teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante, pois presentes essas situações no pronunciamento judicial, o mandado de segurança torna-se cabível mesmo diante de atos judiciais recorríveis, como explica Alexandre Freitas Câmara:

[...] em casos nos quais se encontrem presentes, cumulativamente, dois pressupostos: primeiro, que não haja recurso eficiente contra a decisão, isto é, que o sistema processual não tenha previsto recurso capaz de permitir que se evite lesão ao direito do impetrante que o ato judicial que se pretende impugnar será capaz de perpetrar; segundo, que o ato judicial impugnado seja, como se convencionou dizer na prática forense, 'teratológico'. É que em alguns casos proferem-se decisões judiciais manifestamente equivocadas, aberrantes. Em doutrina já se definiu a decisão 'teratológica' (rectius, teratogênica) como a decisão que afronta inegável e seriamente o sistema e que, paralelamente a essa afronta teórica, é capaz de gerar no campo dos fatos, no mundo empírico, prejuízo de difícil ou impossível reparabilidade (apud PEREIRA, 2017).

O mandado de segurança tem sido repudiado pelos tribunais e doutrinadores, e para evitar que ocorra a popularização desta ação alguns doutrinadores defendem uma interpretação extensiva das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Isto porque caso a impugnação das interlocutórias se difunda demasiadamente por meio do mandado de segurança, mais uma vez o objetivo do legislador em buscar desafogar os tribunais e ter um sistema jurídico célere vai ser falho.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência dos recursos se justifica na existência da falibilidade humana. Os recursos possuem o objetivo de garantir à parte uma decisão sem vícios e gerar um conformismo maior acerca do que fora decidido quando a decisão que se espera não é favorável.

Os recursos dispõem de princípios que sustentam as normas jurídicas recursais. Eles dão a base para a existência e a execução dos recursos. Princípios são premissas que servem de norte e criação, edificação e aplicabilidade das normas. Isto não é diferente no caso dos recursos.

Cada recurso é dotado de um efeito. Os efeitos decorrem de determinações legais. É a lei quem estabelece quais efeitos serão atribuídos a determinado recurso. Os efeitos são matérias de ordem pública e, assim, não são sujeitos à preclusão.

A recorribilidade das decisões interlocutórias vem há vários séculos sendo modificada sempre em busca de um Judiciário mais célere e eficaz. Contudo, apesar das várias modificações já realizadas nesse instituto, nunca se conseguiu alcançar o

tão almejado objetivo, pois de uma maneira ou de outra sempre restava uma fenda para os operadores do direito continuarem a interpor recursos ou até mesmo mandados de segurança para resguardar seus direitos.

Com o Código de Processo Civil de 2015 não foi diferente. Ao restringir as hipóteses de interposição do agravo de instrumento e criar um rol taxativo das matérias que podem ser impugnadas por tal recurso, gerou-se grande polêmica e incerteza entre os juristas. Os entendimentos acerca do cabimento de uma interpretação extensiva acerca do referido rol são variados, até mesmo nas decisões dos Tribunais, gerando grande insegurança jurídica para todos.

O recurso de agravo de instrumento somente é cabível diante das hipóteses previstas em lei, seja no CPC/15, seja em outras leis esparsas. Nos casos em que não for cabível de imediato, a parte que impugnar uma decisão por agravo de instrumento deverá fazê-lo em preliminar de apelação ou em suas contrarrazões.

Entretanto, existem situações em que não é possível impugnar de imediato a decisão, mas não se pode esperar momento posterior, pois pode ser gerado grave dano ou até mesmo um dano irreparável.

Diante dessas situações é que seria cabível de uma forma peculiar, o mandado de segurança a fim de proteger um direito da parte que, naquele momento, não pode impugnar determinada decisão, tal como se naquele momento a decisão fosse irrecorrível para parte, pois se aguardar somente a preliminar de apelação, seu direito já terá se exaurido.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Ordenações Afonsinas**, 1446. Disponível em: <[www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/pa gini.htm](http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/pa gini.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 737**, de 25 de Novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no processo commercial. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 1.608**, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Código de Processo Civil. Sancionado em 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, car-

go, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.756**, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9756.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9756.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.352**, de 26 de dezembro de 2001. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10352.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10352.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.016**, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 944040**, 3ª Turma, 07 jun. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14318515/recurso-especial-resp-944040-rs-2007-0091038-0/inteiro-teor-14318516>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº 40072049120178240000/SC**, Relator Paulo Ricardo Bruschi, 07 jun. 2017a. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/467518905/agravo-de-instrumento-ai-40072049120178240000-capital-continente-4007204-9120178240000/inteiro-teor-467518982?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70074629502/RS**, 16ª Câmara Cível da Comarca de Pelotas, Relator Paulo Sérgio Scarpato, 02 Ago 2017b. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/483850118/agravo-de-instrumento-ai-70074629502>>. Acesso em: 12 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento nº 70074169822/SC**, 21ª Câmara Cível da Comarca de Porto Alegre, Relator Almir Porto da Rocha Filho, 13 set. 2017c. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/499282334/agravo-de-instrumento-ai-70074169822>>. Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.679.909/RS**, Quarta Turma, 14 nov. 2017d. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549846394/recurso-especial-resp-1679909-rs-2017-0109222-3/inteiro-teor-549846403>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1700500/SP**, Relator

Marco Aurélio Bellizze, 16 out. 2017e. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/518034880/recurso-especial-resp-1700500-sp-2017-0246745-0>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70074316472**, 20ª Câmara Cível, 25 Set. 2017f. Disponível em: <<https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/502650055/agravo-de-instrumento-ai-70074316472-rs>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 267**. Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2464>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ENUNCIADOS do fórum permanente de processualistas civis. Vitória, 01, 02 e 03 maio 2015. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/4851953-Enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-vitoria-01o-02-e-03-de-maio-de-2015.html>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2007, v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otavio; MADRUGA, Eduardo. **Processo civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PEREIRA, Luciana Nascimento. Mandado de Segurança para impugnação de decisão interlocutória em razão das alterações no CPC. **JurisWay**, 12 mar. 2017. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=18732](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=18732)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ROMÃO, Paulo Freire. Taxatividade do rol do artigo 1.015, do Novo Código de Processo Civil: Mandado de Segurança como Sucedâneo do Agravo de Instrumento?

THEMIS, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 13, 2015. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view-File/504/506>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

SANTOS, Maria Carolina Magalhães dos; CLEMES, Carina Gassen Martins; LEMOS, Vinicius Silva. A recorribilidade das decisões interlocutórias sob a ótica do novo código de processo civil. Disponível em: <[www.fcr.edu.br/revista/index.php/anaiscongresso-rondoni\\_ensec/article/view/74/67](http://www.fcr.edu.br/revista/index.php/anaiscongresso-rondoni_ensec/article/view/74/67)>. Acesso em: 06 abr. 2018.

SENADO FEDERAL. Anteprojeto do novo código de processo civil. Portal O Senado, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Recorribilidade das interlocutórias e sistema de preclusões no Novo CPC – Primeiras Impressões. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/04/07/recorribilidade-das-interlocutorias-e-sistema-de-preclusoes-no-novo-cpc-primeiras-impressoos/>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

SILVA, Ana Karine Evaldt da. A nova sistemática do recurso de agravo no novo código de processo civil. Disponível em: <[www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015\\_1/ana\\_silva.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_1/ana_silva.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2018.

SOUZA, Daniel Andrade de. Agravo de instrumento: do seu surgimento aos dias de hoje. Brasília, 2010. 53f. – Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/279/Monografia\\_Daniel%20Andrade%20de%20Souza.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/279/Monografia_Daniel%20Andrade%20de%20Souza.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Novo CPC (IV): sentenças x decisões. Tribuna do Norte. 12 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/novo-cpc-iv-sentena-as-x-decisa-es/310904>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3.

\_\_\_\_\_. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <[www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto Theodoro J%C3%BAnior-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior-formatado.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2017.

**Submetido: 13/11/2018**

**Aprovado: 23/01/2019**



# INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO CASO DE FETO COM MICROCEFALIA

## *UNCONSTITUTIONALTY OF ABORTION'S LEGALIZATION IN CASE OF MICROCEPHALIC FETUS*

### **Márcio Augusto Friggi de Carvalho**

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

Mestre em Direito Penal pela PUC-SP

Professor de Direito Penal pela PUC-SP

### **Natalia Pellicciari**

Analista Judiciária do Ministério Público

Pós-graduada em direito penal econômico pelo IBCCRIM/Universidade de Coimbra

Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo



## RESUMO

O abortamento é considerado crime no Brasil. Não obstante, com o aumento dos casos de microcefalia, foi questionado perante o STF, mediante a ADI 5581, a possibilidade de legalização do aborto no caso de feto com microcefalia, requerendo a interpretação conforme a Constituição Federal para declarar que tal conduta não seria enquadrada no crime de aborto tipificado no Código Penal, ou para enquadrar tal conduta na excludente de ilicitude do estado de necessidade específico referente ao aborto necessário, analogicamente no aborto humanitário ou ao estado de necessidade genérico do artigo 24 do CP. Nesse sentido, o Procurador Geral da República em sede da ADI 5581 deu parecer favorável ao postulado pela requerente, entendendo que a conduta de abortamento de feto com microcefalia deveria ser lícita, em virtude da incidência do estado de necessidade genérico. Em tal artigo buscaremos comprovar que, por uma questão de coerência jurídica, não há como o STF legalizar a conduta de feto com microcefalia, uma vez que: (i) tal conduta não pode ser enquadrada como estado de necessidade; (ii) a decisão da ADPF 54, em que o STF decidiu pela atipicidade da conduta de abortamento de feto anencéfalo não pode ser utilizada como precedente para o caso em questão, vez que os fundamentos fáticos são completamente diversos e (iii) a Constituição Federal, a Convenção Internacional sobre as pessoas com deficiência e o Estatuto da Pessoa com deficiência vedam a conduta discriminatória, de modo que se o nosso Código Penal criminaliza a conduta de aborto, não há porque ser dado um tratamento jurídico diverso para quem aborta feto com microcefalia.

**Palavras-chave:** ADI 5581. Aborto. Microcefalia. Discriminação. Pessoas com deficiência.

## ABSTRACT

Abortion is considered crime in Brazil. Nevertheless, with the increase of cases of microcephaly, the possibility of legalizing abortion in the case of microcephalic fetus was questioned before the STF through ADI 5581, requiring interpretation according to the Federal Constitution to declare that such conduct would not be framed in the crime of abortion as defined in the Penal Code, or to frame such conduct in the exclusion of illegality from the specific state of necessity regarding humanitarian abortion or the general state of necessity of article 24 of the CP. In this sense, the Attorney General of the Republic, in the records of ADI 5581 gave a favorable opinion to the petitioner, believing that the conduct of fetal abortion with microcephaly should be lawful, due to the incidence of the generic state of necessity. In this article we will seek to prove that there is no way in which the Supreme Court can legalize the fetus's conduct with microcephaly, considering that: (i) such conduct can not be framed as a state of necessity; (ii) the decision of ADPF 54, in which the STF decided on the atypical conduct of abortion of the anencephalic fetus, can not be used as a precedent for the case in question, since the factual grounds are completely different and (iii) the Federal Constitution, The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Disabled Persons Statute prohibit discriminatory conduct, so that if our Penal Code criminalizes abortion, there is no reason to be given a different legal treatment for those who abort a fetus with microcephaly.

**Keywords:** ADI 5581. Abortion. Microcephaly. Discrimination. People with disabilities.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Início da Vida. 3. Direito à vida e Aborto. 3.1 Mandados constitucionais de criminalização. 3.2 Garantismo positivo e o princípio da proporcionalidade. 3.3 Mandado constitucional de criminalização: tutela da vida humana e vedação a proteção deficiente. 4. Novo Código Penal e Abortamento. 5. A visão do STF no que diz respeito ao abortamento. 6. Distinção entre Microcefalia e Anencefalia. 7. Do não enquadramento da conduta de abortamento de feto com microcefalia como estado de necessidade. 8. O princípio da igualdade e o novo regime de incapacidade trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. 9. Conclusão. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A notícia (BEDINELLI, 2015; MELLO, K., 2015; SOBE..., 2016), de que desde outubro de 2015<sup>1</sup> tem crescido no Brasil o número de recém-nascidos infectados pelo vírus da Zika levantou novos questionamentos na sociedade e na comunidade jurídica acerca da criminalização do abortamento<sup>2</sup> e da colisão de direitos entre o feto e a mulher. Nesse sentido, a ADI 5581 (BRASIL, 2016a)<sup>3</sup> foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como pedidos: (i) a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal ou ii) sucessivamente, a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal para declarar a constitucionalidade da interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica, e por estar de acordo, ainda, com a justificação genérica dos arts. 23, I e 24 do Código Penal.

É esse enquadramento do abortamento de feto com microcefalia como conduta atípica ou excludente de ilicitude que será discutido no presente artigo. A premissa para tanto será a criminalização do abortamento no Código Penal Brasileiro (CP) e suas restritivas hipóteses legais. Em síntese, a discussão se cingirá à futura decisão do STF na ADI 5581 (BRASIL, 2016a), cujo pedido no âmbito penal se limita ao abortamento de feto com microcefalia, não se discutindo a constitucionalidade ou não da criminalização do abortamento pelo nosso diploma penal.

## 2 O INÍCIO DA VIDA

O bem jurídico tutelado pela tipicidade do crime de abortamento é a vida intrauterina. Tal criminalização, no entanto, passa por um ponto que ainda é controvertido no campo do direito, da filosofia e até mesmo da biologia: o início da vida humana.

Habermas (2004, p. 44) aponta a dificuldade em estabelecer um início abso-

1 Segundo Protocolo de Vigilância e resposta à ocorrência de microcefalia e/ou alterações do sistema nervoso central (SNC) do Ministério da Saúde: em 22 de outubro de 2015, a Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco notificou e solicitou apoio do Ministério da Saúde para complementar as investigações iniciais de 26 casos de microcefalia, recebidas de diversos serviços de saúde nas semanas anteriores à notificação. Em 28 de novembro de 2015, com base nos resultados preliminares das investigações clínicas, epidemiológicas e laboratoriais, além da identificação do vírus em líquido amniótico de duas gestantes da Paraíba com histórico de doença exantemática durante a gestação e fetos com microcefalia, e da identificação de vírus Zika em tecido de recém-nascido com microcefalia que evoluiu para óbito no Estado do Ceará, o Ministério da Saúde reconheceu a relação entre o aumento na prevalência de microcefalias no Brasil com a infecção pelo vírus Zika durante a gestação (1,3).

2 Como há muito explica a doutrina mais técnica de Direito Penal, o termo correto a ser utilizado para tipificar a conduta de eliminação da vida do feto não seria aborto, como previsto nos artigos 124 e seguintes do Código Penal, mas abortamento, uma vez que aborto seria o crime de lesão corporal qualificada que, em uma conduta preterdolosa acaba por gerar a eliminação da vida do feto. Não obstante, diante da utilização costumeira da palavra aborto para definir o delito dos artigos 124 e seguintes do Código Penal, tal denominação será utilizada no presente artigo.

3 AADI em questão foi cumulada com ADPF, tendo em vista os dispositivos questionados serem do Código Penal Brasileiro, lei ordinária anterior à CF, e, em tese, a única ação de constitucionalidade concreta que admite o controle de atos anteriores à CF/88 ser a ADPF.

luto e definitivo da vida, afirmando que “qualquer tentativa de estabelecer um limite específico e moralmente relevante em algum ponto entre a fecundação ou a junção de gametas, de um lado, e o nascimento, de outro, seria arbitrária”.

Contribuindo para a controvérsia, inúmeras posições buscam definir quando a vida humana se inicia: (i) com a fecundação (teoria biológica ou concepcionista); (ii) com a nidação (fixação do embrião no útero materno) (teoria da nidação); (iii) com a formação do sistema nervoso central (teoria neurológica) e (iv) com o nascimento (teoria ecológica ou natalista). Vejamos cada uma delas.

A teoria concepcionista, defendida pela Igreja Católica e por alguns doutrinadores, importa da biologia o momento do início da vida. Assim, para tal teoria, o início da vida se dá com a concepção, com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2001, p. 61-62):

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóiide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Luziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina.

Para a teoria da nidação, por sua vez, a vida inicia-se com a fixação do embrião na parede uterina. Somente a partir deste momento o embrião é considerado como pessoa humana, tendo sua vida tutelada (SOARES, 2015). É essa teoria que é utilizada pelo nosso ordenamento jurídico para permitir a utilização da pílula do dia seguinte e não enquadrar tal conduta como aborto. Isso porque a denominada pílula do dia seguinte somente tem eficácia se ingerida em até 72 (setenta e duas) horas do ato sexual e, durante esse lapso temporal, não ocorre a fixação do embrião na parede uterina.

De outro modo, a teoria neurológica argumenta que a vida só se inicia com a atividade cerebral. O principal fundamento para tal teoria é o fato da morte só se concretizar com o fim das atividades cerebrais, de modo que a vida só pode se iniciar com elas. O início das atividades cerebrais por sua vez, ainda não é certo. Para alguns, as primeiras atividades se iniciam na oitava semana, outros na vigésima (SOUZA, 2017, p. 05).

Por fim, a teoria natalista encampa a ideia de que o nascituro apenas possui expectativas de direitos, sendo a sua aquisição condicionada ao nascimento com vida.

A aplicação dessas teorias é controvertida em nosso sistema jurídico, não havendo como afirmar qual prevalece.

Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018) em seu artigo 4º, I, parece adotar a Teoria Concepcionista, de que a vida se inicia com a concepção, vez que

dispõe: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, e, em geral, desde o momento da concepção”.

O Código Civil brasileiro, por sua vez, segundo doutrina majoritária, adotou a teoria natalista, de que a vida só se inicia com o nascimento com vida, uma vez que apesar de a lei proteger o nascituro desde a concepção (art. 2º, Código Civil), o nascituro só adquire a personalidade e, portanto, passa a ser sujeito de direitos e obrigações com o nascimento com vida.<sup>4</sup>

Por fim, a Lei n. 9.347, de 4.02.97 (BRASIL), que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, permite a retirada de órgãos destinados a transplante após o diagnóstico de “morte encefálica”<sup>5</sup> do doador, de modo que o indivíduo é considerado morto quando o seu cérebro deixa de ter atividade.

É, inclusive, com base em tal conceito, que a doutrina penal aponta nas lições de direito processual probatório que a docimásia hidrostática pulmonar de Galeno faz prova plena de vida, mas não de ausência de vida, razão pela qual pode ser ineficaz para definir o feto recém-nascido como natimorto ou nascituro. Isso porque, tal técnica comprova o início da atividade respiratória, não adotando o conceito de morte encefálica, que comprovaria a morte.

Com relação ao crime de aborto, cumpre observar que foi a adoção do conceito de morte encefálica que levou o Supremo Tribunal Federal a entender pela atipicidade da conduta de feto com anencefalia, ante a ausência de atividade cerebral e, portanto, de vida.

De fato, considerando que a conduta de aborto consiste na eliminação do ser em formação durante a gestação, a definição do início de vida, e conseqüentemente do que é considerado o início da gestação, é essencial para a definição de que conduta é enquadrada ou não como crime de aborto. Se adotarmos a teoria da concepção, o início da gravidez e da vida é marcada pela fecundação, de modo que toda conduta praticada com o fim de eliminar o feto a partir de tal momento é considerada aborto. Por sua vez, se adotarmos a teoria que entende que a vida humana se inicia com a nidação, a conduta de aborto só pode ser considerada crime a partir da fixação do óvulo no útero materno. Não obstante, como vimos, não há como afirmar qual dessas teorias é aplicada de forma majoritária pela jurisprudência e doutrinas pátrias.

4 Nesse sentido Christiano Cassetari (2017, p. 46) explica que “a teoria natalista, defendida por Silvio Rodrigues, tinha uma maior aceitação por parte da doutrina, que hoje, na construção de um novo Direito Civil, prefere adotar a Teoria Concepcionista, defendida por Francisco Amaral. No nosso sentir, a razão está com a teoria mista, defendida por Maria Helena Diniz, Washington de Barros Monteiro e Caio Mário da Silva Pereira, já que o nascituro possui personalidade formal, ou seja, conta desde o momento da concepção com a proteção dos direitos da personalidade, pois é o próprio art. 2º do CC que estabelece isso. Porém, como o referido dispositivo determina que a personalidade civil da pessoa natural se inicia com o nascimento com vida, a interpretação deste artigo será feita no sentido de defender que a personalidade nela referida é a material, ou seja, a que permite de direitos e deveres de conteúdo patrimonial”.

5 Conforme Lei n. 9.434, de 4.02.97 (BRASIL), que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento: “Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

### 3 DIREITO À VIDA E ABORTO

A missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos e, de acordo com a Teoria Constitucional do Direito Penal, a tarefa de criação de crimes e cominação de penas somente se legitima quando são tutelados valores consagrados na Constituição Federal (STRECK, M., 2009, p. 40).

A vida, de todo modo, é um valor essencial e inquestionável, desde sempre reconhecida como merecedora da proteção do Direito Penal. Atrelada à dignidade da pessoa humana, é pressuposto para o exercício dos demais direitos assegurados ao homem.

A Constituição Federal assegura o direito à vida em sua dupla acepção, qual seja, o direito de continuar vivo e de se ter uma vida digna quanto à subsistência. Nesse sentido vale-nos reportar a explicação de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p. 46). Vejamos:

Não se resume o direito à vida, entretanto, no mero direito à sobrevivência física. Lembrando que o Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, resulta claro que o direito fundamento em apreço abrange o direito a uma existência digna, tanto sob o aspecto espiritual, quanto material (garantia do mínimo necessário a uma existência digna, corolário do Estado Social Democrático).

Portanto, o direito individual fundamental à vida possui duplo aspecto: sob o prisma biológico traduz o direito à integridade física e psíquica, desdobrando-se no direito à saúde, na vedação à pena de morte, na proibição ao aborto, etc); em sentido mais amplo significa o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna à natureza humana.

A necessidade de tutela da vida humana pelo ordenamento jurídico é incontroversa. O questionamento da doutrina constitucional e penal, no entanto, reside na necessidade da tutela da vida humana ser ou não protegida pelo Direito Penal. Em síntese, todas as condutas que podem de algum modo pôr em risco o bem jurídico vida devem ser tuteladas pelo direito penal? No que pertine o objeto do presente artigo, o aborto deve ser conduta típica do CP, mesmo quando, em tese, a gravidez também colocar em risco o direito à vida, à saúde e à integridade física da mulher e do próprio feto?

Nesse sentido, na ADI 5.581/DF, a Associação Nacional dos Defensores Públicos, utilizando o mesmo direito à vida que fez com que o legislador ordinário optasse por criminalizar o abortamento, mas sob o prisma biológico - direito à integridade física e psíquica, desdobrando-se no direito à saúde - defende a constitucionalidade da interrupção quando houver diagnóstico de infecção pelo vírus zika, para proteção da saúde, inclusive no plano mental, da mulher e de sua autonomia reprodutiva.

Para realizar tal debate, no entanto, algumas premissas devem ser fixadas.

#### 3.1 Mandados constitucionais de criminalização

Primeiramente, entende-se que o legislador está obrigado a se valer do Di-

reito Penal como instrumento de proteção quanto a alguns valores albergados na Constituição por meio dos mandados explícitos e implícitos de criminalização.

Segundo Antonio Carlos da Ponte (2008, p. 164), os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigação de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.

Nesse mesmo sentido, Luciano Feldens (2005) defende que além de a Constituição funcionar como limite material e fonte valorativa do Direito Penal, também funciona como fundamento normativo do Direito Penal incriminador.

Destarte, os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, constituindo também decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, de modo a fornecer diretrizes para os órgãos legislativos judiciários e executivos. Nas palavras de Ingo Sarlet (2003), “os direitos fundamentais passaram a apresentar no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”.

A origem da teoria dos mandados constitucionais de criminalização remonta ao direito alemão. Em decisão paradigmática - Schwangerschaftsabbruch I - o Tribunal Constitucional alemão, em 1975, julgou inconstitucional o art. 218, §1º de seu Código Penal, que previa a licitude da conduta de aborto realizado por um médico, com a concordância da gestante, desde que respeitado o prazo de doze semanas desde a concepção. A inconstitucionalidade de tal dispositivo foi sustentada, justamente, pela existência de mandados implícitos de criminalização no texto constitucional, de modo que a conduta de aborto nessas condições não poderia ser legalizada, sob pena de afrontar a proteção constitucional do direito à vida (MORAES, 2014, p. 58).

A adoção da teoria dos mandados constitucionais de criminalização implica no entendimento de que ao enumerar determinados direitos fundamentais como cláusulas pétreas o legislador também previu mandados constitucionais de criminalização, determinando a criminalização de condutas que colocassem em risco tais direitos fundamentais. Assim, esses direitos, via de regra, não podem ser objeto de medidas despenalizadoras, sob pena de violar a mens constitucional.

Os mandados constitucionais de criminalização, aliás, já foram reconhecidos pelo STF. Nas palavras do ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI de n. 3132 (BRASIL, 2006b):

Os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais [...]. Outras vezes cogita-se mesmo de mandados de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida na Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (untermassverbot), cumpria ao legislador estatuir o sistema de proteção penal adequado.

A doutrina reconhece a existência tanto de mandados implícitos, quanto explícitos de criminalização. O maior exemplo de mandado constitucional explícito é o

constante no art. 5º, XLIII da CF que impõe que a “lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos [...]”. Tal mandado, inclusive, teria sido cumprido pela Lei de n. 8072/90, que classifica determinados crimes como hediondos, bem como estabelece condições de cumprimento de pena diferenciadas.

Os mandados constitucionais de criminalização implícitos, por sua vez, são aqueles que, muito embora não estejam claramente expostos, podem ser extraídos da interpretação sistemática do texto constitucional. Foram reconhecidos, pela primeira vez, pela mesma decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1975, que julgou a inconstitucionalidade do art. 218, §1º, CP. Segundo consta:

De outro lado, não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental, que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra-ataque de terceiros, frequentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas. (MARTINS, 2005, p. 271).

Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

### 3.2 Garantismo positivo e o princípio da proporcionalidade

A expressão garantismo logo nos remonta para as lições de Luigi Ferrajoli, que buscou estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando normas que preterissem os direitos e garantias individuais. O garantismo, portanto, sempre teve um viés negativo, protegendo os indivíduos contra os excessos do Estado.

Não obstante, o neoconstitucionalismo, a eficácia normativa da Constituição<sup>6</sup> e os direitos fundamentais de segunda geração trouxeram para o Estado a função de não apenas proteger contra o arbítrio, garantindo os direitos e liberdades individuais, mas também garantir a eficácia dos direitos fundamentais, garantindo aos indivíduos o direito fundamental à segurança e os protegendo da criminalidade.

Nesse viés, o Direito Penal assume relevante função, utilizando-se do seu aspecto punitivo para garantir a segurança pública e a paz social. Os direitos fundamentais, portanto, para o Direito Penal, passam a ter dupla função: uma limitadora de sua atuação e outra legitimadora.

<sup>6</sup> Segundo Lenza (2012, p. 61): “A doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo. Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.”

Tal raciocínio passa a ser empregado também na aplicação do princípio da proporcionalidade, que é utilizado tanto para deslegitimar o abuso da intervenção estatal, como a sua omissão, face à necessidade de proteção de direitos fundamentais. A doutrina passa a definir, então, duas acepções do princípio da proporcionalidade. Vejamos.

A primeira, mais conhecida e difundida, é a proibição do excesso, consistente na proibição da proteção excessiva em prol do indivíduo, restringindo a sua liberdade (*ubermassverbot*). Tal acepção tem duplo destinatário: (i) o Poder Legislativo, que deve estabelecer penas proporcionais à gravidade do delito e (ii) o Poder Judiciário, que, em termos de dosimetria da pena, deve fixar penas proporcionais à gravidade do delito (MORAES, 2014, p. 58).

Tal vertente da proporcionalidade fundamenta o modelo clássico de garantismo negativo que, no entanto, deve ser superado. A leitura do princípio da proporcionalidade não deve ser unilateral, pois não se limita à proibição do excesso, mas também à proteção deficiente.

Com efeito, a segunda acepção do princípio da proporcionalidade veda a proteção deficiente do bem jurídico tutelado (*untermassverbot*). Nesse sentido, é cristalina a explanação de Ingo Wolfgang Sarlet (2003), a quem nos reportamos:

De outra parte, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Essa segunda acepção do princípio da proporcionalidade assentada na proibição da proteção deficiente já foi reconhecida pela Corte Constitucional em duas ocasiões. No HC 104410 (BRASIL, 2012a), o ministro Gilmar Mendes defendeu a legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniçada, pois

os direitos constitucionais não podem ser considerados apenas como vedação de intervenção, mas também um postulado de criminalização. Pode-se dizer que os direitos fundamentais não expressam apenas uma vedação ao excesso, mas também a vedação da proteção deficiente.

Da mesma forma, no RE 418.376-5 (BRASIL, 2006a), o mesmo Min. Gilmar Mendes afirmou que:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de casos em que o Estado não pode abrir mão do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

No mesmo sentido, o STF, na ADI 4422 (BRASIL, 2011), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes, mais uma vez, utilizou o princípio da proteção insuficiente para determinar que os artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), devem ser entendidos no sentido de que não se aplica a Lei 9.099/95 aos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico, de modo que a ação para julgar referido crime é a de ação penal pública incondicionada.

### **3.3 Mandado constitucional de criminalização: tutela da vida humana e vedação a proteção deficiente**

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5º, caput, a inviolabilidade do direito à vida, posicionando-o dentre os direitos individuais e coletivos, constituindo-o como um direito fundamental a todos.

Destarte, a vida humana, mesmo não albergada em ordem constitucional direta de criminalização, nos dizeres de Luciano Feldens, compõe o epicentro do sistema de proteção jurídico-penal, acompanhada da liberdade e da dignidade humana (apud CARVALHO, 2016, p. 58).

Segundo Márcio Friggi de Carvalho (2016, p. 07), “a inviolabilidade do direito à vida, estampada no art. 5º da Constituição Federal, associada à nota de magnitude do direito em referência, habilita-o a exigir proteção pela normativa penal”.

E, nesse sentido, entendendo que o direito à vida do ser humano em formação (PRADO, 2010, p. 105) merece proteção jurídica penal, cumprindo o mandato, ao menos implícito, de criminalização de condutas que põem em risco à vida, o aborto é tratado pela legislação brasileira como crime. O crime de aborto é tipificado com a conduta de eliminar a vida do feto durante a gestação. Assim, as condutas de: aborto provocado pela gestante e aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, estão tipificadas nos artigos 124 a 127 do Código Penal.

Excepcionalmente, o legislador entende lícita a conduta de abortamento em apenas duas hipóteses: (i) se não há outro meio de salvar a vida da gestante, denominado aborto necessário ou terapêutico e (ii) se a gravidez resulta de estupro, denominado aborto sentimental. O único alargamento de tais hipóteses se deu com a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54, em que foi declarada a inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos referentes ao aborto no Código Penal. Assim, além das condutas de aborto necessário e sentimental serem lícitas, a conduta de abortamento de feto anencéfalo é atípica.

O aborto necessário exige que: (i) o aborto seja feito por médico e (ii) não haja outro meio, senão o aborto, para salvar a vida da gestante. A doutrina observa que nesta figura não há a necessidade do risco atual, bastando que o médico constate pelos exames que o prosseguimento da gestação poderá causar a morte. Saliencia-se, ademais, que tal conduta não exige o consentimento da gestante. Apesar de haver quem entenda que tal causa de justificação é uma espécie de estado de

necessidade, a doutrina majoritária entende que não se trata de estado de necessidade, pois esse exige uma situação de perigo atual, enquanto o perigo no aborto é iminente ou futuro; ademais, o aborto necessário só pode ser realizado pelo médico, enquanto o estado de necessidade não está vinculado a uma profissão. Nesse sentido, por todos, Mirabete (2003, p. 99):

[...] Para evitar qualquer dificuldade, deixou o legislador consignado expressamente a possibilidade de o médico provocar o aborto se verificar ser esse o único meio de salvar a vida da gestante. No caso, não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte de gestante.

O aborto humanitário, por sua vez, exige que: (i) seja feito por médico; (ii) a gravidez seja resultante de estupro e (iii) exista autorização da gestante ou do representante legal se ela for vulnerável (menor de quatorze anos). O abortamento, nesse caso, não exige autorização judicial. Para regulamentar o tema, o Ministério da Saúde editou a Portaria n. 1145 do ano de 2005 (BRASIL), que dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Isso posto, cumpre observar que o Código Penal não previu, como hipótese legal, o aborto eugênico, isto é, aquele provocado em razão de graves e irreversíveis enfermidades ou deformidades físicas ou mentais do feto.

Assim, considerando que o CP, em regra, privilegiou o direito à vida do feto, punindo a prática do aborto e restringindo de uma certa forma os direitos das mulheres, questiona-se: o mero fato da mulher ter em seu ventre um feto contaminado pelo vírus da zika, faz com que o seu direito de saúde física e psíquica prevaleça sobre o direito à vida do feto? O fato de a mulher ter o risco de dar à luz a um feto com algum grau de deficiência<sup>7</sup> faz com que sua conduta seja diferente daquela mulher que abortou um feto saudável? O direito penal deve responder de modo diferente a essas duas situações ou a discriminação, nesse caso, seria ilegítima, implicando na violação do princípio da igualdade, no descumprimento do mandado de criminalização de proteção à vida e no descumprimento do princípio da proporcionalidade?

#### **4 NOVO CÓDIGO PENAL E ABORTAMENTO**

Pesquisa realizada pelo Departamento de Pesquisas Sociais do Centro de Pesquisa em Saúde Reprodutiva de Campinas com 1.493 juízes e 2.614 promotores no Brasil entre os anos de 2005 e 2006 concluiu que “ a maioria (78%) dos participantes opinou que as circunstâncias nas quais não se pune o aborto deveriam ser ampliadas, ou mesmo que o aborto não deveria ser considerado crime” (DUARTE et

<sup>7</sup> A definição de deficiência deve ser dada à luz do artigo 2º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (L. 13.146/2015) (BRASIL), que estabelece que “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. A deficiência, portanto, é ampla, englobando impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

al, 2010).

A diversidade de concepções acerca do momento em que tem início a vida e as questões políticas e criminais de cada país faz com que a conduta de abortamento não seja punida do mesmo modo ao redor do mundo, o que corrobora com o aumento das discussões sobre o tema nos Tribunais Constitucionais e no âmbito da sociedade.

Nesse sentido, nos Estados Unidos, reconhece-se à mulher o direito constitucional amplo para realizar aborto no primeiro trimestre de gravidez. Em Portugal, por sua vez, o Tribunal Constitucional português reconheceu a constitucionalidade de lei que permite o aborto em circunstâncias específicas, dentre elas o risco à saúde física ou psíquica da gestante, feto com doença grave e incurável, gravidez resultante de estupro e outras situações de estado de necessidade. Na Alemanha, após uma posição inicial restritiva, materializada na decisão conhecida como “Aborto I” (1975), a Corte Constitucional, em decisão referida como “Aborto II” (1993), entendeu que uma lei que proibisse o aborto, sem criminalizar, no entanto, a conduta da gestante, seria válida, desde que adotasse outras medidas para proteção do feto.<sup>8</sup>

No Brasil, no entanto, desde 1940, ano de vigência do Código Penal Brasileiro, o aborto, como vimos, é, em regra, criminalizado, só sendo permitidas as condutas de abortamento no caso de feto anencéfalo, ou enquadradas em alguma das causas de extinção de punibilidade. Não há, portanto, na presente legislação, a possibilidade de abortamento legal por razões econômicas, sociais ou por solicitação da mulher em razão de risco à sua integridade mental.

Não obstante, ano após ano, aumentam as demandas sociais pressionando por mudanças legislativas, de modo a alargar a licitude da conduta de abortamento no estado brasileiro. Como veremos a seguir, o Supremo Tribunal Federal já foi demandado diversas vezes para decidir casos de aborto e, da mesma forma, o Congresso Nacional é pressionado com o fito de alterar a atual legislação.

Nesse sentido, corre, desde 2012, o Projeto de Lei de n. 236 de 2012 do Senado (SENADO FEDERAL), que trata da reforma do Código Penal. Em tal projeto, o artigo 128, inciso IV do Código Penal passaria a prever que não há crime de aborto se: (i) houver risco à vida ou à saúde da gestante; (ii) se a gravidez resulta da violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; (iii) se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos ou (iv) se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

O aborto, portanto, passaria a ser permitido, de um modo geral, por vontade da gestante até a 12ª semana de gestão e, além da anencefalia, nos casos em que o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida-extrauterina.

## 5 A VISÃO DO STF NO QUE DIZ RESPEITO AO ABORTAMENTO

<sup>8</sup> Roe v. Wade, 410, U.S. 113 (1973) e, mais recentemente, Planned Parenthood of Southwestern Pennsylvania v. Casey 505 U.S. 833 (1992) (apud BARROSO, 2005).

Enquanto o Congresso Nacional não coloca em pauta a votação do referido Anteprojeto do Código Penal ou de tantos outros projetos que tratam do aborto, constata-se um protagonismo do STF acerca da descriminalização do aborto, em mais uma típica atuação de judicialização de políticas públicas. Desse modo, a seguir, analisaremos o posicionamento do STF em quatro ações que trataram, de uma forma global ou específica, da descriminalização do aborto.

a) ADPF 54 – Anencefalia

Cuida-se de arguição de preceito fundamental proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde sustentando que a interpretação que enquadra como crime o aborto de feto anencefálico viola preceitos fundamentais ligados à dignidade humana, o direito à liberdade e o direito à saúde. Pleiteia, portanto, a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado, independente de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

O argumento central da ação foi a certeza científica da impossibilidade da vida extra-uterina do feto. Isso porque não há tratamento, cura ou qualquer possibilidade considerável de sobrevivência de um feto com anencefalia.

Considerando o conceito de morte adotado pela Lei n. 9.347/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, o Supremo Tribunal Federal considerou a conduta atípica, por entender que o feto anencefálico sequer chega a ter início de atividade cerebral.

Com base nesse mesmo raciocínio, o Tribunal entendeu que o conflito dos direitos fundamentais protegidos da mulher com o direito à vida do feto anencéfalo é aparente, porque não há aborto, não há vida a ser tutelada (BUCCI, 2012).

Ao final, a demanda foi julgada procedente, declarando o STF a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos os Código Penal (BRASIL, 2012b).

b) ADI 5581 – Microcefalia

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) contra atos comissivos e omissivos do poder público, no que se refere a políticas públicas relacionadas ao vírus da zika e à microcefalia.

No que se refere a este artigo a requerente, por meio da ADPF, requer: (i) a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal ou

ii) sucessivamente, a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal para declarar a constitucionalidade da interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica, e por estar de acordo ainda com a justificação genérica dos arts. 23, I e 24 do Código Penal.

O enquadramento da mulher que interrompe a gravidez em razão da infecção pelo vírus da zika na causa excludente de ilicitude genérica de estado de necessidade é defendida pela ANADEP em razão do perigo atual de dano à saúde mental da mulher, provocado pela epidemia de zika e agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor. Nesse sentido, defende que:

(i) a gravidez foi transformada em uma espera desamparada para as mulheres, semelhante a um permanente estado de maus-tratos; (ii) muitas mulheres vivem a gestação com medo: não há garantia quanto à saúde dos fetos e delas próprias; (iii) são nove meses de desamparo e se o futuro filho nascer com desordens neurológicas provocadas pela síndrome congênita do zika, tem início um longo percurso de necessidades singulares de saúde e acessibilidade que não são garantidas como direitos e (iv) em relação aos direitos das mulheres grávidas infectadas pelo vírus zika, há o seu direito à vida digna, o qual pressupõe a possibilidade de escolher não continuar com a gravidez que lhe causa intenso sofrimento. (BRASIL, 2012b).

Por sua vez, ao buscar que a conduta da mulher que interrompe sua gravidez em razão de infecção pelo vírus zika seja enquadrada no estado de necessidade específico de aborto humanitário, a ANADEP defende que o sofrimento que a mulher sofre em razão da lembrança do ato violento de estupro é equivalente ao sofrimento sofrido pela mulher que tem ciência de que foi infectada pelo mosquito vetor. Em suas palavras:

[...] Imaginável que a autorização para a interrupção da gravidez em caso em decorrência de estupro se apoia, também, no estado de evidente sofrimento da mulher, pelo estado desamparado provocado pela experiência e lembrança do ato violento. Do mesmo modo, a interrupção da gravidez deve ser autorizada quando o Poder Público falhou em evitar o sofrimento da mulher, por não erradicar o mosquito vetor, por não informar, por não promover medidas preventivas adequadas no contexto da epidemia e, ainda, quando não se compromete com a garantia de direitos da mulher e de seus futuros filhos. (BRASIL, 2016).

Já com relação ao artigo 128, I do CP, o aborto necessário ou terapêutico, permitido para salvar a vida da gestante, a autora requer sua aplicação analógica, por defender que não se sabe ao certo qual é a taxa de risco entre mulheres grávidas infectadas pelo vírus. Assim, defende que, por via analógica, poderia se alargar o conteúdo da causa de justificação para tutelar a saúde física e psíquica da gestante.

Pois bem. Em todos os argumentos utilizados pela requerente se vislumbra que como fundamento basilar está o direito à vida da mulher, primordialmente no que se refere à sua saúde física e psíquica.

Dando parecer favorável ao postulado pela autora, o Procurador Geral da República (PGR) defendeu “a constitucionalidade da interrupção de gravidez quando

houver diagnóstico de infecção pelo vírus zika, para proteção da saúde, inclusive no plano mental, da mulher e de sua autonomia reprodutiva”. Classificou a conduta como causa de justificação genérica de estado de necessidade, cabendo às redes pública e privada realizar o procedimento apropriado, nessas situações.

O perigo atual elementar do estado de necessidade no caso seria o risco certo à saúde psíquica da mulher. Segundo o PGR, a continuidade forçada de gestação em que há certeza de infecção pelo vírus da zika violaria o direito fundamental à saúde mental e a garantia constitucional de vida livre de tortura e agravos sérios evitáveis.

Tal ação, no entanto, ainda está em andamento perante a Corte Constitucional, com análise de mérito ainda pendente de julgamento.

#### c) HC 124.306 - Legalização do aborto até o 3o do mês de gestação

Decisão que gerou muita repercussão na mídia no ano de 2016 e 2017 foi a proferida no HC 124.306 (BRASIL, 2016b), de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Em sede de controle incidental, e apenas como obter dictum e não como ratio decedendi da decisão proferida, de modo que não há se falar em efeito vinculante e erga omnes, o ministro manifestou o entendimento de que “é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal - que tipificam o crime de aborto - para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre” (BRASIL, 2016b).

Tal afirmação se baseou nos seguintes argumentos: (i) a criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, como seus direitos sexuais e reprodutivos, bem como sua integridade física e psíquica; (ii) a criminalização, nessa hipótese, violaria o princípio da proporcionalidade, por constituir medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar, por existir meios mais eficazes e menos lesivos de evitar os abortos do que a criminalização e por ser desproporcional em sentido estrito, já que geraria custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios e (iii) por uma questão de política criminal, considerando o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres e os frequentes casos de automutilação, lesões graves e óbitos (BRASIL, 2016b).

O princípio da proteção deficiente foi utilizado por Barroso não para proteger a vida do feto, mas para tutelar: os direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia e a integridade psíquica e física da mulher. Em suas palavras:

Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorre da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade. (BRASIL, 2016b).

A teoria de início de vida utilizada por Barroso foi a de formação da atividade

cerebral que, segundo ele, ocorreria durante o primeiro trimestre de gestação. Até esse momento, o ministro considerou que não há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno.

Com base em tais argumentos, foi defendido que é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal, de modo a excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre (BRASIL, 2016b).

#### d) ADPF 442

Cuida-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (BRASIL, 2017), em face da alegada controvérsia constitucional relevante acerca da recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que instituem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez.

A autora defende a não recepção de tais artigos pela CF/88, ante a violação de preceitos fundamentais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas.

Cautelarmente, foi requerido: (i) a suspensão das prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 a 126 do Código Penal a casos de interrupção da gravidez induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas de gravidez; (ii) reconhecimento do direito das mulheres de interromper a gestação e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento. Tal pedido cautelar foi indeferido, a princípio, tendo sido aplicado o procedimento previsto no art. 5º, §2º da Lei n. 9.882/1999, com a intimação das autoridades responsáveis para a adequada instrução e deliberação do feito.

Não obstante, em novembro de 2017 tal pedido foi renovado, sob o argumento de novos elementos jurídicos e fáticos a justificarem a configuração dos requisitos legais para a tutela de urgência. A autora se refere ao caso concreto de Rebeca Mendes Silva Leite, estudante de direito com dois filhos, que não teria condições econômicas e emocionais de levar a gestação adiante (MARTINELLI, 2017).

Tal pedido foi negado, pois, para a relatora,

o pedido de concessão de medida cautelar de urgência individual, referente a Rebeca Mendes Silva Leite, por sua natureza subjetiva individual, não encontra guarida no processo de arguição de preceito fundamental, que serve como instrumento de jurisdição constitucional abstrata e objetiva. (BRASIL, 2017).

A pauta da descriminalização do aborto, portanto, ainda não foi julgada pelo Plenário do STF, sendo objeto de deliberação futura. Os argumentos levantados pelo ministro Barroso no HC acima visto deverão ser reanalisados e o pleno do STF deverá proferir uma decisão com caráter vinculante e erga omnes sobre o tema.

As três decisões acima analisadas demonstram que, aos poucos, o STF vem proferindo decisões de modo a alargar as hipóteses legais em que o aborto é permitido. A decisão do Judiciário ou do Legislativo de legalizar o aborto, de um modo geral, para todas as mulheres, e para todos os fetos, no entanto, como definimos, não é objeto do presente artigo.

O que se defende e passará a ser justificado nos próximos tópicos é que, se nosso ordenamento jurídico optou por criminalizar a conduta de aborto por atender o mandado constitucional implícito de criminalização de proteção à vida, não há como tutelar de forma mais rígida a vida de fetos sem deficiência, em detrimento da vida dos fetos com qualquer tipo de deficiência, pois, tal escolha afrontará, de forma veemente, os princípios da proporcionalidade e igualdade.

## 6 DISTINÇÃO ENTRE MICROCEFALIA E ANENCEFALIA

Como já citado, o STF na ADPF de n. 54, cujo pedido era similar ao analisado no presente artigo, realizou uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, I e II, declarando que a conduta de abortamento em razão de feto com anencefalia seria atípica. Diante de tal precedente questiona-se: seria possível realizar uma analogia entre a anencefalia e a microcefalia, de modo a se estender os efeitos da decisão do STF na ADPF 54?

A resposta a tal questionamento só pode ser negativa. Apesar de tanto a microcefalia quanto a anencefalia serem causadas, em síntese, pela má formação do cérebro fetal na gestação, tais anomalias são facilmente distinguidas pela constatação ou não de vida viável.

Nesse sentido são uníssonas as palavras do Ministro do STF Luís Roberto Barroso:

Inexiste qualquer proximidade entre a pretensão aqui veiculada e o denominado aborto eugênico, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade da vida extrauterina do ser nascido, o que não é o caso em relação à anencefalia. (BARROSO, 2005, p. 93-120).

Com efeito, o feto com anencefalia não tem qualquer expectativa de vida minimamente viável e, de modo diametralmente oposto, na microcefalia, há cérebro e vida extrauterina viável. O feto anencéfalo possui baixa sobrevivência após o parto, quando este ocorre. Segundo estudos estatísticos a expectativa de vida do anencéfalo é demonstrada na seguinte porcentagem: (i) 7% falecem no útero; (ii) 18% morrem durante o parto; (iii) 26% vivem entre 1 e 60 minutos; (iv) 27% vivem entre 1 e 24 horas; (v) 17% vivem entre 1 e 5 dias e (vi) apenas 5% viveram 6 ou mais dias.<sup>9</sup> Por sua vez, é certo que a criança com microcefalia tem expectativa de vida considerável, podendo, inclusive, ter sobrevida após o parto.

Nesse sentido, reportamo-nos ao Parecer da Dra. Laura Rodrigues citado no parecer do Procurador Geral de Justiça: “como em outras síndromes congênicas, é

---

<sup>9</sup> Estatísticas retiradas da Revista dos Tribunais Online (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2013, v. 935).

esperado que crianças aparentemente sem alterações ao nascimento desenvolvam sintomas no decorrer da infância, e crianças com anomalias ao nascimento podem desenvolver novas complicações” (BRASIL, 2016a).

Segundo Protocolo de Vigilância e Resposta à Ocorrência de Microcefalia e/ou alterações do Sistema Nervoso Central do Ministério da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016):

As microcefalias constituem em um achado clínico e podem decorrer de anomalias congênitas ou ter origem após o parto. As anomalias congênitas são definidas como alterações de estrutura ou função do corpo que estão presentes ao nascimento e são de origem pré-natal. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a microcefalia é caracterizada pela medida do crânio realizada, pelo menos, 24 horas após o nascimento e dentro da primeira semana de vida (até 6 dias e 23 horas), por meio de técnica e equipamentos padronizados, em que o Perímetro Cefálico (PC) apresenta medida menor que menos dois (-2) desvios-padrões abaixo da média específica para o sexo e idade gestacional. Além disso, a OMS considera que a medida menos que menos três (-3) desvios-padrões é definida como microcefalia grave. Considera-se que a criança com microcefalia, em alguns casos, pode apresentar alteração na estrutura do cérebro e problemas de desenvolvimento (4,6-11) [grifo nosso].

Da leitura de tais características gerais da microcefalia, constata-se sem muita dificuldade que: (i) os sinais da microcefalia podem ter origem apenas após o parto; (ii) há diferentes graus de microcefalia, sendo que apenas a medida de -3 desvios-padrões é considerada microcefalia grave e (iii) não é certo que toda criança com microcefalia vai apresentar alteração na estrutura do cérebro e problemas de desenvolvimento.

De fato, manifestação do Sindicato dos Médicos do Pará-Sindmepa como *amicus curiae* nos autos da ADI n. 5581 (2016a) explica que:

Quando a criança tem microcefalia pode apresentar atraso mental, alterações físicas como dificuldade para andar, problemas de fala e hiperatividade ou convulsões. Além disso, a criança tem uma cabeça menor do que a normal, podendo precisar de ajuda para comer, tomar banho ou andar, por exemplo. Porém, estas consequências da doença não surgem em todos os casos e, algumas crianças podem se desenvolver normalmente tendo uma inteligência normal, porque isso depende da gravidade da sua microcefalia (grifo nosso).

Diante de considerações e tomando como base o sistema de precedentes obrigatórios encampado pelo Código de Processo Civil de 2015 é fácil constatar que a ADPF 54 não pode ser utilizada como precedente para a ADI 5.581/DF. Senão, vejamos.

Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento de casos posteriores análogos. Nesse aspecto, Lordelo (2017), citando Cruz e Tucci, registra que todo precedente é composto de duas partes: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) a tese assentada na motivação (*ratio decidendi*).

Os precedentes obrigatórios são apenas aqueles dotados de eficácia vinculante e no Código de Processo Civil de 2015 se limitam ao rol estampado no art.

927 do Código de Processo Civil, englobando: (i) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Desse modo, a decisão do STF na ADPF 54 é um precedente obrigatório, não obstante, diante das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia da ADI 5.581, não seja hipótese para aplicação do precedente, mas para distinção. Nos dizeres de Fredie Didier Jr. (2015, p. 491):

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houve distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Em uma visão clara e objetiva, verifica-se que não há coincidência entre os fatos discutidos, uma vez que na ADPF 54 não havia vida propriamente dita a ser tutelada pelo direito penal, já que o feto tinha uma expectativa de vida, na melhor das hipóteses de no máximo 5 (cinco) dias, enquanto na ADI 5581 (BRASIL, 2016a) não se verifica a inviabilidade do embrião ou do feto cuja mãe tenha sido infectada pelo vírus Zika, mas a mera impossibilidade de danos neurológicos e impedimentos corporais. Não se fala em inviabilidade do feto, mas mera deficiência.

Ante o exposto, não é coerente defender que se a Corte Suprema na ADPF 54 decidiu pela atipicidade da conduta de abortamento de feto com anencefalia levando em consideração a vida, saúde, dignidade, autodeterminação e liberdade sexual e reprodutiva da mulher, deverá fazer o mesmo na ADI objeto de estudo deste artigo, uma vez que, como demonstrado, as circunstâncias fáticas são completamente distintas.

## **7 DO NÃO ENQUADRAMENTO DA CONDUTA DE ABORTAMENTO DE FETO COM MICROCEFALIA COMO ESTADO DE NECESSIDADE**

Ao contrário do defendido pela autora da ADI 5581 (BRASIL, 2016a) e pelo próprio Procurador Geral da República, como vimos, não nos parece que a hipótese pode ser enquadrada em caso de estado de necessidade.

Segundo Cleber Masson (2011, p. 418), os requisitos do estado de necessidade são: (i) situação de necessidade e (ii) fato necessitado. A situação de necessidade engloba: a. situação de perigo atual; b. não criada voluntariamente pelo sujeito; c. ameaça a direito próprio ou de 3º e d. ausência do dever legal de enfrentar o perigo. Por sua vez, o fato necessitado engloba: (i) a proporcionalidade e (ii) a inevitabilidade do perigo por outro modo.

Primeiramente, questiona-se se a mãe não tem o dever legal de “enfrentar o

perigo” de ter um filho com deficiência, da mesma forma que teria o dever legal pelo Código Penal de garantir a integridade física de seu feto não procedendo a manobras abortivas.

De mais a mais, é evidente que a interrupção da gravidez no caso de feto com microcefalia não preenche tais requisitos. Como se dizer que há inevitabilidade de enfrentar o perigo (infecção do feto por zika) por outro modo? Ademais, tal conduta seria proporcional?

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, há duas formas de violação da proporcionalidade: pela intensidade e pela extensão da medida adotada. Quanto à intensidade, haverá conduta desproporcional quando a força da reação administrativa for incompatível com o baixo grau de lesividade do comportamento a ser censurado. Já quanto à extensão, a violação do princípio da proporcionalidade ocorre quando a reação administrativa tem uma extensão pessoal ou geográfica maior do que a necessária (MAZZA, 2012, p. 115).

O princípio da proporcionalidade é estruturado pela doutrina (MELLO, C., 2011, p. 110) em três elementos:

a) Adequação (*geeinetheit*): examina-se se a medida adotada é a mais apropriada para concretização do objetivo visado;

b) Necessidade (*erfordelichkeit*): a medida implementada não deve extravar os limites da consecução dos limites determinados, procurando sempre o meio menos gravoso. É traduzido pela mínima ingerência possível ou pelo corolário segundo o qual “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível” (MELLO, C., 2011, p. 110).

c) Proporcionalidade em sentido estrito: traduzido pelo princípio da justa medida: por uma regra de ponderação, em que meios e fins são colocados em equação, analisa-se se os resultados obtidos são proporcionais à carga de intervenção praticada nos direitos fundamentais envolvidos.

Desse modo, tomando como premissa que o objetivo da ADPF 54 e do Procurador Geral da República ao admitir o aborto de feto com microcefalia enquadrando-o em estado de necessidade genérico foi garantir o respeito à saúde e integridade física da mulher, questiona-se:

a) O aborto é a medida mais adequada para assegurar a saúde e integridade física da gestante somente porque seu futuro filho pode nascer com certo grau de deficiência?

b) O aborto é o meio menos gravoso para tal objetivo, tendo em vista a proteção jurídico penal dada ao feto?

c) O resultado obtido - eliminação da vida em razão da microcefalia- é medida proporcional apenas para assegurar a saúde e integridade física da mulher?

Não nos parece. A resposta negativa a essas três perguntas, além dos questionamentos já feitos, evidencia que a conduta de abortamento de feto com microcefalia não pode ser enquadrada na excludente de ilicitude de estado de necessidade - nem genérica, nem específica.

Tal conduta, na verdade, é enquadrada na conhecida figura absurda do aborto eugênico que, no dizer de Elida Séguin (SÉGUIN, 2001, p. 320), “visa a evitar o

nascimento de crianças deformadas, quando há suspeita fundamentada de mal genético hereditário ou de doenças graves transmitidas pelos genitores”.

Ademais, considerando que a causa de pedir nas ações de controle concentrado de constitucionalidade é aberta, de modo que a Corte Constitucional não está adstrita aos fundamentos levantados pela requerente, mas sim a uma análise sistêmica do ordenamento jurídico constitucional, há outras considerações que impossibilitam a interpretação, perante o nosso Código Penal vigente, de que a conduta de abortamento de feto com microcefalia não deve ser penalizada.

## **8 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O NOVO REGIME DE INCAPACIDADE TRAZIDO PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Ao defender o aborto no caso do feto com microcefalia, muitos doutrinadores o fazem com base no princípio da igualdade (SCLACON, 2016). Tomando como premissa (verdadeira) de que os dados empíricos da infecção pelo vírus da zika atingem em sua maioria mulheres em regiões de elevada pobreza e em estados menos desenvolvidos do país, principalmente aquelas mais pobres, que vivem em áreas sem condições mínimas de dignidade, como saneamento básico, defende-se que não há uma igualdade formal entre as mulheres, de modo que por tal razão deve-se constitucionalizar o aborto de feto com microcefalia, evitando o alastramento da desigualdade existente. Tal argumento pode ser utilizado com coerência ao se defender a prática do aborto em geral - já que é fato notório que o aborto é realidade para mulheres com condições financeiras e crime para as mulheres em situação de pobreza. Não obstante, voltando-se à premissa do presente artigo: sendo o aborto crime no Brasil não há coerência em admitir o aborto apenas em razão da certeza de o feto nascer com alguma deficiência. Utilizando-se o mesmo princípio da igualdade, fetos com deficiência e sem deficiência devem ser tratados de modo desigual?

Em síntese, utilizando-se conceitos jurídicos, entre fetos “normais” e fetos com microcefalia deve ser aplicada a igualdade formal ou a igualdade material?

A igualdade formal é aquela que se depreende da leitura do artigo 5º de nossa Constituição Federal e do artigo 1º da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão. Ao afirmarem que “todos são iguais perante a lei”<sup>10</sup> ou que “os homens são iguais em direitos”<sup>11</sup>, proclamam o direito à igualdade formal. Trata-se de uma igualdade em caráter negativo, que visa impedir a discriminação. É a igualdade jurídica, a mesma utilizada para combater o racismo e considerá-lo crime imprescritível.<sup>12</sup>

Tal igualdade não leva em consideração a realidade fática. Ela trata todos como iguais perante a lei, agindo de maneira impessoal e não atribuindo, portanto, nenhuma hierarquização ou instituição de privilégios ou benefícios entre as pessoas.

É o sentido da igualdade defendido pela Revolução Francesa. Voltada tanto

10 CF, Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...].

11 Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão. Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos.

12 Art.5º XLII. A prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

para o legislador quanto para o aplicador da lei, o princípio da igualdade determina, nesse sentido, que a lei deve ser geral e abstrata, tratando todos da mesma forma.

Diferentemente, a igualdade material traduz a máxima de Aristóteles de que “deve-se tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual”. A promoção da igualdade material está associada à ideia de igualdade fática: não basta que a igualdade exista perante a lei, sendo necessário que ela exista perante a realidade.

Amplamente ligada à ideia de justiça distributiva e social, trata-se de desigualar para igualar. A grande dificuldade, no entanto, de aplicação da igualdade material por meio da máxima aristotélica é justamente definir, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2010).

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (2006) buscou definir critérios a serem analisados para apontar se a discriminação realizada é legítima, sendo uma ofensa ou não ao Princípio da Igualdade.

Primeiramente constatou que não é o critério de diferenciação escolhido (raça, religião ou sexo) que é capaz de provocar alguma afronta ao princípio isonômico, de modo que qualquer critério pode ser utilizado desde que:

(i) Exista um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida e a desigualdade de tratamento em função dela conferida;

(ii) Essa correlação lógica seja compatível com os interesses constitucionais;

(iii) O critério de *discrímén* não seja tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito específico;

(iv) O critério de *discrímén* esteja presente na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada. Nenhum elemento que não resida no sujeito à discriminação pode ser utilizado;

(v) Portanto, a discriminação conferida pela lei seja voltada a uma categoria de pessoas ou a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente.

Não há correlação lógica compatível com os interesses constitucionais entre o fato do feto ter microcefalia e a diferença de tratamento penal que terá a conduta de quem o abortou, uma vez que: a) a CF veda a discriminação; b) a Convenção de Nova York<sup>13</sup> estabelece que os Estados Partes devem assegurar o efetivo direito à vida das pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas e c) o Estatuto da Pessoa com Deficiência<sup>14</sup> estabelece que toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

Ademais, há de se considerar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15) (BRASIL), inspirado pela Convenção de Nova York, deu uma nova

13 Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL). Art. 10. Os Estados Partes reafirmam que todo ser humano tem o inerente direito à vida e tomarão todas as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

14 Também conhecido como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015).

roupagem ao conceito de pessoa com deficiência, de modo que o conceito de deficiência é atribuído à pessoa em razão das barreiras - físicas, mentais e até mesmo sociais- que ela enfrenta, e não por um mero conceito biológico.<sup>15</sup> Tanto é verdade, que a Lei de Inclusão Brasileira determina que a avaliação para definição da pessoa com deficiência será biopsicossocial e não médica. Nesse sentido, Geraldo Nogueira (apud CUNHA, PINTO, FARIAS, 2016):

[...] É importante salientar que não devemos colocar a deficiência dentro de uma concepção puramente médica, ficando associada exclusivamente à doença. Se bem que a deficiência possa ser causada por uma doença, ela não se caracteriza como doença, não devendo, portanto, ser confundida com uma das causas que a podem gerar, e que não a constitui de fato. Muito mais atual e dinâmica é a compreensão da deficiência como parte da área de desenvolvimento social e de direitos humanos, conferindo-lhe uma dimensão mais personalizada e social.

Diante de tal conceito, é evidente que a interpretação postulada pela requerente acaba por discriminar o feto com microcefalia, atribuindo-lhe barreiras. Em nome do princípio da igualdade, se o aborto no Brasil não é permitido em razão da proteção ao direito à vida, o aborto de feto microcéfalo também não pode ser permitido em razão da mesma proteção ao direito à vida. Como bem consignado por Sales Fonteles (2016, p. 34), “pessoas com microcefalia não são menos importantes que quaisquer outras. Pessoas não tem preço, mas sim dignidade”.

## 9 CONCLUSÃO

Partindo-se da premissa de que o Código Penal, com o fito de proteger o bem juridicodireito à vida - direito fundamental previsto na Constituição da República criminaliza o abortamento, como explicar que o abortamento de feto sem deficiência será criminalizado mas o abortamento de feto com deficiência não o será? O direito à vida de pessoa sem deficiência deve ter tutela jurídica diferente? Ser mais protegido?

A defesa do aborto no caso de feto com microcefalia implica na defesa de um genocídio de pessoas com deficiência física. Aliás, há de se considerar que ao decidir pela possibilidade de aborto em razão do feto com microcefalia, o STF abrirá um precedente extremamente perigoso: hoje, com o avanço da medicina, é possível desde logo saber se a criança nascerá com certos tipos de deficiência, como down, exencefalia, síndrome de Edwards, entre outros. Em todos esses casos, pelo simples fato da certeza de que a criança poderá nascer com certas dificuldades, caberá à mãe o direito de abortar?

A existência de mandado constitucional de criminalização de proteção à vida não implica, necessariamente, na decisão de criminalização do aborto. Tal decisão, além de se relacionar com medidas de saúde pública e de política criminal pode ser

15 Art. 2o § 1o A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III - a limitação no desempenho de atividades; e
- IV - a restrição de participação.

variável a depender, inclusive, como vimos, da teoria utilizada para fundamentar o início da vida humana.

Não obstante, ou o STF, em uma decisão de política criminal ou de saúde pública opta por descriminalizar a conduta de aborto, dentro de certos parâmetros, para todas as gestantes, independente das características da vida em formação que cada uma carrega, ou proferirá decisão que permitirá ao Estado a prática da eugenia.

O postulado em sede da ADI 5581 é incompatível com o princípio da não discriminação. Sob o argumento de defesa da integridade física e saúde da mulher acaba-se por defender, de um modo discriminatório e inconstitucional, que uma vida com deficiência é uma vida indesejada.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, David Alberto Luiz; NUNES JÚNIOR, Vidal Cerrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Saraiva, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. O aborto sob a perspectiva da bioética. **Revista dos Tribunais**, v. 807, 2003, p. 473-485, Jan/2003.

BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 93-120, 2005.

BEDINELLI, Talita. Casos de microcefalia crescem 41% e Governo muda critérios para doença. **El País**, 9 dez. 2015. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/08/politica/1449584853\\_265963.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/08/politica/1449584853_265963.html)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.434**, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.145**, de 07 de julho de 2005 – Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1145\\_07\\_07\\_2005.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1145_07_07_2005.html)>. Acesso em: 24 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 418.376-5**, Mato Grosso do Sul, 09 fev. 2006a. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+418376%2ENU-ME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+418376%2EACMS%2E%29&ba>>

se=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bekslw9>. Acesso em: 18 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3132**, Sergipe, julgamento em 15 fev. 2006b. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3132%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b8c839o>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 106.212**, Mato Grosso do Sul, julgado em 24 mar. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 104.410**, Rio Grande do Sul, julgado em 06 mar. 2012a. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+104410%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+104410%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a5djb49>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**, Distrito Federal, julgado em 12 abr. 2012b. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+54%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bblls2d>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581**, Distrito Federal, protocolado em 24 ago. 2016a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>>. Acesso em: 20 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 124.306**, Rio de Janeiro, julgado em 29 nov. 2016b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 20 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**, Distrito Federal, protocolado em 08 mar. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas da proteção da vida e o aborto do feto**

**anencéfalo.** Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02042013-101506/pt-br.php>>. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02042013-101506/pt-br.php>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CASSETARI, Cristiano. **Elementos do Direito Civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 10. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.

DUARTE, Graciana Alves; OSIS, Maria José Duarte; Faúndes, Anibal; SOUSA, Maria Helena de. Aborto e legislação: opinião de magistrados e promotores de justiça brasileiros. **Revista de Saúde Pública**, USP, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 406-429, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v44n3/AO1270.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal:** a dupla face da proporcionalidade nas normas penais. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005.

CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. **Crimes multitudinários:** homicídio perpetrado por agentes em multidão. Curitiba: Juruá, 2016.

FONTELES, Samuel Sales. Aborto e Microcefalia: uma análise constitucional. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, n. 31, jan./jun. 2016. Disponível em: <[http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2017/03/23/14\\_24\\_21\\_740\\_Revista31\\_final.pdf](http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2017/03/23/14_24_21_740_Revista31_final.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana:** a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LORDELO, João Paulo. **Precedentes Judiciais no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.joaolordelo.com>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

MARTINELLI, Andréa. Em meio ao retrocesso, um pedido de lucidez: A carta de Rebeca ao STF e o direito ao aborto seguro. **Huffpost**, 24 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.huffpostbrasil.com/2017/11/24/em-meio-ao-retrocesso-um-pedido-de-lu>>

cidez-a-carta-de-rebeca-ao-stf-e-o-direito-ao-aborto-seguro-no-brasil\_a\_23286768/>. Acesso em: 25 fev. 2018.

MARTIS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal esquematizado** – Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, v.1.

MAZZA, Alexandre. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antonio de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Káthia. Aumenta o número de bebês com microcefalia no Estado do Rio. **G1/Globo**, 30 dez. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/11/aumenta-o-numero-de-bebes-com-microcefalia-no-rio.html>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Protocolo de Vigilância e Resposta à Ocorrência de Microcefalia e/ou alterações do Sistema Nervoso Central do Ministério da Saúde. **Versão 2**, 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.combateaedes.saude.gov.br/images/sala-de-situacao/Microcefalia-Protocolo-de-vigilancia-e-resposta-10mar2016-18h.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

MIRABETE, Júlio Frabbrini. **Manual de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 5, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial**, arts. 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. 2.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. **Revista dos Tribunais online**: Supremo Tribunal Federal, Abril, v. 935, Set. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

SÉGUIN, Elida. Biodireito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 - (Novo Código Penal). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

STRECK, Maria Luiza Schafer. Direito Penal e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOARES, Vladia Maria de Moura. Anencefalia e o direito à vida: a decisão do Supremo Tribunal Federal e a separação dos poderes. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito. São Paulo, 2015.

SOBE para 3.893 o número de casos de microcefalia no país. UOL, 20 jan. 2016. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2016/01/20/sobe-para-3893-o-numero-de-casos-de-microcefalia-no-pais.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

SOUZA, Priscila Boim. Teorias do início da vida e a lei de biossegurança. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1863>>. Acesso em: 08 out. 2017.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

**Submetido: 15/10/2018**

**Aprovado: 23/01/2019**



**A FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTE-  
RAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE MEDICAMEN-  
TOS. UM PROBLEMA GLOBAL. O QUE O  
BRASIL TEM FEITO PARA A PREVENÇÃO  
E COMBATE.**

*THE MEDICINE COUNTERFEITING, COR-  
RUPTION, TAMPERING OR CHANGE. A  
GLOBAL PROBLEM. WHAT BRAZIL HAS  
DONE CONCERNING ITS PREVENTION AND  
CONTENTION.*

---

**Antonio Carlos da Ponte**

Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo  
Diretor da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo  
Professor dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação da  
PUC-SP e da Universidade Santa Cecília  
Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela PUC-SP

**Flávia Maria Gonçalves**

Mestranda em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília



## RESUMO

O presente artigo visa um panorama sobre tormentoso tema acerca da falsificação de medicamentos que é um problema global, atingindo todos os países indistintamente, trazendo lucro para criminosos, prejuízo aos Estados e graves consequências para a saúde pública. Inicialmente vamos abordar o histórico do protagonismo da Organização Mundial da Saúde em iniciar discussões e orientações aos Estados Membros sobre o entendimento e enfrentamento deste problema e os impactos para a saúde pública. Em seguida, procuramos trazer alguns dados de pesquisas sobre os principais medicamentos falsificados, as projeções de lucros das organizações criminosas e prejuízos tributários ao país. Ainda, as principais iniciativas do Brasil acerca da lei da rastreabilidade, abordando o papel da ANVISA, e um breve histórico da legislação penal sobre o delito do artigo 273 do Código Penal e alteração do Código Penal introduzida pela Lei 9.766/1998. Por fim, as discussões sobre a constitucionalidade das alterações trazidas pela mencionada legislação, as críticas da doutrina quanto aos exageros cometidos pelo legislador em face do princípio da proporcionalidade e a posição atual da jurisprudência do STJ quanto à arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º - B, V, do Código Penal.

**Palavras-chave:** Falsificação de medicamentos. Leis 9.782/1999, 9.766/1998 e 11.306/2016. Inconstitucionalidade. Princípio da proporcionalidade. Jurisprudência do STJ.

## ABSTRACT

This article presents an overview of the stormy issue of drug counterfeiting, which is a global problem, reaching all countries indistinctly, bringing profit to criminals, prejudice to States and serious consequences for public health. Initially, we will discuss the history of the World Health Organization's role in initiating discussions and guidelines to Member States on understanding and coping with this problem and the impacts on public health. Next, we seek to bring some research data on the main counterfeit medicines, the projections of profits of the criminal organizations and tax losses to the Country. Also, the main initiatives of Brazil about the law of traceability, addressing the role of ANVISA, and a brief history of criminal law on the offense of article 273 of the Criminal Code and amendment of the Penal Code introduced by Law 9.766 / 1998. Finally, the discussions on the constitutionality of the changes brought by the aforementioned legislation, the criticisms of the doctrine regarding the exaggerations committed by the legislator in the face of the principle of proportionality and the current position of the jurisprudence of the STJ regarding the unconstitutionality of the secondary precept of article 273, § 1º - B, V, of the Penal Code.

**Keywords:** counterfeiting medicines. Crime against public Health. Laws 9.782/1999, 9.766/1998 and 11.306/2016. Unconstitutionality. Principle of proportionality. Jurisprudence of the STJ.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Impactos da falsificação de medicamentos na saúde pública. 3. Panorama da falsificação de medicamentos no Brasil. Projeções de lucros e perdas. 4. Desenvolvimento de estratégias nacionais. Lei da rastreabilidade e Lei dos Remédios. 5. Conclusões. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A falsificação de produtos comerciais é uma prática antiga motivada principalmente pelos enormes lucros obtidos, sendo que em relação ao comércio de medicamentos não é diferente, atingindo países desenvolvidos e em desenvolvimento.

O tema desperta há muito tempo a preocupação global e, apesar de todos os avanços ocorridos nas últimas décadas, essa preocupação não desapareceu, sendo que a proliferação não regularizada de indústrias e produtos farmacêuticos trouxe consigo muitos e diversificados problemas de variada magnitude.

Segundo relatório divulgado pela OMS – Organização Mundial da Saúde, intitulado “Diretrizes para o desenvolvimento de medidas de combate a medicamentos falsificados” (2005) vamos encontrar um breve histórico do seu protagonismo em iniciar discussões e orientações aos Estados Membros sobre o entendimento e enfrentamento do tema falsificação de medicamentos.

Em nível internacional, o problema começou a ser tratado em 1985, na Conferência de Especialistas no Uso Racional de Medicamentos, realizada em Nairobi. O encontro recomendava que a OMS, juntamente com outras organizações internacionais e não-governamentais, deveria estudar a viabilidade de estabelecer um “observatório para coletar dados e informar os governos sobre a natureza e alcance da falsificação”. Três anos após, a Assembleia Mundial da Saúde (AMS) adotou a resolução WHA41.16 que solicitava ao Diretor Geral da OMS que iniciasse “programas para prevenção e detecção de exportações, importações e contrabando de substâncias farmacêuticas falsificadas, com etiquetas adulteradas, ou que estivessem abaixo do padrão de qualidade”.

Em 1992, em Genebra, foi realizada a primeira reunião internacional sobre medicamentos falsificados, organizada pela OMS e pela Federação Internacional das Associações de Fabricantes de Produtos Farmacêuticos (IFPMA), cujos participantes estabeleceram, de comum acordo, a seguinte definição de medicamentos falsificados:

Medicamentos falsificados são aqueles deliberada e fraudulentamente rotulados de forma incorreta com relação à identificação e/ou fonte. A falsificação pode se aplicar tanto a produtos de marca quanto a genéricos, sendo que os mesmos podem incluir produtos com os princípios corretos ou incorretos, sem princípios ativos, com princípios ativos insuficientes ou com embalagem falsa. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005, p. 10).

Entre os anos de 1995 a 1997 diretrizes para desenvolvimento de medidas de combate a medicamentos falsificados foram preparadas dentro de uma estrutura do “Projeto sobre Medicamentos Falsificados da Parceria DMP-DAP” da Organização Mundial da Saúde, com o objetivo de auxiliar os Estados Membros da OMS nos esforços para prevenir a infiltração de medicamentos falsificados nos canais nacionais de distribuição de medicamentos.

De 16 a 19 de fevereiro de 2002, foi realizada a 11ª Conferência Internacional de Autoridades Regulatórias de Medicamentos (ICDRA), em Madri, Espanha. Entre as recomendações da 11ª ICDRA, destaca-se a de que:

O que o Brasil tem feito para a prevenção e combate.

Os países devem adotar as Diretrizes da OMS para o desenvolvimento de medidas para o combate aos Medicamentos Falsificados, conscientizar o público e os políticos sobre o problema, aumentar a cooperação nacional e internacional e o intercâmbio de informações entre os envolvidos, incluindo as autoridades regulatórias de medicamentos, as ONG's interessadas, as agências relacionadas ao cumprimento da lei, indústria e organizações internacionais relevantes. (IVAMA; NORONHA; HOFMEISTER, 2005, p. 23).

No relatório OMS/2005 – Diretrizes para o desenvolvimento de medidas de combate a medicamentos falsificados, ainda se destaca que:

Na última década, a questão tem chamado a atenção dos governos e do público como nunca. A disseminação de medicamentos falsificados é geralmente mais pronunciada em países onde a fabricação, importação, distribuição, fornecimento e venda de medicamentos são menos regulamentados e o cumprimento das leis pode ser mais fraco. As informações correntes indicam que a falsificação de medicamentos está se tornando cada vez mais sofisticada, o que implica na necessidade de as autoridades responsáveis nos Estados Membros manterem a questão sob constante revisão.

Os medicamentos falsificados não têm necessariamente a qualidade que sustentam ter e podem envolver rótulos incorretos no que diz respeito à identificação e/ou fonte. Podem ser importados, contrabandeados ou fabricados localmente por grandes consórcios em grandes fábricas e estabelecimentos equipados com os mais modernos equipamentos, ou por operadores de curto prazo em instalações menores, geralmente menos equipadas. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005, p. 15).

Os fatores que contribuem para a proliferação dos medicamentos falsificados no mundo são apontados no relatório da OMS, em parceria com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA intitulado “Prevenção e combate à falsificação e fraude de medicamentos; uma responsabilidade compartilhada” (IVAMA; NORONHA; HOFMEISTER, 2005). São eles: • A falta de uma legislação adequada; • Autoridade Regulatória de Medicamentos nacional ausente ou com escasso poder; • Não cumprimento da legislação existente; • Sanções penais ineficazes; • Corrupção e conflitos de interesses; • Transações que incluem muitos intermediários; • Demanda superior à oferta; • Preços altos; • Complexidade na fabricação de medicamentos clandestinos; • Cooperação ineficiente entre os interessados diretos; • Falta de regulamentação nos países exportadores e dentro das zonas de livre comércio.

Quanto as notificações e os tipos de falsificações que a OMS recebeu entre os anos de 1.992 a 2000 sobre medicamentos falsificados, este último relatório apontou que:

De 1992 a 1996, a OMS recebeu 719 notificações de medicamentos falsificados. De acordo com a classe terapêutica, 29% correspondiam a antibióticos de uso sistêmico, 8% de corticóides, 8% de medicamentos com ação no trato digestivo e metabolismo, 7% de anti-protozoários, 5,5% no sistema respiratório, 5% anabolizantes e sistêmicos, 4% de analgésicos e 3% de anti-inflamatórios e anti-reumáticos, 3% com ação no sistema cardiovascular e 3% com ação no sistema gênito-urinário (SEMINARIO, 1998).

Entre janeiro de 1999 e outubro de 2000, a OMS recebeu 46 notificações voluntárias de 20 estados membros (cerca de 60% proveniente de países em desenvolvimento). Embora acredite-se que haja uma subnotificação, per-

cebe-se que o problema atinge tanto os países desenvolvidos como os em desenvolvimento”.

Quanto a tipos de falsificação e magnitude, esses produtos podem ser agrupados em seis categorias (WHO, 2004): 1. Produtos sem princípio ativo - 32.1%; 2. Produtos com a quantidade incorreta de princípio ativo - 20.2%; 3. Produtos com o princípio ativo errado - 21.4%, 4. Produtos com as quantidades corretas de princípios ativos, mas com embalagens falsas - 15.6%; 5. Cópia de um produto original - 1%; e 6. Produtos com alto grau de impurezas ou contaminantes - 8.5%. (IVAMA; NORONHA; HOFMEISTER, 2005, p. 23).

Assim, a globalização, aliada a uma maior abertura no comércio internacional e transações comerciais através de compras na Internet e do uso de agências de entrega de correspondências traz à tona a necessidade de maior cooperação entre os países, de modo a envolver estratégias comuns, o intercâmbio de informações de forma rápida e oportuna e a harmonização de medidas de prevenção e combate aos medicamentos falsificados.

## **2 IMPACTOS DA FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS NA SAÚDE PÚBLICA**

A falsificação de medicamentos e seu consumo pela população em geral traz sérias consequências para quem os consome. A falsificação envolve não só medicamentos sem princípio ativo, mas também aqueles fabricados com a quantidade incorreta de princípio ativo, com o princípio ativo errado, e medicamentos com alto grau de impurezas ou contaminantes.

Esta atividade criminosa traz impactos à saúde pública, conforme ressaltado no relatório já mencionado da OMS (2005) sobre as “Diretrizes para o desenvolvimento de medidas de combate a medicamentos falsificados”:

Em muitos casos, foram realmente perigosos e prejudiciais à saúde pública, causando sofrimento humano e ônus aos serviços de saúde. Os pacientes podem não responder tão rapidamente como deveriam e, em alguns casos, podem não responder de forma alguma. O tratamento com medicamentos falsificados ineficazes, tais como antibióticos ou vacinas, pode causar sério prejuízo a uma vasta porção da população. Em casos extremos, os medicamentos falsificados podem causar graves danos à saúde ou exacerbar as condições que estão sendo tratadas devido aos componentes prejudiciais que podem conter. Por exemplo, a incorporação de dietilenoglicol em produtos farmacêuticos, fraudulentamente ou por erro, causaram a morte de mais de 500 pessoas, a maioria delas crianças. Quando ingerido, o dietilenoglicol pode afetar o sistema nervoso central, fígado e rins, podendo levar à morte por falência renal. Em um outro caso conhecido, comprimidos de placebo sem os princípios ativos foram roubados e vendidos como medicamento contraceptivo, levando, conforme foi declarado, à gravidez indesejada.

Como consequência de tais efeitos prejudiciais, os medicamentos falsificados podem minar a confiança pública nos sistemas e nos profissionais de saúde, nos estabelecimentos que fazem a distribuição/dispensação e comercialização de medicamentos genuínos, na indústria farmacêutica e na autoridade regulatória de medicamentos. A rotulagem incorreta, no que diz respeito à fonte, também pode ser prejudicial à reputação e posição financeira do fabricante original e/ou atual, cujo nome está sendo fraudulentamente usado. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2005, p. 15).

Trazendo o enfoque da questão para nossa realidade relembramos o episódio-

dio ocorrido no ano de 2003, quando a Vigilância Sanitária da Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (Visa/GO) começou a receber notificações de casos de possíveis intoxicações após o uso do medicamento Celobar, um contraste radiológico muito utilizado e fabricado pelo Laboratório Enila. Ao todo, foram investigados 185 casos de intoxicação relacionados à exposição ao contraste, nos estados de GO, RJ, MA, BA, MG e SP, dos quais 153 foram confirmados, sendo que dentre eles, ocorreu um total de 21 óbitos, com outros casos de sequelas graves.

Um dos casos de óbito confirmado pela intoxicação exógena por bário foi o registrado em Nova Iguaçu/RJ, ocorrido na Clínica São Thiago. Segundo laudo do Instituto Médico Legal (IML/RJ) foi constatado a presença de bário em alta concentração em vários órgãos – baço, cérebro, rim, fígado, pulmão, bexiga e coração do paciente. Pesquisa analítica realizada pelo Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde (INCQS) Fiocruz, no Rio de Janeiro (RJ), em amostras do medicamento Celobar, utilizado tanto em Goiânia quanto em Nova Iguaçu, lote 3040068, apontou que o produto apresentava “sulfato de bário impuro, contaminado por carbonato de bário e outros sais de bário”. Outro laudo, divulgado pelo Instituto Médico legal de Goiás, na época, comprovou que os corpos de 13 pacientes que usaram o contraste radiológico Celobar apresentavam altas doses de intoxicação por bário (ANVISA, 2017e).

A tragédia revelou a falta de cuidado na manipulação de compostos do medicamento, contaminados com outros produtos prejudiciais a saúde que foram determinantes para as mortes e graves sequelas dos pacientes submetidos ao contraste.

Outro dado preocupante, revelado por levantamento realizado pelo Sistema Nacional de informações Tóxico-Farmacológicas – SINITOX em 2008 demonstrou que a cada 20 minutos uma pessoa se intoxica com medicamentos falsos no Brasil e cerca de 30,71% chega a óbito (ANVISA, 2010b, p. 116).

Assim, o quadro é assustador, não sendo tarefa fácil para o consumidor identificar a falsificação do medicamento que começa pela embalagem, com informações necessárias impressas invariavelmente ininteligíveis do leigo, passando, após, ao próprio medicamento, com o princípio ativo ausente, em quantidade incorreta, errado ou com alto grau de impurezas ou contaminantes.

### **3 PANORAMA DA FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL. PROJEÇÕES DE LUCROS E PERDAS.**

Segundo dados divulgados pela ANVISA (2018) a categoria de medicamentos que encabeça os casos de falsificação no Brasil é a de medicamentos para disfunção erétil, da qual o Viagra e o Cialis são exemplos. Em seguida vêm os medicamentos de alto valor agregado (como os medicamentos para câncer, os chamados antineoplásicos).

De acordo com as informações publicadas na Revista de Saúde Pública, no artigo “Falsificação de medicamentos no Brasil” (AMES; SOUZA, 2012), foram registradas as ações de fiscalização conjunta entre a ANVISA e a Polícia Federal entre os anos de 2007 a 2011 revelando o perfil e o aumento do crime em várias partes do território nacional. “O número de medicamentos falsificados encaminhados à perícia

aumentou mais de 200,0% entre janeiro de 2007 e dezembro de 2009; até setembro de 2010, esse aumento foi superior a 100,0%.”

Com relação à distribuição espacial das apreensões e laudos gerados a pesquisa revelou que:

As unidades periciais do Acre, Espírito Santo, Pará, Paraíba, Piauí, Roraima, Sergipe e Tocantins não produziram laudos de medicamentos falsificados. Nos demais estados, ocorreram apreensões; Paraná, São Paulo e Santa Catarina produziram o maior número de laudos de medicamentos inautênticos. A unidade do Paraná foi a que mais realizou exames em medicamentos falsos: 31% do total de laudos de medicamentos contrafeitos elaborados pela PF em 2007, aproximadamente 49,0% em 2008, 59,0% em 2009 e 62,0% em 2010. O Paraná apreendeu 50,0% dos medicamentos falsificados, São Paulo, 16,6%, e Santa Catarina, 6,2% (Tabela 1), i.e., as regiões Sul e Sudeste apresentaram o maior número de especialidades farmacêuticas inautênticas apreendidas pela PF. A região Sul representou 35,6% das apreensões totais em 2007, aumentando para 63,0% em 2008 e 2009 e chegando a 70,3% em 2010.

Com relação aos medicamentos falsificados, a pesquisa confirmou as preferências dos criminosos quanto aos seus tipos, e o que encabeça a lista, conforme já apontado pela ANVISA:

69% pertenciam à categoria dos inibidores seletivos da fosfodiesterase 5 (PDE-5), mais conhecidos como medicamentos que auxiliam no tratamento da disfunção erétil masculina (Viagra® e Cialis®), seguidos pelos esteróides anabolizantes (Durateston®, Hemogenin®, Deca Durabolin® – 26,0% das apreensões), pelos inibidores de prostaglandinas (Cytotec® – 3,5%) e por outros medicamentos (Glivec®, Xenical®, Pebone® e Pebtwo®– 0,7%).

[...]

As especialidades farmacêuticas Viagra® (Pfizer) e Cialis® (Eli Lilly) foram os principais alvos de contrafacção: cerca de 69,0% das apreensões em 2007 e 2008 e 64,0% em 2009 e 2010, com média de 66,0% das apreensões no período (Figura 2B). Durateston® (Organon) e Hemogenin® (Sanofi-Aventis), ambos

esteróides anabolizantes, contribuíram com 8,9% e 5,7% das apreensões, respectivamente, e os demais com menor prevalência. De 401 medicamentos inautênticos Viagra® e Cialis®, 372 passaram por exames químicos completos. Grande parte das unidades de Cialis® apresentou como princípio ativo o citrato de sildenafila em vez de tadalafila, seu constituinte original (Tabela 2). Alguns medicamentos não apresentaram nenhum ingrediente ativo. (AMES; SOUZA, 2012).

Complementando as informações, o artigo intitulado “Medicamentos falsificados e contrabandeados no Brasil: panorama geral e perspectivas de combate ao seu consumo” (HURTADO; LASMAR, 2014), publicado na Revista de Saúde Pública, esclareceu-se que entre os anos de 2007 a 2011 “Foram realizadas 224 operações, totalizando 659 prisões em flagrante. Dentre os presos, cerca de 70% são os proprietários dos estabelecimentos inspecionados, 15% são os farmacêuticos responsáveis técnicos e o restante são outras pessoas envolvidas na atividade criminosa”.

Com relação aos medicamentos ditos “naturais”, os fitoterápicos sem registro na ANVISA, medicamentos esses de muita aceitação pela população devido à pe-

O que o Brasil tem feito para a prevenção e combate.

culiaridade da cultura popular em acreditar que medicamentos ditos “naturais” não oferecem risco à saúde, a pesquisa revelou que “Dentre as operações realizadas, 45% foram apreensões desses medicamentos, cujas embalagens prometem curas milagrosas para diversas doenças, como câncer, AIDS, hipertensão, artrite, artrose, entre outras”.

Do ponto de vista estatístico, segundo matéria jornalística “O Brasil na rota dos medicamentos falsificados” (RODRIGUES, 2015), publicada pela Revista Istoé em maio de 2015, um quinto dos medicamentos comercializados no País são ilegais, segundo a Organização Mundial de Saúde:

Um relatório divulgado recentemente pela Organização Mundial de Saúde (OMS) emitiu mais um ruidoso sinal de alerta sobre a debilitada saúde do País. Segundo o documento, 19% dos remédios comercializados por aqui são ilegais. A estimativa é que se vendam vinte medicamentos falsos em cada lote de 100. Eles são vendidos em feiras, bancas de ambulantes, pela internet e, inclusive, nas farmácias. E chegam ao Brasil vindos do Paraguai, China e Índia. Podem vir prontos para o consumo ou ainda na matéria-prima (o chamado princípio ativo) – que é manipulada em estabelecimentos clandestinos, sem a menor condição de higiene e geralmente elaborada na dose errada.

Não é a toa que a prática da falsificação é atrativa para o crime organizado. A matéria também enfoca o lucro dos criminosos com a prática ilegal:

As estatísticas sobre o tamanho desse comércio clandestino mostram que, na última década, a falsificação e comercialização aumentaram 800%. Atualmente, o negócio, que rendeu US\$ 200 bilhões em 2014, cresce 13% ao ano. ‘Às vezes ele é mais rentável do que o tráfico de entorpecentes’, afirma o delegado da polícia federal de São Paulo André Luiz Previato Kodkaoglanian. ‘São quadrilhas ligadas diretamente às Organizações criminosas internacionais’.

Do ponto de vista dos prejuízos que a falsificação, contrabando e pirataria trazem para o País matéria divulgada pelo Jornal Carta Capital intitulada “O mercado negro de medicamentos” (MAIA, 2014), publicada em outubro de 2014, alerta que:

O mercado interno brasileiro de 3 trilhões de reais em valores correntes em 2013, disputado por empresas nacionais e estrangeiras, tem um terceiro participante de peso crescente. São os fornecedores de produtos contrabandeados, falsificados e pirateados, com faturamento de 30 bilhões de reais no ano passado, segundo o Fórum Nacional de Combate à Pirataria. Os produtos ilegais representam uma perda de arrecadação de impostos de, aproximadamente, 9 bilhões de reais por ano. Especialmente grave pelos seus efeitos diretos sobre a saúde da população, é a penetração de medicamentos falsificados e contrabandeados, no valor de 8 bilhões de reais ao ano. Eles representam 20% do mercado total e uma sonegação de cerca de 5 bilhões de reais.

Assim, conforme se pode concluir a questão envolvendo a falsificação dos medicamentos só beneficia o crime organizado, com ramificações muitas vezes internacionais, trazendo, de outro lado, prejuízos financeiros ao País e para a saúde pública de consumidores. A seguir, vamos expor um breve histórico das principais

iniciativas legislativas do País como estratégias nacionais para o combate a este problema global.

#### **4 DESENVOLVIMENTO DE ESTRATÉGIAS NACIONAIS. LEI DA RASTREABILIDADE E LEI DOS REMÉDIOS**

Seguindo as diretrizes da OMS, o Brasil tem procurado se munir de alguns instrumentos legais visando ao acesso do consumidor a medicamentos mais seguros, eficazes e de qualidade. A seguir, as principais iniciativas para instrumentalizar a fiscalização, combate e punição da falsificação de medicamentos.

a) Lei Federal 9.782, de 26 de janeiro de 1999 (BRASIL), que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.

A criação da ANVISA, vinculada ao Ministério da Saúde, foi um grande passo rumo ao enfrentamento da questão, à qual foi delegado um papel determinante para as ações de prevenção e combate à falsificação de medicamentos, proporcionando a estruturação dos órgãos de fiscalização componentes do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS) e o estabelecimento de padrões e fluxos de trabalho em casos de investigação de suspeita de falsificação, a regulamentação e o controle da cadeia de produção e fornecimento de medicamentos no país por meio da realização de cursos de capacitação para os agentes do SNVS, oficinas e fóruns para sensibilizar e envolver os atores de vários setores afins (setor regulado, sociedade, justiça, fazenda, etc.).

Conforme dispõe a legislação federal em seu artigo 6º,

A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

Desta forma, as inúmeras ações conjuntas com as entidades policiais e aduaneiras têm sido feitas sob a coordenação e participação da ANVISA com apreensão por todo o Brasil de medicamentos ilegais e falsificados dentre outras, são algumas das muitas formas de enfrentamento do tema. Basta acessar a página da ANVISA pela internet para se acompanhar as ações fiscalizatórias da autarquia.<sup>1</sup>

b) Lei 11.903, de 14 de janeiro de 2009 (BRASIL), dispõe sobre o rastreamento da produção e do consumo de medicamentos por meio de tecnologia de captura, armazenamento e transmissão eletrônica de dados, criando o

1 “A Anvisa determinou a suspensão da importação dos insumos Eritropoetina e Interferon Alfa 2 a Humano Recombinante, bem como dos produtos Solução de Eritropoietina em frascos, ampolas e seringas (2.000 UI/MG X 1mL; 3.000 UI/MG X 1ml; 4.000 UI/MG X 1ml; 10.000 UI/MG x 1ml, 36.000 UI/MG X 1ml) e frasco de ampolas Alfa Interferon pós liofilizados (1.0000 UI/ml; 3.000 UI/ml, 5.000 UI/ml, 9.000 UI/ml). Os produtos são produzidos pela empresa chinesa Shenyang Sunshine Pharmaceutical Co. Ltda. e foram suspensos após serem apontadas irregularidades durante inspeção para verificação de Boas Práticas de Fabricação. A medida consta da Resolução 3.100, publicada nesta quarta-feira (11/11/15) no Diário Oficial da União (DOU)”. (ANVISA, 2015).

O que o Brasil tem feito para a prevenção e combate.

Sistema Nacional de Controle de Medicamentos, alterada pela Lei 13.410, de 28/12/2016 (BRASIL), que alterou os artigos 1º, 2º, 3º, 4º-A, 5º e revogou o parágrafo único do artigo 4º.

Dando um importante passo no combate à falsificação de medicamentos, foi editada a Lei 11.903/2009, chamada Lei da Rastreabilidade, que dispõe sobre o rastreamento da produção e do consumo de medicamentos, bem como a criação do Sistema Nacional de Controle de Medicamentos.

A referida Lei criou o Sistema Nacional de Controle de Medicamentos que envolve o controle da produção, comercialização, dispensação e a prescrição de medicamentos. A lei previu que o controle será exercido por meio de sistema de identificação exclusivo de produtos, prestadores de serviços e usuários, com o emprego de tecnologias de captura, armazenamento e transmissão eletrônica de dados. Trata-se de um código de barras bidimensional, que permite recuperar informações históricas e geográficas sobre o caminho percorrido pelos medicamentos desde sua produção até a entrega ao consumidor. Ao contrário do código de barras comum, que é visível e contém apenas um número, o bidimensional pode armazenar milhares de informações ao mesmo tempo, como números, letras e outros dados. Todas as informações vão estar reunidas no Identificador Único de Medicamento (IUM), que estará em cada unidade de medicamento comercializada e será impresso em etiquetas de segurança produzidas especificamente para esse fim. O IUM deverá conter os seguintes dados, nesta ordem: I – GTIN da apresentação; II – Número de registro da apresentação do medicamento junto à Anvisa; III – Código serial, de até 20 dígitos; IV – Data de validade; V – Lote de fabricação.

Assim, por meio da Resolução RDC 59/2009, a ANVISA estabeleceu o sistema de rastreamento de medicamentos em toda a cadeia dos produtos farmacêuticos, da produção e do consumo de medicamentos por meio de tecnologia de captura, armazenamento e transmissão eletrônica de dados, como parte integrante do Sistema Nacional de Controle de Medicamentos (ANVISA, 2009).

Em Janeiro de 2010, por meio da Instrução Normativa nº 11, estabeleceu-se que o desenvolvimento da tecnologia, a produção e o controle de distribuição das etiquetas autoadesivas de segurança para o Sistema de Rastreamento de Medicamentos seria de responsabilidade da Casa da Moeda do Brasil (ANVISA, 2010a).

Muito embora a lei tenha sido aprovada em 2009, infelizmente o sistema não chegou a ser implantado no prazo de um ano inicialmente previsto pela norma. Tanto que, recentemente, a Lei 11.903/09 foi alterada pela Lei 13.410, de 28/12/2016, que alterou os artigos 1º, 2º, 3º, 4º-A, 5º e revogou o parágrafo único do artigo 4º, prevenindo outras etapas e prazos de implantação do sistema.

De acordo com a previsão do novo artigo 5º da mencionada Lei, foi editada a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC N° 157, de 11 de Maio de 2017 (Publicada no DOU nº 91, de 15 de maio de 2017), que dispõe sobre a implantação do Sistema Nacional de Controle de Medicamentos e os mecanismos e procedimentos para rastreamento de medicamentos e dá outras providências (ANVISA, 2017a).

Em cumprimento ao disposto no § 1º do art. 2º da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 157, de 11 de maio de 2017, foi baixada a Instrução Normativa nº 17,

de 22 de agosto de 2017 dispondo sobre a listagem dos medicamentos e membros da cadeia de movimentação de medicamentos que farão parte da fase experimental do Sistema Nacional de Controle de Medicamentos (SNCM) (ANVISA, 2017b).<sup>2</sup>

Igualmente e tendo em vista o cumprimento do artigo 2º, § 3º, da Resolução 157/2017, foi baixada também a Instrução Normativa n. 18, de 22 de agosto de 2017, dispondo sobre a listagem dos programas assistenciais do Ministério da Saúde e seus respectivos medicamentos excluídos da fase experimental do Sistema Nacional de Controle de Medicamentos (SNCM)<sup>3</sup> (ANVISA, 2017c).

Por fim, e com base na mesma Resolução, em cumprimento ao disposto no artigo 18, foi baixada a Instrução Normativa n. 19, de 22 de agosto de 2017, que dispõe sobre definições básicas de tecnologia para a comunicação entre os membros da cadeia de movimentação de medicamentos e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa para a operacionalização da fase experimental do Sistema Nacional de Controle de Medicamentos (SNCM), e dá outras providências (ANVISA, 2017d).

De acordo com a previsão do artigo 5º da Lei 13.410/14 e os prazos previstos para a implantação completa do SNCM, já foram cumpridas as etapas quanto a regulamentação, pela ANVISA, aspectos operacionais da SNCM (de comunicação e banco de dados), através da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC N° 157, de 11 de Maio de 2017, com a listagem dos medicamentos e membros da cadeia de movimentação de medicamentos que já fazem parte da fase experimental do Sistema Nacional de Controle de Medicamentos, estando em curso o prazo de até um ano, para que a indústria, os importadores e os representantes da distribuição e do varejo escolhidos pelo órgão de vigilância sanitária federal competente possam, em caráter experimental, receber e transmitir dados referentes a, no mínimo, três lotes de medicamentos que contenham as informações previstas nos incisos I, II, III e IV do § 1º do art. 3º.

Após cumprida esta etapa, a previsão é de que em até oito meses após o

2 Artigo 1º: Em cumprimento ao disposto no § 1º do art. 2º da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 157, de 11 de maio de 2017, ficam estabelecidos as seguintes empresas e respectivos medicamentos como integrantes da fase experimental do Sistema Nacional de Controle de Medicamentos (SNCM), instituído pela Lei nº 11.903, de 14 de janeiro de 2009: I - Empresa: Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. a) Nome do produto: Tandrilax comprimido (cafeína + carisoprodol + diclofenaco sódico + paracetamol); b) Apresentação: 300 MG + 125 MG + 50 MG + 30 MG COM CT BL AL PLAS INC X 15; c) Número do registro: 1.0573.0055.005-6. II - Empresa: Bayer S.A. - a) Nome do produto: Climene drácea (valerato de estradiol/ valerato de estradiol + acetato de ciproterona); b) Apresentação: 2 MG DRG / 2 MG DRG + 1 MG DRG CT BL CALEND X 11 + 10; c) Número do registro: 1.7056.0059.001-2. III - Empresa: Boehringer Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica LTDA - a) Nome do produto: Micardis comprimidos (Telmisartana); b) Apresentação: 40 MG COM CT BL AL/AL X 30; c) Número do registro: 1.0367.0110.007-5; IV - Empresa: Janssen-Cilag Farmacêutica LTDA - a) Nome do produto: Levaquin comprimido revestido (levofloxacino hemiidratado); b) Apresentação: 500 MG COM REV CT 01 BL AL PLAS INC X 7; c) Número do registro: 1.1236.3316.002-5 - V - Empresa: Libbs Farmacêutica LTDA - a) Nome do produto: Faulblastina injetável (sulfato de vimblastina); b) Apresentação: 1 MG/ML SOL INJ CT 5 FA VD AMB X 10 ML; c) Número do registro: 1.0033.0130.002-1.

3 Art. 1º - Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 2º da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 157, de 11 de maio de 2017, estão excluídos da fase experimental do Sistema Nacional de Controle de Medicamentos (SNCM), instituído pela Lei nº 11.903, de 14 de janeiro de 2009 os seguintes produtos distribuídos pelo Ministério da Saúde: I - as imunoglobulinas, soros e vacinas integrantes do Programa Nacional de Imunizações - PNI; II - os medicamentos disponibilizados para o atendimento das Infecções Sexualmente Transmissíveis, HIV/Aids e das Hepatites Virais. (BRASIL, 2017c).

O que o Brasil tem feito para a prevenção e combate.

término da etapa estabelecida no inciso I do artigo 5º, os resultados obtidos durante a fase experimental sejam objeto de análise, correção e relatório de validação pelo órgão de vigilância sanitária federal competente, por meio do Comitê Gestor. Por fim, até três anos após o término da etapa estabelecida no inciso II, haverá a completa implementação do Sistema Nacional de Controle de Medicamentos, provavelmente em 29 de abril de 2022.

c) Lei 9.677, de 02 de julho de 1.998 (BRASIL) (Lei dos Remédios) e Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998 (BRASIL), que alterou o rol do artigo 1º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (BRASIL), que trata dos crimes hediondos.

Somente a partir do Código Penal de 1940, editado pelo Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, pela primeira vez, através dos artigos 272 e 273 tipificou-se a conduta de corromper, adulterar, falsificar ou alterar substâncias medicinais, bem como comercializá-las.

Contudo, todo o Capítulo III do Título VIII do mencionado código sofreu profundas alterações através do Projeto de Lei nº 4.207/98 (CÂMARA DOS DEPUTADOS), convertido na Lei Federal 9.677/1998, que introduziu significativas modificações nos artigos 272<sup>4</sup> a 277<sup>5</sup> do Código Penal. Poucos meses depois, a Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998, alterou o rol do artigo 1º da Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, que trata dos crimes hediondos, acrescentando os incisos VII-A e VII-B, que fazem menção, respectivamente, aos crimes previstos nos artigos 272 e 273 do Código Penal, com todos os seus parágrafos, enquadrando-os, assim, como crimes hediondos.

A alteração legislativa ocorreu em meio à repercussão do conhecido caso das “pílulas de farinha”. Ao que consta divulgado pela imprensa, o Laboratório Schering do Brasil, hoje incorporado à Bayer, produzia o anticoncepcional Microvlar, o sexto medicamento mais consumido (dos anticoncepcionais, era o primeiro), com 1,7 milhão de usuárias. Entre janeiro e fevereiro de 1.998, o laboratório fabricante estava testando uma nova máquina de embalagem e os comprimidos sem o princípio ativo foram usados nesse teste (AFFONSO, 2015). Estes comprimidos deveriam ter sido incinerados logo em seguida, mas houve um desvio do material e as pílulas-teste acabaram nas farmácias e, via de consequência, adquiridas por consumidoras que

---

4 Art. 272. Corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, tornando-a nociva à saúde: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de cinco a quinze contos de réis.

§ 1º Está sujeito à mesma pena quem vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância corrompida, adulterada ou falsificada. Modalidade culposa  
§ 2º Se o crime é culposos: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa, de quinhentos mil réis a dois contos de réis (BRASIL, 1940).

5 Art. 273. Alterar substância alimentícia ou medicinal: I - modificando-lhe a qualidade ou reduzindo-lhe o valor nutritivo ou terapêutico; II - suprimindo, total ou parcialmente, qualquer elemento de sua composição normal, ou substituindo-o por outro de qualidade inferior: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa, de um a cinco contos de réis. § 1º Na mesma pena incorre quem vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância alterada nos termos deste artigo. Modalidade culposa. § 2º Se o crime é culposos: Pena - detenção, de dois a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a um conto de réis (BRASIL, 1940).

acabaram tomando o placebo. Muito embora o Ministério da Saúde tenha determinado a retirada do mercado do anticoncepcional e ordenado a paralisação da sua produção, com interdição da fábrica, o estrago já tinha se consumado, pois, estimou-se que cerca de 250 mulheres acabaram engravidando (REZECK, 2017).

As crianças que nasceram deste episódio ficaram conhecidas como “os filhos da farinha” e várias mulheres moveram ações de indenização contra o Laboratório por este motivo, já que muitas delas não tinham condições financeiras de ter um filho (PASTORE; CARDOSO, 2017).

Em meio à grande repercussão do caso, tramitou com celeridade o projeto de Lei n. 4207/98 na Câmara dos Deputados, sendo que através da Exposição de Motivos Interministerial n. 40 2- MJ/MS, de 17 de junho de 1998, foram apresentadas justificativas ao texto de lei, valendo ressaltar a preocupação do legislador em reprimir com maior rigor as falsificações de medicamentos e alimentos, enfatizando que

Essas questões vêm assumindo proporções consideráveis, pela verificação, por profissionais médicos, da ineficácia de remédios prescritos que, em circunstâncias normais, deveriam influir positivamente na recuperação da saúde de seus pacientes, mesmo no caso de moléstias tidas, até há algum tempo, como incuráveis, hoje perfeitamente controláveis dentro dos recursos disponíveis no arsenal terapêutico”, bem como que “é forte a suposição de que organizações clandestinas vêm conseguindo burlar o sistema de vigilância sanitária instituído no País, fazendo chegar aos postos de comercialização final produtos falsificados, mas com a aparência de genuínos, especialmente com a participação de estabelecimentos responsáveis pela distribuição de medicamentos. Registra-se, nessa mesma linha de preocupação, lançamento no mercado de produtos importados sem registro na Secretaria de Vigilância Sanitária deste Ministério, como impõe a lei, quando não são internalizados pelas vias do descaminho, com a agravante de serem anunciados com realce para as suas propriedades miraculosas, sem comprovação científica, induzindo a erro o consumidor e gerando sério risco para a sua saúde. (BRASIL, 1998).

Após parecer favorável da relatoria, o Projeto seguiu para sanção presidencial, para os fins constantes do art. 66 da Constituição Federal, sendo sancionado pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso sem qualquer veto.

O texto atual do artigo 273 ficou assim redigido:

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;  
II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

O que o Brasil tem feito para a prevenção e combate.

- IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
  - V - de procedência ignorada;
  - VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.
- § 2º - Se o crime é culposo:  
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (BRASIL, 1998).

Pouco tempo depois, através da Lei 9.695, de 20 de agosto de 1.998 (BRASIL), foi acrescentado o inciso VII-B ao art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990 (BRASIL), enquadrando o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais como um dos crimes hediondos.

A lei dos remédios não deixou de sofrer duras críticas da doutrina, em especial na questão envolvendo a inclusão de cosméticos e saneantes, equiparados a medicamentos e, posteriormente, relativo ao fato de as condutas de falsificação, adulteração, alteração do produto destes produtos serem consideradas crime hediondo.

Comentando sobre o tema Antônio Carlos da Ponte (2016, p. 179), ao discorrer sobre os mandados de criminalização explícitos contidos na Constituição Federal quanto aos crimes hediondos, enfatiza que:

Pois bem, o § 1º-A do art. 273 estabelece que 'incluem-se entre os produtos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico'. Em apertada síntese, quem falsificar, corromper, adulterar um batom (cosmético) ou água sanitária (saneante) cometerá um crime hediondo e estará sujeito a uma reprimenda variável de dez a quinze anos de reclusão, além de multa. A modificação introduzida demonstra ausência de critério e o modo absolutamente inconsequente como um mandado de criminalização pode ser tratado, servindo como objeto de manipulação momentânea por parte de um legislador ordinário despreparado, preocupado em combater a criminalidade por meio de medidas paliativas e eleitoreiras, não políticas de Estado.

No mesmo sentido, as críticas de Jorge Abdala Seadi, na sua obra "Crimes Hediondos e a Falsificação de Medicamentos", para quem

Continuando na escala do desconhecimento, é inadmissível equiparar a Crimes Hediondos as condutas de vender, expor a venda, ter em depósito para venda, ou de qualquer forma distribuir ou entregar o produto (medicamento, cosmético, saneante) a consumo num estabelecimento de venda de cosméticos e saneantes (por exemplo, um mercadão de interior). (2002, p. 24).

Mantendo-se numa postura crítica, René Ariel Dotti afirma que:

Entre os gravíssimos inconvenientes determinados pela Lei nº 9677 /98 que deu nova redação aos Artigos 272 a 277 do Código Penal, como a deficiência na técnica de redação, desponta o extremado rigor punitivo para os casos de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substâncias ou produtos alimentícios ou produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais. A possibilidade, pelo menos in these, de se punir a adulteração de um produto para a limpeza da pele com a reclusão de 10 a 15 anos, além de multa, chega às raias do absurdo. (2000, p. 51).

Abordando a questão da ofensa aos princípios da proporcionalidade e ofensi-

O que o Brasil tem feito para a prevenção e combate.

vidade, o Prof. Miguel Reale Jr. assim comenta em seu artigo “A inconstitucionalidade da lei dos remédios”:

Ora, o princípio da proporcionalidade, decorrente do mandado de proibição de excessos, e o princípio da ofensividade foram claramente afrontados na Lei 9677 de 02.07.1998, bem como pela Lei 9695, de 20.08.1998. Regras aí contidas concretizam graves distorções entre os fatos inócuos descritos e a sua criminalização. Isto porque não se exige, no modelo de conduta típica, a ocorrência de resultado consistente em perigo ou lesão ao bem jurídico que se pretende tutelar, vale dizer, à saúde pública. (REALE JÚNIOR, p. 415, 1999).

As críticas não foram exclusivamente dirigidas à questão envolvendo os cosméticos e saneantes, mas também à quantidade da pena prevista para o delito do artigo 273 do CP. Sobre o assunto, Guilherme Souza Nucci (2000) afirma que “o grande ponto da modificação trazida pela Lei 9677 /98 foi a elevação abrupta e excessiva da pena de um crime de perigo abstrato, que passou a ser superior a de graves crimes de dano, como é o caso do homicídio”.

Por óbvio que todas as justas críticas não passaram imunes aos olhos dos nossos Tribunais. Tanto que o STJ consolidou o entendimento referente à inconstitucionalidade do preceito secundário do crime previsto no art. 273 do Código Penal (em razão da desproporcionalidade da pena em abstrato) e determinou, de ofício, em caso específico, que o Tribunal de origem refizesse a dosimetria da pena, adotando como parâmetro a pena do crime de tráfico, previsto no Art. 33 da Lei 11.343/06. Tal decisão foi dada no Processo AI no HC 239363 / PR – Arguição de inconstitucionalidade no habeas corpus 2012/0076490-1 – Relator (a) Ministro Sebastião Reis Júnior, Órgão Julgador CE - Corte Especial, data do Julgamento 26/02/2015, data da Publicação/Fonte, DJe 10/04/2015. Vejamos a ementa:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. 3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. 4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave

O que o Brasil tem feito para a prevenção e combate.

e cujo bem jurídico também é a saúde pública. 5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso. 6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma. (BRASIL, 2015).

Em que pese a decisão do STJ, entretanto, a inconstitucionalidade do preceito secundário do crime previsto no Art. 273 CP necessita de uma solução definitiva através de controle difuso (STF) ou concentrado (Ação Constitucional), para evitar que toda condenação pelo crime em comento seja iniciada no regime fechado.

Importante consignar que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 236/2012 que pretende alterar o Código Penal (SENADO FEDERAL, 2012), sendo que em relação ao artigo 273 foram propostas alterações ao atual texto de lei, dividindo-o em dois artigos (241 e 242 – emenda 1 substitutiva). O texto que se encontra em tramitação registra no site do Senado, como último estado até a data do fechamento deste artigo, a realização de audiência pública em 06 de novembro de 2017.

No quadro comparativo abaixo, há uma análise da evolução do texto legal ao longo dos anos e a proposta ainda em tramitação, que pretende, conforme se pode perceber, rever excessos cometidos pelo legislador da lei dos Remédios, diminuindo sensivelmente a pena do caput para prisão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. O projeto ainda propõe a exclusão da previsão atual contida no § 1º-A (Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico) resolvendo, assim, a questão da equiparação de cosméticos e saneantes, que duras e merecidas críticas sofreu por parte da doutrina, conforme ressaltado acima. Por fim, a pena do delito culposo também tem proposta de diminuição para 06 meses a 02 (dois) anos. Abaixo, o quadro comparativo entre 1.940, 1.998 e proposta de 2012.



## 5 CONCLUSÕES

A falsificação de medicamentos é um problema global que favorece o crime organizado, com ramificações internacionais envolvidas, sendo uma atividade criminosa altamente rendosa, estando o Brasil na rota da falsificação, com um significativo percentual de 19% de remédios falsificados circulando no País, trazendo, assim, prejuízos ao Estado Brasileiro e para a saúde pública, pelas graves consequências que um medicamento nestas condições, se ingerido, pode ocasionar ao paciente.

De qualquer modo, é preciso enfatizar que o efetivo combate deste mal, exige de todos os Estados vontade política no sentido de que os governos devem ter o compromisso da aprovação de uma legislação de medicamentos que seja abrangente, abarcando condutas que envolvam a punição da fabricação, a importação e a venda de medicamentos falsificados.

Não menos importante, é também o estabelecimento de autoridades regulatórias de medicamentos com recursos adequados e com os poderes apropriados, fornecendo o apoio necessário para garantir o cumprimento das leis e regulamentos de medicamentos.

Por fim, todo o aparato legislativo e autoridade reguladora para fazer cumprir a lei não vale de nada se não houver a responsabilidade compartilhada no combate a falsificação dos medicamentos, envolvendo órgãos governamentais, fabricantes de produtos farmacêuticos, distribuidores, profissionais de saúde, consumidores e o público em geral. De fato, a cooperação e a colaboração, entre os órgãos governamentais tais como a autoridade reguladora, alfândega, polícia federal, ministério público e judiciário são essenciais para o sucesso no combate e repressão ao grave crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

Não podemos deixar de reconhecer, embora com certo atraso, que o Brasil tem procurado fortalecer seus mecanismos de fiscalização, combate e punição ao crime de falsificação, aprovando leis importantes (lei da rastreabilidade, lei dos remédios e normas administrativas da ANVISA) quanto a regulação e punição de criminosos, em que pese, alguns exageros cometidos na intenção de punir o grave crime, o que já foi de certo modo, corrigido pela jurisprudência do STJ em casos específicos, como também aguarda correções definitivas através de aprovação da proposta no novo Código Penal que ajusta o atual delito do artigo 273 do CP a um tipo penal com penas mais razoáveis e tipificando essencialmente as condutas que, de fato, representam gravidade para a sociedade.

## REFERÊNCIAS

AFFONSO, Julia. Justiça manda indenizar mulher em 150 mil por pílula de farinha. **O Estado de São Paulo**, 05 maio 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-manda-indenizar-mulher-em-r-150-mil-por-pilula-de-farinha/>>. Acesso em 07 nov. 2017.

ANVISA. **Resolução de Diretoria Colegiada nº 59**, de 25 de novembro de 2009.

Disponível em: Acesso em: <[http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2724161/RDC\\_54\\_2013\\_COMP.pdf/96e4684d-e243-4577-95b3-dad90ea94730](http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2724161/RDC_54_2013_COMP.pdf/96e4684d-e243-4577-95b3-dad90ea94730)>. Acesso em: 26 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Instrução Normativa nº 11**, de 29 de outubro de 2010a. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/legislacao/?inheritRedirect=true#/visualizar/28526>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Manual de Gestão Principais realizações**. 2010b.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Anvisa suspende a importação de insumos chineses. **Portal ANVISA**, 11 nov. 2015. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/anvisa-suspende-a-importacao-de-insumos-chineses/219201/pop\\_up?\\_101\\_INSTANCE\\_FXrpx9qY7FbU\\_view-Mode=print&\\_101\\_INSTANCE\\_FXrpx9qY7FbU\\_languageld=pt\\_BR](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/anvisa-suspende-a-importacao-de-insumos-chineses/219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_view-Mode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageld=pt_BR)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução de Diretoria Colegiada nº 157**, de 11 de maio de 2017a. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/legislacao/?inheritRedirect=true#/visualizar/347832>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Instrução Normativa n. 17**, de 22 de agosto de 2017b. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/legis\\_27497534\\_INSTRUCAO\\_NORMATIVA\\_N\\_17\\_DE\\_22\\_DE\\_AGOSTO\\_DE\\_2017.aspx](http://www.lex.com.br/legis_27497534_INSTRUCAO_NORMATIVA_N_17_DE_22_DE_AGOSTO_DE_2017.aspx)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Instrução Normativa n. 18**, de 22 de agosto de 2017c. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/legislacao/?inheritRedirect=true#/visualizar/356502>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Instrução Normativa n. 19**, de 22 de agosto de 2017d. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/legislacao/?inheritRedirect=true#/visualizar/356503>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Casos marcantes da trajetória da regulação sanitária. **Portal ANVISA**, set. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2QGvWaS>>. Acesso em 23 nov. 2017e.

\_\_\_\_\_. Medicamentos Falsificados. **Portal ANVISA**. Disponível em: <<https://bit.ly/2SM85IU>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

AMES, Joseane; SOUZA, Daniele Zago. Falsificação de medicamentos no Brasil. **Rev. Saúde Pública [online]**, 2012, vol.46, n.1, pp.154-159. Epub 06-Jan-2012. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102012005000005>. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102012000100019&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102012000100019&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 24 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm)>. Acesso em:

26 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.677**, de 02 de julho de 1998. Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9677.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9677.htm)>. Acesso em: 24 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.695**, de 20 de agosto de 1.998. Acrescenta incisos ao art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, e altera os arts. 2º, 5º e 10 da Lei no 6.437, de 20 de agosto de 1977, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9695.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9695.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.072**, de 25 de julho de 1.990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal n. 9.782**, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.903**, de 24 de janeiro de 2009. Dispõe sobre o rastreamento da produção e do consumo de medicamentos por meio de tecnologia de captura, armazenamento e transmissão eletrônica de dados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11903.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11903.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Arguição de inconstitucionalidade no Habeas Corpus 239363 PR 2012/0076490-1**, Corte Especial, Relator Sebastião Reis Júnior, 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180398766/arguicao-de-inconstitucionalidade-no-habeas-corpus-ai-no-hc-239363-pr-2012-0076490-1>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.410**, de 28 de dezembro de 2016. Altera a Lei no 11.903, de 14 de janeiro de 2009, para dispor sobre o Sistema Nacional de Controle de Medicamentos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13410.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

BERNARDES, Helton Fonseca. **Estratégias punitivas e legitimação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Obras Completas: Control Social y Otros Estudios**. Lima: ARA Editores, 2005, t. II.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 4207/98**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D5C5FE38D58B375D6AE95AA757EAF92E.proposicoesWebExterno2?codteor=1128727&filena me=Dossie+-PL+4207/1998](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D5C5FE38D58B375D6AE95AA757EAF92E.proposicoesWebExterno2?codteor=1128727&filena me=Dossie+-PL+4207/1998)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: Parte Especial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DOTTI, René Ariel. Proposta para uma nova consolidação das leis penais. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, abr./maio 2000.

FELDENS, Luciano. **A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de hoy**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

\_\_\_\_\_; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y a la Política Criminal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

HURTADO, Renato Lopes; LASMAR, Marcelo Carvalho. Medicamentos falsificados e contrabandeados no Brasil: panorama geral e perspectivas de combate ao seu consumo. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 4, p. 891-895, abr. 2014.

IVAMA, Adriana Mitsue; NORONHA, Ana Beatriz; HOFMEISTER, Maria da Graça Santanna. **Prevenção e combate à falsificação e fraude de medicamentos: uma responsabilidade compartilhada**. Brasília: Anvisa, 2005. Disponível em: <[http://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_docman&view=download&category\\_s\\_lug=vigilancia-sanitaria-959&alias=802-prevencao-e-combate-a-falsificacao-e-fraude-medicamentos-uma-responsabilidade-compartilhada-2&Itemid=965](http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_docman&view=download&category_s_lug=vigilancia-sanitaria-959&alias=802-prevencao-e-combate-a-falsificacao-e-fraude-medicamentos-uma-responsabilidade-compartilhada-2&Itemid=965)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

MAGALHÃES DRUMMOND, J. de. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1944, v. IX.

MAIA, Samantha. Mercado negro de medicamentos. **CartaCapital**, out. 2014. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/821/o-mercado-negro-de-medicamentos-1645.html>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Judicialização da Saúde: Regime jurídico do SUS e Intervenção na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: Parte general**. 7. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, v. 2.

MEZGER, Edmundo. **Derecho Penal: Parte Especial**. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2004, t. 2.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Departamento de Medicamentos Essenciais e Outros Medicamentos. Medicamentos falsificados: diretrizes para desenvolvimento de medidas de combate a medicamentos falsificados. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2005.

PASTORE, Karina; CARDOSO, Rodrigo. Os filhos da farinha. Senado Federal. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/183656/000540033.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

PONTE, Antônio Carlos. Crimes eleitorais. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Inimputabilidade e Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. Redes interfederativas de serviços de saúde e controle do Ministério Público: O papel dos Estados no SUS. Revista de Direito Brasileiro, v. 18, n. 7, 2017.

REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. RT/Fasc. Pen., São Paulo, a. 88, v. 763, maio 1999.

REZECK, Priscila. Se você nasceu na década de 90 pode ser um filho da pílula de farinha. Diário de Biologia. Disponível em: <<http://diariodebiologia.com/2015/07/se-voce-nasceu-na-decada-de-90-pode-ser-um-filho-da-pilula-de-farinha/>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

RODRIGUES, Alan. O Brasil na rota dos remédios falsificados. Istoé, out. 2015. Disponível em: <[https://istoe.com.br/437819\\_O+BRASIL+NA+ROTA+DOS+REMEDIOS+FALSIFICADOS/](https://istoe.com.br/437819_O+BRASIL+NA+ROTA+DOS+REMEDIOS+FALSIFICADOS/)>. Acesso em: 22 nov. 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. Obras. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, t. 1.

SEADI, Jorge Abdala. Crimes Hediondos e a Falsificação de Medicamentos. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Novo Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Legitimidade da Intervenção Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

**(Artigo de convidado)**



# A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL FUNCIONALISTA

## *THE COLLABORATION AGREEMENTS AS A FUNCTIONALIST CRIMINAL POLICY TOOL*

---

### **Renee do Ó Souza**

Promotor de Justiça do MPMT

Mestre em Direito pela Uniceub

Professor na Pós-Graduação em Compliance e Direito Anticorrupção no CERS e Fundação Escola do MPMT

### **Antonio Sergio Cordeiro Piedade**

Promotor de Justiça do MPMT

Doutor e Mestre em Direito Penal pela PUC-SP

Professor do Programa de Mestrado em Direito da UFMT



## RESUMO

O presente artigo analisa a colaboração premiada, a qual hodiernamente desafia uma análise contextualizada, com o escopo de verificar sua inserção no Direito Penal como instrumento de polícia criminal atual, inclusive numa perspectiva internacional. Essa abordagem permite verificar que a tendência de supostas mitigações a direitos provocadas por referido instituto encontra-se inserida no chamado funcionalismo penal. Ao lado dessa análise, procura-se identificar sua relação com os delitos em que normalmente opera, bem como sua eficácia como estratégias para repressão, prevenção e tratamento das consequências da criminalidade.

**Palavras-chave:** Colaboração premiada. Política criminal. Funcionalismo Penal. Direito Penal. Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

The present issue analyzes the collaboration agreements, which nowadays asks for a contextualized analysis aiming to verify its insertion in Criminal Law as a current criminal policy tool, including an international perspective. This approach allows to verify that the supposed rights' mitigation trend provoked by this legal institute is inside the Criminal Functionalism Theory. Next to this analysis, it looks to identify the link between the plea bargaining application and the crimes in which is normally applied, as well as its efficiency as a strategy for repression, prevention and criminality consequences handling.

**Keywords:** Collaboration agreements. Criminal Policy. Criminal Functionalism. Criminal Law. Fundamental Rights.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 1.1 A colaboração premiada no contexto atual do Direito Penal como fruto do funcionalismo penal. 1.2 A tendência internacional dos acordos penais. 1.3. A mitigação das garantias e dos direitos fundamentais do colaborador. 2. A resistência cultural na aceitação da colaboração e o suposto dilema ético do traidor. 2.1 A representação social sobre colaboração premiada. 3. O potencial da colaboração premiada para consolidar uma política criminal diferente no Brasil. 3.1 Colaboração premiada como instrumento criminalizante - O combate à cifra negra. 3.2 Colaboração premiada e o tempo do processo. 4. Conclusão. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Inegável o protagonismo assumido pela colaboração premiada nos últimos anos no combate à criminalidade no Brasil. Manifestação do chamado direito premial, a colaboração premiada é entendida, grosso modo, como um negócio jurídico extra-processual que se caracteriza como uma técnica especial de investigação por meio da qual o agente criminoso confessa a autoria do delito e fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal<sup>1</sup>.

Para além de uma definição acadêmica, a colaboração premiada desafia uma análise contextualizada a fim de verificar sua inserção no direito penal como instrumento de política criminal atual, inclusive numa perspectiva internacional. Essa abordagem permite verificar que a tendência de supostas mitigações a direitos provocadas pela colaboração premiada encontra-se inserida no chamado funcionalismo penal.

Além disso, faz-se necessário identificar por que a colaboração premiada, embora prevista desde 1990, contou com resistência significativa, o que levou à proliferação de seu uso somente recentemente. O que mudou exatamente? Como foi capaz de angariar credibilidade e simpatia, seja dos atores do sistema de justiça, seja junto à opinião pública? A teoria das representações sociais credencia-se para uma resposta adequada para essas indagações, especialmente porque o panorama exclusivamente jurídico não parece fornecer uma resposta a elas.

Ao lado dessa análise, sempre perquirindo sobre o papel da colaboração premiada como instrumento de política criminal, procura-se identificar sua relação com os delitos em que normalmente opera, bem como sua eficácia como estratégias para repressão, prevenção e tratamento das consequências da criminalidade, identificando-se como um instrumento de política criminal contemporânea.

### 1.1 A colaboração premiada no contexto atual do Direito Penal como fruto do funcionalismo penal

#### 1.1.1 *O funcionalismo penal e as respostas às novas formas de criminalidade*

O Direito Penal sempre foi considerado manifestação máxima de poder das instâncias de controle social, seja porque implica no emprego legitimado de artefatos violentos do Estado, seja porque restringe o direito à liberdade do indivíduo. Após

---

1 Porque refoge do âmbito deste trabalho, não será tomada a suposta distinção entre delação e colaboração premiada, sendo que as expressões serão aqui usadas como sinônimas. De qualquer forma, em passant, confira a lição a seguir que procura distinguir os institutos: “A delação premiada prevista na Lei nº 9.613/98 difere-se da atualmente tão propalada colaboração premiada. Encaradas por muitos como sinônimos, a delação premiada, como o próprio texto legal estatui, decorre de ato unilateral, praticado pelo agente criminoso que, de forma espontânea, decide auxiliar os trabalhos investigativos. Em tal caso, não lhe é ofertada nenhuma vantagem processual ou relacionada à própria aplicação da pena. O agente o faz como forma exclusiva de auxílio às atividades investigativas, cabendo ao juiz, como mera faculdade legal, a aplicação de benefícios ao réu delator” (CARDOSO, 2018, p. 1.375).

as mudanças provocadas pela liquidez do mundo moderno, em que as certezas do positivismo e de outras ciências ruíram em face dos novos desafios, o homem “desbussolado” (FORBES, 2004) passou a desenvolver novos conhecimentos capazes de dar solidez às suas pretensões sociais.

Nesta quadra, também o Direito Penal deixou de ser capaz de responder adequadamente à nova criminalidade, caracterizada por uma sofisticada organização estrutural que desafiava os postulados clássicos do direito penal ligados à culpabilidade, responsabilidade individual, teoria do crime, concurso de pessoas, etc. Crimes ambientais e econômicos praticados em meio a uma estrutura empresarial, as novas formas de deslocamentos de produtos financeiros dos crimes sem limites geopolíticos, ou mesmo as facilidades de praticar delitos por meio da rede mundial de computadores produziram a revisitação de vários institutos.

A procura por essas respostas ecoou no desenvolvimento do funcionalismo penal, caracterizado por um sistema que procura orientar o direito penal aos seus fins, de maneira a proporcionar seu funcionamento adequado e propiciar sua aplicação segura, previsível e justa<sup>2</sup>. É certo que, como bem adverte Luis Greco, não existe apenas um funcionalismo, mas diversos. Mesmo assim, citando Roxin, ensina o professor que o traço em comum dos defensores deste movimento é que a construção do sistema jurídico-penal não deve vincular-se a dados ontológicos, mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal (GRECO, 2000, p. 6-7).

Há, todavia, de maneira mais saliente, o desenvolvimento de duas concepções de funcionalismo: funcionalismo moderado ou racional-teleológico de Claus Roxin e o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs. Divergem, basicamente, quanto à função do Direito Penal. Para Roxin, o Direito Penal busca a proteção dos bens jurídicos. Para Jakobs, a missão do direito penal é, principalmente, a garantia da vigência e eficácia da norma.

A diferença é significativa na medida em que a primeira escola tem, na teoria do bem jurídico, o limite para os vários institutos do Direito Penal, enquanto que a segunda, tem a norma penal como ponto de partida para justificar o funcionamento de vários institutos do Direito Penal.

O funcionalismo sistêmico decorre da premissa de que a pena reafirma a consciência coletiva de que o sistema legal é capaz de compor os conflitos sociais e de que para tanto, é necessária a adoção de instrumentos que viabilizem a responsabilização dos agentes que antes ficavam à margem das garras do Direito Penal. A necessidade de restaurar a expectativa organizacional e institucional violada pelo crime legitima a construção desse aparato processual, ainda que mediante algumas mitigações de garantias penais.

As críticas ao funcionalismo de Jakobs centram-se na obsessão por um sistema eficiente, que se preocupa sobremaneira com os fins, o que pode levar ao uso meramente instrumental de meios ilegítimos de instrumentos penais. Todavia, é inegável que é essa a concepção que atenta à solução para inúmeros problemas da

---

<sup>2</sup> Embora haja novas perspectivas para a teoria do delito, como a Teoria da Ação Significativa, o funcionalismo ainda é acolhido majoritariamente pela doutrina penal atual. De qualquer forma, mesmo naquela escola, a legitimidade do Direito Penal mantém uma relação interna com a Política Criminal.

realidade atual do Direito Penal (GRECO, 2000, p. 11).

Vislumbra-se, deste modo, a Colaboração Premiada como um desses instrumentos, notadamente porque nos crimes consensuais, entendidos como aqueles em que existe um forte pacto de silêncio entre seus participantes, as informações sobre o crime só podem partir de um dos agentes.

A adoção da Colaboração Premiada, se por um lado representa a quebra de vários paradigmas, como a intolerância do Estado em pactuar com o criminoso e a flexibilização de algumas garantias penais, por outro, em nome da eficiência, é capaz de alcançar parcela significativa de crimes antes ignorados pelo sistema vigente, prestando-se à reestabilização das expectativas violadas.

Também por vislumbrar neste instituto traços de uma política criminal consciente das limitações do Direito Penal e principalmente, de seu papel contemporâneo, vislumbra-se o instituto como manifestação do funcionalismo penal. Esse tipo de movimento, de necessidade de otimização da justiça, de valorização da dogmática penal integrada por proposições de uma política criminal voltada às consequências, proliferou no mundo os chamados acordos penais, os quais representam, de certa forma, o embrião da Colaboração Premiada.

## 1.2 A tendência internacional dos acordos penais

A internacionalização ou transnacionalidade do crime frutificou na identificação de maneiras diferentes com que o aparato legal enfrentava o delito nos diferentes lugares do mundo. Esta troca de experiências tem, na proliferação dos acordos penais, um pragmático instrumento da ciência penal internacional moderna.

Os acordos penais podem ser compreendidos, de um modo geral, como os ajustes obrigacionais celebrados entre o órgão de acusação e a defesa do acusado por meio de aceitação de uma imediata pena reduzida ou bastante minorada em troca de informações úteis ou da renúncia ao processo criminal. Nesse sentido,

Sobretudo em países do Common Law, o uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos penais demonstrou que este instituto é útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes. Schünemann, embora crítico do instituto, demonstra que não há como ignorar que o plea bargaining expandiu-se para a quase totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja na Europa, seja na América Latina, principalmente em razão da necessidade de abreviamento das respostas necessárias à escalada da criminalidade moderna [SCHÜNEMANN, 2013, p. 240]. A adoção de institutos semelhantes na Itália, Alemanha, Chile e Argentina reafirmam essa tendência mundial. No Brasil, o instituto da transação penal da lei 9.099/1995 é considerado a semente da justiça [consensual] [...], principalmente porque nela [...] a pretensão punitiva é inteiramente disposta pelo Ministério Público em troca do cumprimento de obrigações pelo autor dos fatos, notadamente pecuniárias. (SOUZA; CUNHA, 2017).

Recentemente o ordenamento jurídico brasileiro contemplou outra modalidade de acordo, chamado de acordo de não persecução penal, regulamentado pela

resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Seus requisitos estão previstos no artigo 18 daquela norma, que dispõe<sup>3</sup>:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do

<sup>3</sup> Redação de acordo com a Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018 que alterou a redação original de todo o art. 18 ora transcrito.

investigado;

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

§ 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017a).

### Atenta à guinada que o Direito Penal brasileiro experimentava,

no pronunciamento final do procedimento do qual resultou a Resolução [citada] consta como fundamento para sua edição, além da contextualização mundial acima mencionada, o princípio da eficiência e a opção da Constituição de 1988 pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – o que cria as bases para uma mudança profunda [na persecução penal] no Brasil e possibilita a criação, por meio de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, do acordo de não-persecução penal [CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017b, p. 31-32]. E conclui a comissão redatora do pronunciamento:

‘Diante dessas razões é que esta Comissão entende que, com o acolhimento das propostas aqui delineadas, haveria um grande avanço na qualidade do nosso Sistema de Justiça, já que haveria:

a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judiciais, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais’.

Vislumbra-se nessa alvissareira iniciativa [mais uma] manifestação do funcionalismo penal na medida em que a Resolução editada navega naquilo que se denomina de espaço de conformação dado pelo legislador às diretrizes

possíveis da política criminal<sup>4</sup>. A definição de requisitos para a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, por meio de uma norma infralegal, [...] [se insere na] legítima e salutar penetração das decisões valorativas político-criminais no sistema do Direito Penal a que se refere Claus Roxin [ROXIN, 2002, p. 49].

Ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, é franqueado inegável protagonismo de agente definidor de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial<sup>5</sup>, sendo que o recorte efetuado pela resolução [para a incidência] do acordo de não persecução é absolutamente legítimo, sobretudo se considerarmos [...] [a pequena parcela] de infrações que serão por ele alcançadas<sup>6</sup>. (SOUZA; CUNHA, 2017).

Conforme afirma Busato:

[...] as eleições de diretrizes político-criminais referentes à atuação do Ministério Público têm, necessariamente, grande influência nos rumos que seguirá o Direito penal brasileiro, tanto no estudo da dogmática, da Política Criminal, como no desenvolvimento de uma necessária linguagem própria que corresponda aos objetivos visados pelo Estado com a aplicação das consequências jurídicas do delito. Não tenho qualquer dúvida de que cada Promotor de Justiça, em sua atuação político-criminal cotidiana, ao decidir a respeito dos rumos interpretativos de cada impulso da Justiça Criminal, traz a lume os pontos que vão ser objeto de discussão técnico-jurídico. [...] Assim, é muito importante que o Ministério Público esteja consciente do papel determinante que exerce na evolução do desenvolvimento dogmático do Direito Penal brasileiro, dado que suas opções político-criminais representam um papel de verdadeiro 'filtro' das questões que doravante tendem a ser postas em dis-

4 “A política criminal, segundo Figueiredo Dias, tem a função de “servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a minha afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra-angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização [DIAS, 1999, p. 42]” (SOUZA; CUNHA, 2017).

5 Nesta fase, deve o Parquet: “explicitar a responsabilidade do Ministério Público em matéria de execução da política pública e ‘revelar’ o princípio da oportunidade, definindo critérios sobre as prioridades a seguir na investigação criminal”. (PEREIRA, 2004, p. 131). Por isso verifica-se na resolução a uniformização capaz de combater eventuais críticas de atuação voluntarista e ativista do membro do Ministério Público, porquanto proporciona uma uniformização institucional para uma gama definida de crimes.

6 “Semelhante recorte é efetuado, anualmente, pela edição dos chamados indultos natalinos, que se materializam por meio de decreto do Presidente da República e implicam na extinção da punibilidade de vários condenados mediante pressupostos discricionariamente estabelecidos, abarcando, atualmente, quase todo tipo de infração penal (salvo os delitos hediondos e equiparados). A liberdade de conformação do indulto sempre foi considerada manifestação de uma política criminal entregue ao Presidente da República. Pretende-se demonstrar com este exemplo, que uma proposta de política criminal pode ser exercida por um dos seus principais atores – o Ministério Público – notadamente quando voltada, como no caso em análise, à valoração consequencialista garantista dos crimes contemplados pela proposta. Outros exemplos de políticas criminais oferecidas por outros importantes atores merecem ser lembrados: I) o protagonismo do CNJ, que regulamentou, por meio da Resolução n.º 213, as audiências de custódia; II) a importante atuação do STF ao definir os parâmetros para se autorizar a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância (ADCs 43 e 44), ou a que definiu os pressupostos para a aplicação do princípio da insignificância (HC nº 84.412-0/SP); III) os chamados procedimentos da Verificação Preliminar de Informação (VPI), utilizados pela polícia judiciária, destinados à verificação da procedência das informações para posterior instauração de inquérito policial, formalmente normatizada, por exemplo, o Departamento da Polícia Federal pela Instrução Normativa nº 01/1992; IV) baseado na celeridade e eficiência, a Polícia Civil do Estado de São Paulo, por meio de portaria, implantou o Núcleo Especial Criminal – NECRIM, ambiente policial de conciliação para infrações de menor potencial ofensivo.” (SOUZA; CUNHA, 2017).

cussão. (BUSATO, 2011, p. 69-70).

Mas a barganha sinalagmática entre o poder de punir e prestação recíproca do acusado, ainda que em menor escala comparativamente à transação penal e ao acordo de não persecução, também é traço característico da delação premiada, inicialmente concebida na legislação brasileira no art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/1990, que prevê a redução da pena de um a dois terços para o participante de quadrilha ou bando que, por meio de sua denúncia, possibilitasse seu desmantelamento.

De lá para cá, o instituto foi repetido em leis esparsas, sendo de destacar a Lei n.º 12.850/2013 por ter regulamentado a colaboração premiada em meio ao contexto da criminalidade organizada. Como nunca antes, esse diploma legal elencou requisitos importantes para a celebração da Colaboração Premiada, além de prever hipótese de imunidade processual que implica em negociação da sanção penal, razão pela qual afigura-se como principal diploma legal brasileiro adepto da justiça negociada, o que fez com que Eugênio Pacelli a classificasse como uma modalidade do plea bargaining (PACELLI DE OLIVEIRA, 2017, p. 384), muito embora sejam, na essência, institutos distintos entre si.

Em razão disso, infere-se que a Colaboração Premiada é fruto da tendência mundial acima mencionada de proliferação dos acordos penais<sup>7</sup>.

### **1.3. A mitigação das garantias e dos direitos fundamentais do colaborador**

#### ***1.3.1. A validade e os limites de renúncia, pelo colaborador, dos direitos constitucionais ao silêncio, de recorrer, à presunção de inocência, ao sigilo profissional, etc.***

A Colaboração Premiada caracteriza-se pelo ajuste sinalagmático entre informações prestadas pelo agente e os benefícios prestados pelo ente estatal, o que mitiga, em certa medida, alguns direitos fundamentais do cidadão.

Assim é que o § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013 prevê que “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

O propósito da norma é assegurar maior credibilidade às declarações do colaborador, assegurar sua participação ativa no caso, bem como inibir versões fantasiosas ou mentirosas, já que, caso se retrate, seja alterando a versão inicial, seja permanecendo em silêncio, poderá ter o acordo rescindido. O dispositivo mitiga, essencialmente, o direito de permanecer em silêncio descrito no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

Contudo, ao contrário de uma conclusão apressada, o dispositivo em análise

---

<sup>7</sup> O acordo de não-persecução tem em comum com a colaboração premiada a mitigação ao princípio da obrigatoriedade, fruto de uma convenção entre Estado e acusado, como bem observou Francisco Dirceu de Barroso e Jeferson Ramaniuc: “Importante destacar que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal não é novidade em nosso ordenamento jurídico, haja vista a existência de institutos como a transação penal, suspensão condicional do processo e não oferecimento de denúncia em razão de acordo de colaboração premiada” (BARROS; ROMANIUC, 2017, p. 79).

não anula a garantia constitucional citada uma vez que o colaborador não é compelido a dizer a verdade ou de não permanecer em silêncio. A escolha pela intervenção ativa, isto é, de prestar declarações fidedignas sobre os fatos, desde que livre e consciente, não viola a garantia constitucional.

Embora mitigue a garantia constitucional ao silêncio, a exigência se justifica na equivalência e na correspondência aos prêmios penais negociados no acordo, de modo que não há que se falar em prejuízo à sua defesa e ao seu status libertatis, os quais, em última análise, são elastecidos pelo acordo<sup>8</sup>.

O dispositivo encontra amparo jurídico na doutrina que admite que os direitos fundamentais, embora inalienáveis, sejam restringidos em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional, como ocorre em hipóteses de contratos privados envolvendo direitos da personalidade. Nestes casos, de forma indutiva, extrai-se que o não exercício do direito ao silêncio referido no dispositivo do § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013 é constitucional desde que não seja permanente e nem geral, atributos cuja fiscalização fica sob a responsabilidade do Ministério Público, do defensor e do próprio acusado.

Fixada essa premissa geral, verifica-se a possibilidade de outros direitos fundamentais penais, como direito ao duplo grau<sup>9</sup>, presunção de inocência, sigilo profissional, etc, serem “renunciados” pelo colaborador, desde que, a renúncia não seja permanente e nem geral e desde que seja voluntária e represente proporcional aumento do direito à liberdade do colaborador<sup>10</sup>.

A liberdade de apreciação sinalagmática quanto ao exercício dos direitos fundamentais é dada ao seu titular com relativa liberdade, em respeito à autonomia da pessoa. A autonomia do indivíduo é, sabidamente, um dos pilares da dignidade da pessoa humana e pressupõe, nas lições de Luís Roberto Barroso, “a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas” (BARROSO, 2015, p. 286).

A renúncia a um direito fundamental deve ocorrer em respeito à própria von-

---

8 Determinada parcela da doutrina já leciona que algumas categorias de crimes, dada sua gravidade, já implicam na mitigação destes direitos e garantias fundamentais, independentemente da análise proposta neste trabalho. Neste sentido Antônio Carlos da Ponte: “Atualmente, o combate a determinadas praticas criminosas, como o narcotráfico; a criminalidade organizada; a lavagem de dinheiro; os crimes que atentam contra bens difusos e coletivos; os crimes eleitorais, dentre outros, exige uma nova leitura do Direito Penal que permite, por vezes, a flexibilização de algumas garantias constitucionais em busca de um valor maior, representado pela Justiça Social. Caso todos os direitos e garantias individuais previstos em nosso texto constitucional fossem considerados de forma absoluta, certamente não existiriam meios eficazes de combate às formas de criminalidade indicadas. Medidas excepcionais e, por vezes, necessárias, como a quebra de sigilo fiscal, telefônico e telemático seriam consideradas práticas ilegais; o mesmo acontecendo com a infiltração de agentes em organizações criminosas; a delação premiada que resultasse em perdão judicial, etc” (PONTE, 2008, p. 164).

9 Na Alemanha, por exemplo, a maioria doa acordos tem a renúncia ao recurso do réu (GOMES DE VASCONCELLOS; MOELLER, 2016).

10 Anota-se que o art. 457, §, 2º, do CPP admite que o acusado reste dispensado de comparecer para a sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri, desde que o pedido seja subscrito por ele e seu defensor. O direito de se fazer presente e ser ouvido perante seu julgador é considerado expressão do direito fundamental ao contraditório. Mas nem por isso o dispositivo citado foi inquinado de ilegal ou inconstitucional, mesmo não oferecendo ao acusado qualquer tipo de vantagem penal.

tade de seu titular, como ensinam Dimoulis e Martins, em respeito à sua autonomia individual, por mais que uma omissão motive a discordância ou a reprovação moral dos demais. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 140).

Nessa perspectiva, o papel da defesa do colaborador não é diminuído, mas configurado de forma diferente, uma vez que a ela caberá analisar a conveniência no acordo e as correspondências entre eventuais direitos fundamentais mitigados e os prêmios negociados. Proibir o acusado de abrir mão, livre e conscientemente, desses direitos, em troca de benefício, seria o mesmo que proibi-lo de cooperar com a justiça ou mesmo de se compungir do crime praticado<sup>11</sup>. Em última análise, caberá a defesa escolher entre a preservação de todos os direitos fundamentais do colaborador, naquilo que podemos nominar como uma defesa convencional, ou escolher entre avaliar a pertinência da mitigação de alguns direitos fundamentais em troca de prêmios penais que podem aumentar a liberdade e o bem-estar do colaborador.

A ampla defesa, outra garantia constitucional, resta prestigiada pelo instituto da colaboração premiada. Na verdade, ousamos afirmar que frente à liberdade de escolha franqueada à defesa, seu exercício reclama maturidade superior àquela exercida no sistema processual tradicional. Há uma emancipação, verdadeiro rompimento com um certo paternalismo estatal que, desconfiado da ineficiência do grau de autonomia do indivíduo, impede que o cidadão realize, livremente, escolhas conscientes que podem favorecer ambos, cidadão e estado.

Nesta perspectiva, também não vislumbramos violação ao princípio da paridade de armas, que se encontra prestigiado na liberdade de apreciação e conveniência em celebrar o acordo e na análise do custo-benefício entre a redução das penas trocadas pela mitigação destes direitos. Por isso a lei 12.850/2013 é textual em exigir a presença do defensor na negociação do acordo (art. 4º, § 15). Como lembra Vladimir Aras, a Corte Europeia já registrou que o acusado deve poder escolher seu advogado e tem o direito de ser aconselhado por ele durante todas as etapas da investigação, da negociação, da homologação e execução (ARAS, 2018, p. 313).

Mais à frente, voltaremos à questão sobre as representações sociais que permeiam alguns noticiários de que a Colaboração Premiada é fruto de uma imposição afluiva do estado sobre o colaborador. Este tipo de afirmação, para além de violar a autonomia individual, em nome do prestígio à sua ampla defesa, impede que o colaborador alcance benefícios estatais, mesmo querendo e podendo, o que nos afigura paradoxal na medida em que implica na aplicação de pena maior que aquela resultante da celebração do acordo.

### **1.3.2 A confissão do delator e o teorema de Bayes**

Diferentemente do que o ocorre com a confissão pura e simples, na Lei 12.850/2013, a confissão do colaborador tem maior credibilidade, principalmente face à sua análise à luz da chamada teoria de Bayes. Diferentemente da confissão pura e simples, as regras que cercam a confissão do colaborador premiado imprimem a

---

11 O delator, no fundo, à luz da Constituição, é um colaborador da Justiça (Min. Carlos Ayres de Britto, STF, 1.ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008).

ela a necessidade de que suas declarações sejam verdadeiras. Duas as principais razões para isso: se depois for desvendado que ele mentia, ou caso ele se retrate, além de ter o acordo rescindido, pode responder por infração penal prevista no art. 19 da Lei 12.850/2013.

A primeira consequência está prevista no § 14 do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas, que inclusive qualifica sua oitiva como depoimento e lhe confere o compromisso de dizer a verdade, atributo dados às testemunhas no processo penal (CPP, art. 204). A obrigação de dizer a verdade, somado a renúncia ao direito ao silêncio implicam, conseqüentemente, na impossibilidade de mentir de modo que, caso o agente colaborador impute falsamente a outrem a coautoria de crimes, praticará a infração penal especial prevista no art. 19. Trata-se de tipo penal muito próximo do perjúrio, previsto em alguns sistemas estrangeiros.

Com estas disposições, a confissão do colaborador possui uma maior credibilidade inicial do que a confissão pura e simples convencional pelo que a versão nela contida conta com presunção de veracidade, afinal, as graves conseqüências cabíveis ao colaborador que mente são suficientes para estimular que apenas digam a verdade. O nível de crença na versão inicial trazida pelo colaborador é elevado, embora, como menciona a lei, insuficiente para justificar, por si só, condenações penais (art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013), o que institui a regra de ouro conhecida como “regra da corroboração” que implica na necessidade de o colaborador trazer elementos de prova aptos a confirmar o que declarou (TROTT, 2007, p. 80).

Mas a colaboração também serve para a busca de outras provas e para as investigações de outros fatos, e na medida em que essas investigações comprovam a veracidade das informações inicialmente prestadas, consolida-se no processo a veracidade da confissão do colaborador. Essas novas evidências, fruto da colaboração anterior, são capazes de elevar a um nível adicional a crença na confissão original, agora duplamente validada face à incidência do chamado teorema de Bayes, teoria que serve para análise da evidência baseada no aumento da probabilidade de sua veracidade.

Robert Matthews ensina que o aumento de uma hipótese é tanto maior quanto corresponder à obtenção de novas evidências que confirmam a hipótese inicial. O teorema de Bayes mostra como as chances de uma crença num argumento inicial aumentam devido à incidência de uma nova evidência (MATTHEWS, 2017, p. 151). Sintetiza Dallagnol que o Bayesianismo estuda a prova pelo prisma da indução, utilizando-se das probabilidades, de modo que uma evidência confirma ou desconfirma uma hipótese probatória. O quanto uma dada prova reforça a probabilidade de uma hipótese segue cálculos matemáticos de probabilidades condicionais de modo que a análise sucessiva das provas gera uma atualização da hipótese final (DALLAGNOL, 2015, p. 108-109).

Dada a metodologia para aferição da credibilidade que ela produz na valoração da prova, a teoria vem sendo empregada largamente nos Estados Unidos para rever condenações judiciais por meras evidências que não passam pela análise Bayesiana. Estima-se que o “Innocence Project”, criado em 1992 na Escola de Direito Cardozo, de Nova York, para reexaminar aparentes erros da Justiça, já tenha

inocentado cerca de trezentas pessoas de crimes sérios pelos quais foram indevidamente condenadas mediante, unicamente, confissões falsas (MATTHEWS, 2017, p. 170).

A confiança em um depoimento, segundo o critério Bayes, deve ser obtida quando a chance de obtenção de uma confissão do culpado é maior que a chance de obtenção uma confissão de um inocente, o que demanda análise, além do tipo de crime envolvido no caso, da racionalidade decisória e das sucessivas evidências colhidas no caso. Assim, por exemplo, membros da máfia italiana ou de organizações terroristas são menos propensos a confessar e delatar ex-comparsas diante das regras do omertá, de modo que essas confissões, para receberem maior credibilidade, reclamam um ônus argumentativo e um reforço de evidências maior do que, por exemplo, confissões de agentes acusados de crimes empresariais e de corrupção, já que permeados por agentes que costumam pautar suas ações pela análise racional predominantemente financeira dos resultados.

O teorema de Bayes pode ser uma ferramenta metodológica útil para descartar-se confissões e colaborações premiadas fantasiosas, motivadas exclusivamente pela obtenção dos prêmios previstos na lei, pelo que o seu estudo, tal qual já vem ocorrendo em outros países, merece mais atenção em nosso país.

### **1.3.3 Consequências do descumprimento das cláusulas (rescisão da colaboração)**

Tendo em vista que a Colaboração Premiada é instituto do funcionalismo penal e que, em razão disso, admite a mitigação de algumas garantias fundamentais, resta analisar as consequências decorrentes do descumprimento das cláusulas do acordo. Como dito antes, a colaboração premiada tem natureza de negócio jurídico condicionado a determinados resultados<sup>12</sup> de modo que o descumprimento das obrigações nele contidas, pelo colaborador, implica na sua rescisão.

A rescisão implica no rompimento das obrigações que vinculavam o Estado à prestação dos prêmios oferecidos ao colaborador, razão pela qual não há falar-se em violação a lealdade processual. Operada a rescisão, não há impedimento para que as informações trazidas à lume pelo colaborador sejam utilizadas para a persecução penal, situação que, para além de uma sanção obrigacional, também resulta na mitigação dos direitos fundamentais do colaborador uma vez que as provas colhidas em decorrência da Colaboração Premiada são lícitas e podem ser utilizadas contra o colaborador.

Essa é a conclusão que se extrai da leitura do artigo 4º, § 10, da Lei 12.850/2013 que dispõe “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”. Embora o dispositivo refira-se essencialmente aos

---

12 São eles: 1) Identificar os demais coautores e partícipes da organização criminosa e as infrações penais por eles praticadas; 2) Revelar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa; 3) Prevenir as infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; 4) Recuperar total ou parcialmente o produto ou o proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; 5) Localizar o paradeiro da vítima com a sua integridade física preservada.

casos de retratação da proposta de acordos, serve para, indiretamente, reger os casos de descumprimento do acordo celebrado.

Esse dispositivo, ante a utilização do advérbio “exclusivamente” não impede que as provas produzidas pelo colaborador possam ser utilizadas para sua condenação. As provas produzidas, isto é, trazidas ao conhecimento das autoridades públicas pelo colaborador, podem ser utilizadas em seu desfavor desde que não sejam as únicas no acervo probatório e que indiquem sua responsabilidade penal. Caso a autoridade julgadora detenha outras provas, diferentes daquelas produzidas pelo colaborador, poderá utilizar todas elas contra o colaborador.

Trata-se de sistemática semelhante à prevista no artigo 155 do Código de Processo Penal, o qual prevê que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Neste dispositivo, já se consolidou o entendimento de que as provas colhidas na fase inquisitorial podem servir para a formação da convicção do julgador, desde que não sejam exclusivas, isto é, desde que confirmadas por outras provas produzidas em meio ao contraditório.

Por isso vislumbra-se nessa disposição uma mitigação a um direito fundamental, qual seja, o direito à não autoincriminação, contido no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal do Brasil. Afinal, as provas produzidas pelo colaborador podem ser contra ele utilizadas. O descumprimento da colaboração premiada pelo colaborador resultará na rescisão das obrigações assumidas pelo Estado de modo que não serão mais cabíveis a redução das penas ou mesmo a imunidade penal, prêmios antes consertados entre as partes<sup>13</sup>.

Uma vez mais, vislumbra-se no funcionalismo penal a teoria adequada capaz de acomodar a mitigação dos direitos fundamentais do colaborador cujo acordo foi rescindido, visto tratar-se de teoria que justifica a utilização deste tipo de prática em nome do funcionamento adequado do direito penal, seja por razões de política criminal (funcionalismo teleológico), seja por razões de reafirmação e garantia da vigência da norma (funcionalismo sistêmico).

E se o descumprimento do acordo for feito pelo Estado? Embora de difícil ocorrência, visto que a fruição das prestações prometidas pelo Estado é regida pela oficialidade e imediatidade, caso o Ministério Público despreze o acordo, pode o colaborador postular na ação penal os benefícios negociados.

## **2 A RESISTÊNCIA CULTURAL NA ACEITAÇÃO DA COLABORAÇÃO E O SUPPOSTO DILEMA ÉTICO DO TRAIADOR**

### **2.1 A representação social sobre colaboração premiada**

13 Embora possa parecer uma consequência muito drástica, trata-se de disposição que deve inibir versões fantasiosas e falsas colaborações premiadas. Sob essa perspectiva, Thiago Bottino observa que os custos da dissuasão do crime, pela positivação da delação premiada, não podem se tornar maiores do que os custos do próprio crime, pois isso geraria incentivos aos criminosos, o que se tornaria prejudicial e contraprodutivo ao sistema-jurídico penal, já que o colaborador poderia optar por declarações falsas para tentar conseguir benefícios penais se ele racionalmente perceber que as consequências da falsa cooperação são por demasiado diminutas. (BOTTINO, 2016, p. 383-384).

Embora a legislação brasileira cuide da delação premiada já há algum tempo (desde a edição da lei dos crimes hediondos)<sup>14</sup>, somente nos últimos anos é que esse mecanismo de obtenção de provas passou a ser melhor explorado.

O instituto sempre contou com uma resistência cultural e institucional, fruto de uma representação social de que o colaborador é um traidor indigno de confiança, que age movido pelos interesses egoísticos, postura mais reprovável do que o próprio crime que pretende esclarecer com sua colaboração. Não são poucas as afirmações neste sentido, na doutrina penal brasileira. Neste sentido Cezar Roberto Bitencourt, ainda hoje, critica:

Com essa figura esdrúxula o legislador brasileiro possibilita premiar o “traidor”, oferecendo-lhe vantagem legal, manipulando os parâmetros punitivos, alheio aos fundamentos do direito-dever de punir que o Estado assumiu com a coletividade. Não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, “dedure” seu parceiro, com o qual deve ter tido, pelo menos, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Estamos, na verdade, tentando falar da moralidade e justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação? Convém destacar que, para efeito da delação premiada, não se questiona a motivação do delator, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator. Venia concedida, será legítimo o Estado lançar mão de meios antiéticos e imorais, como estimular a deslealdade e traição entre parceiros, apostando em comportamentos dessa natureza para atingir resultados que sua incompetência não lhe permite através de meios mais ortodoxos? Certamente não é nada edificante estimular seus súditos a mentir, trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, seja de que natureza for. No entanto, a despeito de todo esse questionamento ético que atormenta qualquer cidadão de bem, a verdade é que a delação premiada é um instituto adotado em nosso direito positivo” (BITENCOURT, 2012, Item 8 do art. 159).

Mesmo autores clássicos sempre tiveram grande resistência à utilização das delações. Cesare Beccaria, em sua clássica obra, demonstrava aversão aos cúmplices que entregassem seus parceiros em troca de impunidade penal. Concluiu que, admitida esta prática, as leis, que deveriam gerar a confiança pública, acabavam sendo as legitimadoras da traição (BECCARIA, 2004, p. 48).

Este tipo de discurso foi marcante em parte significativa da doutrina<sup>15</sup> e produziu, inegavelmente, um imaginário inicial repulsivo sobre o instituto. Não é exagero identificar nestes discursos uma teia de significados e crenças capazes de compor uma representação social acerca da delação/colaboração premiada e que produziu,

---

14 Não se desconhece que as Ordenações Filipinas tinham instituto semelhante às delações premiadas, pois previa, nos Títulos VI e CXVI do Livro Quinto, não só o perdão, mas também autêntico prêmio ao indivíduo que apontasse o culpado. Foi justamente este incentivo que levou o Coronel Joaquim Silvério dos Reis, mediante a promessa de perdão de sua dívida com a Fazenda Real, a entregar todos os planos dos ex-companheiros inconfidentes, o que culminou com a prisão e execução de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes em 21 de abril de 1792.

15 Segundo Roberto Soares Garcia, a delação de um marginal em desfavor de outro não diminui a eticidade e/ou imoralidade que é característica da deslealdade (GARCIA, 2006).

durante certo período de tempo, uma resistência à sua utilização.

A Teoria da Representação social, segundo Bruno Amaral e Maria Estela Porto, tem um inegável caráter (ou função) pragmático(a) de orientadora de condutas, não apenas individuais mas de grupos e de instituições públicas ou privadas (MACHADO; PORTO, 2015, p. 301).

As práticas institucionais resistentes ao instituto eram fruto da massificação do discurso de que a delação premiada, de algum modo, feria a ética porque o Estado não pode(ria) pautar-se pelo conchavo com o criminoso, principalmente porque este tipo de postura estatal poderia romper com os laços virtuosos que deve manter com todos os cidadãos. Ajustar-se ao criminoso, nesta linha, revela(va) uma contradição no dever de combater a criminalidade, incompatível com suposta ajuda prestada pelos agentes do crimes. Esses discursos construíram e orientaram condutas de resistência à delação premiada dos atores do sistema de persecução penal do Brasil durante algum tempo.

Na medida, porém, em que outra parte significativa da doutrina penal passou a discorrer pela legitimidade do uso das colaborações premiadas como instrumento de investigação, outra representação passou a ser construída<sup>16</sup>. Observa-se lições como a do professor Pacelli que busca retirar o debate de um maniqueísmo bitolado:

O Direito não é, por assim dizer, bicolor, universo de apenas duas cores, em que as coisas e todas as coisas (repetição proposital) sejam brancas ou pretas, ou, ainda, com a dupla coloração que escolher o intérprete. A riqueza e a complexidade do mundo da vida impedem que se assumam posições definitivas e apodíticas no seu interior (PACELLI DE OLIVEIRA, 2014, p. 839).

Inspiradas nos exemplos internacionais, lições como de Sérgio Moro multiplicaram-se:

“Sobre a delação premiada, não se está traindo a pátria ou alguma espécie de resistência francesa. Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenado nesse caso o silêncio”. (MORO, 2004, p. 58-59).

Essa nova representação social, fruto de todo um novo discurso doutrinário<sup>17</sup>, reorientou as condutas dos atores do sistema de justiça criminal, de modo que o instituto passou a ser percebido como o reestabelecimento do pacto social antes

16 É verdade que o movimento de valorização das delações não é recente, mas observa-se que a doutrina clássica não refutava adequadamente o dilema ético colocado como empecilho, preferindo aboná-la numa perspectiva meramente utilitarista. O próprio Cesare Beccaria reconhecia a utilidade teleológica de inserir tal premiação no ordenamento jurídico, pois, para o autor, uma lei geral que promettesse imunidade a qualquer um que delatasse o delito de seu cúmplice era preferível a uma colaboração em um caso particular, pois isso coibiria a união criminosa, por conta da instalação de um temor recíproco entre os agentes, que poderiam ser delatados por seu comparsa e deixados a lidar sozinhos com os perigos da persecução criminal (BECCARIA, 2004, p. 48).

17 Também não descartamos que novos ideais doutrinários penais, movidos pelo próprio funcionalismo penal, podem ser a base para a alteração da percepção de utilidade da colaboração premiada visto que os sistemas negociais de justiça penal são melhor compreendidos nos propósitos político-criminais do Estado, típico do funcionalismo teleológico, como visto no capítulo 1 deste trabalho.

quebrado pelo agente criminoso ao praticar o ilícito do qual, agora, está arrependido e disposto a remediar (MARQUES, 2014, p. 46).

Mas o ponto decisivo para consolidação da colaboração premiada como instrumento de obtenção de provas foi o prestígio obtidos nas grandes operações criminais no Brasil. Inúmeras reportagens jornalísticas<sup>18</sup> serviram para compor um novo imaginário popular, para além dos muros dos edifícios dos fóruns, promotorias e delegacias, e produzir um interessante efeito simpatizante do instituto junto a opinião pública, que acabou por compor, em companhia daquela nova linha doutrinária, uma representação social segura que deu crédito ao uso do instituto.

Foi essa inusual coincidência que frutificou na consolidação da colaboração premiada como instrumento apto a debelar, eficazmente, delitos no Brasil.

### **3 O POTENCIAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA PARA CONSOLIDAR UMA POLÍTICA CRIMINAL DIFERENTE NO BRASIL**

#### **3.1 Colaboração premiada como instrumento criminalizante - O combate à cifra negra**

O papel de uma política criminal é, a partir dos estudos da determinação do crime, elaborar estratégias para repressão, prevenção e tratamento das consequências da criminalidade, sejam vítimas identificadas, sejam danos sociais. A questão que se coloca é: a colaboração premiada é instituto que se insere em alguma dessas estratégias? Vejamos.

A identificação da colaboração premiada como instrumento de política criminal deve partir da análise das hipóteses legais em que ela é cabível, apto a compor um microsistema de direito premial. Como dito no início do trabalho, desde a Lei dos Crimes Hediondos (art. 8º, parágrafo único, Lei 8.072/1990) a legislação brasileira prevê o instituto, embora denominado como delação premiada. Também prevê o instituto o Código Penal (art. 159, § 4º), Leis 7.242/86, 8.137/90, 9.034/95 (revogada), 9.269/96, 9.613/98, 9.807/99, 11.343/2006 e 12.850/13.

O traço comum dessas leis está no relativo grau de sofisticação dos crimes nelas previstos, o que nos autoriza concluir que a colaboração premiada é instituto aplicável para determinados tipos de crimes, o que por sua vez revela um certo grau de seletividade penal do instituto<sup>19</sup>.

É patente, contudo, que a colaboração premiada se consolidou como instrumento e técnica de investigação dos crimes do colarinho branco, o que pode ser explicado da seguinte forma: nesta categoria de crimes, vigora uma zona de consenso entre os sujeitos do crime que é, praticamente, indevassável pelos métodos ortodoxos de investigação, afinal, além do corrupto e do corruptor, ninguém sabe, ou sequer

---

18 Confira-se a seguinte reportagem: “No decorrer da Lava Jato, a colaboração premiada se tornou um dos principais, se não o principal, instrumento de investigação, de obtenção de provas. Estabeleceu-se um ambiente seguro para que, de baixo para cima, criminosos fossem delatando seus crimes e o de seus cúmplices. A partir do relato dos delatores, os investigadores buscaram provas que, de outra maneira, não estariam em seu radar.” (REVISTA ÉPOCA, 2017, p. 42).

19 A única lei que permite uma aplicação mais generalizada da delação premiada para uma gama comum de crimes é a lei 9.807/99.

tem capacidade de saber, da ocorrência do ilícito. Nos delitos consensuais, o ilícito é praticado na esfera do privado, de modo que o fato é desconhecido de terceiros<sup>20</sup>.

O papel da colaboração premiada é justamente ingressar nessa relação de intimidade dos sujeitos do crime de forma operativa e trazer ao conhecimento das autoridades essas infrações que antes encontravam-se em meio à cifra negra/oculta do direito penal. Nesta perspectiva, a colaboração premiada é instituto altamente criminalizante porque permite a descoberta de fatos criminosos que antes eram desconhecidos e inalcançáveis ao Estado.

Noutra direção, também é possível situar o instituto na tendência de gerencialismo da política criminal, em que o estado conta, cada vez mais, com a participação privada no controle social. A médio prazo, a colaboração premiada tem o potencial de criar um ambiente de desconfiança entre aqueles que praticam crimes consensuais, de modo que o receio de serem delatados por seus comparsas pode inibir a prática do ilícito. Essa desconfiança cria uma permanente vigilância entre os cidadãos e acaba por transferir parte dos efeitos dissuasórios pretendidos pela sanção penal para esfera das relações privadas<sup>21</sup>.

### 3.2 COLABORAÇÃO PREMIADA E O TEMPO DO PROCESSO

Diante da simplificação na apuração da responsabilidade penal que a confissão contida na colaboração premiada é capaz de produzir, ainda que de forma parcial, principalmente quanto ao colaborador, vislumbra-se um abreviamento no tempo de transcurso do processo penal. Mas não é só. As informações prestadas pelo colaborador também servem para encurtar estratégias de investigação e facilitam a apuração dos crimes em tempo menor do que geralmente é despendido sem esse tipo de ajuda. O transcurso do tempo em processos criminais que envolvem grande complexidade e participação de um razoável número de pessoas ou mesmo em situações de criminalidade organizada sempre foi um desafio do processo penal moderno. Afinal, como bem anotam Bruno Amaral Machado e outros, o tempo é um dos principais aliados da impunidade penal, especialmente nos casos de corrupção e delitos econômicos (MACHADO; ZACKSESKI; RAUPP, 2016).

Nesta perspectiva, com o encurtamento do tempo para a punição dos autores do ilícito, não seria exagero identificar na colaboração premiada um mecanismo

20 Não se pretende afirmar que a Colaboração premiada é o único meio de investigar esse tipo de crime, mas tão somente reafirmar que ela é o principal meio de investigá-los.

21 Aqui parecem situar-se os programas de integridade ou Compliance, instituídos no Brasil pelas leis 9.613/98, 12.846/2013 e lei 13.303/2016, entendido como o “conjunto de ações e planos adotadas facultativamente por pessoas jurídicas visando garantir que cumpram todas as exigências legais e regulamentares do setor ou segmento econômico em que atuam, inclusive preceitos éticos e de boa governança administrativa, visando evitar e punir adequadamente fraudes e atos de corrupção em geral” (CUNHA; SOUZA, 2018, p. 76). Também parece ser a conformação do whistleblower, em sentido literal, “soprador de apito”, que são os indivíduos que levam ao conhecimento das autoridades públicas informações relevantes de ilícitos em troca de recompensas vultosas. Trata-se de mecanismo de investigação pouco conhecido no Brasil. Trata-se de técnica de incentivo à participação, existente em vários países, mas que conta com certa resistência, no Brasil. Recentemente, a Lei 13.608/2018 dispôs sobre a possibilidade de recompensas pelo oferecimento de informações que auxiliem nas investigações de crimes ou ilícitos administrativos, o que parece contemplar, ao menos no plano normativo, o whistleblower, no Brasil.

de política criminal de confirmação das funções da pena, principalmente a preventiva geral positiva e, simultaneamente, de reafirmação da validade da norma penal.

#### 4 CONCLUSÃO

O trabalho procurou demonstrar que a colaboração premiada é instituto que possui características que a acomodam suficientemente como manifestação do funcionalismo penal, constatação que serve para identificá-la como um instrumento de política criminal apto a enfrentar determinadas figuras delitivas, como as do colarinho branco, mas, em contrapartida, produtora de algumas necessárias mitigações a direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A prática negocial ínsita à colaboração premiada sempre foi enxergada por muitos atores do sistema de justiça como sendo postura indevida. Demonstrou-se assim que essa concepção compôs sobre ela uma inicial representação social, entendida como a teoria que a partir do sistema de crença de determinada categoria ou grupo de pessoas, orienta suas ações.

Essa representação social inicial, recalcitrante em adotar o instituto, foi paulatinamente sucedida por outra, com forte viés pragmático, que resultou no seu fortalecimento como instrumento de uma moderna e nova política criminal, capaz de combater a significativa cifra negra nos crimes do colarinho branco e trazer ao cárcere criminosos antes indenes ao controle social. A colaboração premiada proporciona a ampliação e o alcance a ilícitos que antes permaneciam desconhecidos das autoridades públicas.

A reflexão proposta é parcial uma vez que tantas outras questões sobre a colaboração premiada podem ser identificadas e encontram-se em debate no cenário brasileiro atual. De qualquer forma, a identificação deste instituto como manifestação do funcionalismo penal nos sugere entender sua aceitação junto à opinião pública, seu papel atual enquanto instrumento de uma política criminal gerencialista e suas eventuais críticas, quase sempre ligadas à exagerada otimização do direito penal para responder aos atuais problemas da sociedade e à criminalidade de massa.

#### REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: Uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coords.). **Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coords.). **Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “operação lava jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**: RBCCrim, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Lavagem de Dinheiro – Lei 9.613/1998. In: CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó; PINTO, Ronaldo Batista (Coord.). **Leis Penais Especiais**: Comentadas artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181**, de 07 de agosto de 2017a. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <[www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Pronunciamento final em Procedimento de Estudos N. 1**, 2017b. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento\\_final.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2018.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FORBES, Jorge. O homem desbussolado. In: **Conferência Internacional do Luxo**, 24 de agosto de 2004, FAAP, São Paulo.

GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas! **Boletim IBC-CRIM**, São Paulo, ano 13, nº 159, fev. 2006.

GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 49, n. 147, 2016.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 35, 2000.

MACHADO, Bruno Amaral. O controle penal da corrupção e o modelo organizacional do Ministério Público: contexto sociopolítico e fragmentos do debate contemporâneo. **Revista de Estudos Criminais**, v. ano XV, p. 143-176, 2016.

\_\_\_\_\_; PORTO, Maria Stela G. Homicídios na AMB: representações sociais dos delegados de Polícia, promotores de Justiça e magistrados. **Sociologias [online]**, 2015, vol.17, n.40, pp.294-325.

\_\_\_\_\_; ZACKSESKI, Cristina; RAUPP, Rene Mallet. Tempos da investigação: o transcurso do inquérito policial no sistema de Justiça Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, vol. 124, p. 143-181, out. 2016.

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 60, v. 10, 2014.

MATTHEWS, Robert. As leis do acaso. **Como a probabilidade pode nos ajudar a compreender a incerteza**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. **R. CEJ**, Brasília, n. 26, jul./set. 2004.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Rui. O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Lisboa: Almedina, 2004.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. Sao Paulo: Saraiva, 2008.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi. 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUZA, Renee do Ó; PINTO, Ronaldo Batista. **Leis Penais Especiais Comentadas artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. **Meu site jurídico.com**, set. 2017. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/26/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

REVISTA ÉPOCA. Teatro da Política. Edição 992 de 26 de junho de 2017.

TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abril-jun. 2007.

**Submetido: 10/01/2019**

**Aprovado: 23/01/2019**



# AS RECENTES ALTERAÇÕES DA LINDB E SUAS IMPLICAÇÕES

## *THE LINDB'S RECENT AMENDMENTS AND ITS IMPLICATIONS*

---

**Luiz Sergio Fernandes de Souza**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Doutor e Mestre em Direito pela USP

Professor da Faculdade de Direito da PUC-SP



## RESUMO

Trata-se de análise crítica acerca dos objetivos e desdobramentos das inovações trazidas pela Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018, estudo orientado pelas teses consequencialistas de MacCormick e pela teoria da ação comunicativa de Habermas. Busca-se demonstrar que, a pretexto de investir na eficiência e segurança jurídica, o legislador, nas alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acaba estabelecendo formas de desarticulação do ativismo judicial. Paradoxalmente, as novas disposições legais geram incertezas e dificuldades, o que interfere no exercício do controle sobre a Administração Pública.

**Palavras-chave:** LINDB; Lei Federal nº 13.655; ativismo judicial; segurança jurídica; eficiência jurídica.

## ABSTRACT

This is a critical analysis of the objectives and developments of the innovations brought by Federal Law No. 13,655, of April 25, 2018, a study based on the consequentialist thesis of MacCormick and on Habermas's communicative rationality theory. It is tried to demonstrate that, under the pretext of investing in efficiency and legal security, the legislator, in the amendments to the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, ends up establishing forms to disarticulate judicial activism. Paradoxically, the new legal provisions generate uncertainties and difficulties, which interfere in the exercise of control over the Public Administration.

**Keywords:** LINDB; Federal Law nº 13.655; Judicial Activism; Legal Certainty; Legal Efficiency.

Intento aqui fazer um exercício crítico sobre o texto da Lei Federal nº 13.655, de 25/4/18, com o propósito de surpreender incompatibilidades entre o que se põe como objetivo do legislador e aquilo que efetivamente pode resultar da aplicação da norma, cujo sentido se desprende da intenção (*mens legislatoris*). E não se trata, como já é possível inferir, de uma incompatibilidade sintática, tampouco semântica, mas sim pragmática, como procurarei demonstrar ao longo do presente trabalho, com repercussões que vão além do consequencialismo que orienta a reforma.

A Lei Federal nº 13.655/18, ao acrescentar regras à chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, trouxe uma série de inovações com vistas a garantir – como está dito na ementa – maior segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. A LINDB compreende matérias de Direito Público, de Hermenêutica Jurídica e de Direito Internacional Privado. Uma parte das novas regras trata de questões ligadas à interpretação do sentido e do alcance das normas de Direito Público, e outra traça diretrizes às autoridades administrativas.

A Lei Federal nº 13.655/18, que entrou em vigor na data de sua publicação (exceção feita à disposição do artigo 29), tem apenas dois artigos, o último deles cuidando, precisamente, do momento em que o diploma legal passa a obrigar. O artigo 1º acrescentou à LINDB os artigos 20 a 24, 26 a 30 (vetado o artigo 25 do Projeto de Lei) práticas da decisão; e, para garantia disto, o agente, ao decidir, terá de demonstrar a necessidade e a adequação quer da medida por ele imposta quer da invalidação do ato, contrato, ajuste, procedimento ou norma por ele editada, inclusive à vista das possíveis alternativas.

O artigo 20 tem de ser entendido em conjunto com a norma dos artigos 21 e parágrafo único, 22, §§ 1º ao 3º, 27 e parágrafos. Assim, ao decretar, em qualquer das esferas mencionadas no início do artigo 20, a despeito da existência de consequências, a invalidade de qualquer ato, contrato, ajuste, procedimento ou norma, o agente público deverá dizer quais consequências (de ordem jurídica e ordem administrativa), especificamente, derivam da nulidade decretada, garantindo condições para a regularização de modo proporcional e justo, em atenção ao interesse de todos, e mais, atentando para o fato de que a anulação não poderá implicar ônus, perdas excessivas ou anormais em desfavor dos sujeitos atingidos pela invalidação, vale dizer, em desfavor daqueles que colherem suas consequências (artigo 21 e parágrafo único). No artigo 22 o legislador diz que, ao interpretar normas de gestão pública, os agentes da Administração, dos órgãos de controladoria e os magistrados deverão ter em conta os obstáculos e dificuldades reais do gestor, bem como as exigências de política pública que este tem de atender, tudo sem desconsiderar o direito dos administrados.

Tenho para mim que os dispositivos acima mencionados nada mais são que uma resposta do legislador às tendências de judicialização da política e da politização do Judiciário – tema discutido na Sociologia Jurídica desde o início dos anos 90 –, as quais se acentuaram com a frustração decorrente da incapacidade do Legislativo e do Executivo de satisfazer as novas demandas sociais decorrentes do alargamento dos direitos previstos na Constituição de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã” (SOUZA, 1998, p. 52-53).

Quando se diz que o juiz não deve decidir com base em valores abstratos (artigo 20), busca-se colocar um freio na argumentação retórica, discurso que se vale de lugares comuns (topois) e fórmulas consagradas pelo uso. Isto explica, aliás, as recentes inovações do Código de Processo Civil (LF nº 13.105/15), mais particularmente a razão de ser da norma do artigo 489, § 1º, I a III (SOUZA, 2016).

E não se trata, nas balizas traçadas pela regra do artigo 20 da LINDB, de repetir a necessidade do emprego do método teleológico de interpretação, que tem em conta a razão de ser da norma, o fim perseguido por ela, o resultado que o legislador buscou alcançar, trabalho que se vê facilitado no exame das epígrafes, dos preâmbulos e da exposição de motivos de um diploma legal. Tampouco se trata de perseguir interpretação cujo resultado não conduza ao absurdo, ao inconveniente ou ao desagregador (do ponto de vista social), o que já estava em Aubry & Rau, e mesmo antes disto, no próprio Digesto e no Código de Justiniano (MAXIMILIANO, 1984, p. 165-166).

De outra forma, entende-se que o legislador, nas recentes alterações promovidas, buscou uma interpretação consequencialista, na linha do utilitarismo de MacCormick (o juiz, ao decidir, não pode se voltar só para o passado, havendo de ter em conta também as consequências futuras de sua interpretação da norma, numa espécie de razão finalista, o que faz lembrar a ética de responsabilidade weberiana). Todavia, a questão ética, sob uma análise crítica – que aqui intentamos desenvolver –, revela-se apenas como pretexto para o estabelecimento de uma estratégia de poder, pois o legislador, com a desculpa de garantir valores positivos (segurança, eficiência, interesse geral, etc), buscou desarmar o ativismo judicial, inclusive.

Para MacCormick, qualquer argumentação jurídica, dentro dos marcadores da universalidade, consistência e coerência produz resultados (expressão imediata da produção jurisdicional concreta) e consequências (derivação mediata da produção jurisdicional concreta, ligada ao resultado). Os resultados fazem parte do ato jurisdicional, ao passo que as consequências põem-se no mundo da vida, podendo ter também desdobramentos jurídicos, quando passam a ser chamadas de “consequências jurídicas” (MACCORMICK, 1983, p. 239-258). Neste contexto, quando o artigo 21 da LINDB fala em “consequências jurídicas e administrativas”, parece estar se referindo àquilo que provém imediatamente do ato jurisdicional, como expressão dele (o que seria, para MacCormick, “resultado”). De outra forma, quando o artigo 20 fala em “consequências práticas da decisão”, parece apontar para aquilo que deriva mediatamente dela (o que seria, para MacCormick, “consequência”), com possíveis repercussões jurídicas.

As consequências jurídicas são estimadas na base de uma série de valores, como justiça, senso comum, bem comum, conveniência administrativa, numa forma de utilitarismo. Deste viés, não se pode dizer que MacCormick defenda um utilitarismo coincidente com o significado tradicional (na linha do hedonismo de Bentham, que considera o prazer individual e imediato como único bem possível), tampouco o utilitarismo da análise econômica (maximização quantitativa, princípio inadequado para os problemas de justiça distributiva), e sim uma forma de utilitarismo que tem em conta um estado de coisas desejável ou alguma coisa que seja boa em si mesma

(ATIENZA, 2000, p. 195-196).

A análise de MacCormick permite entender o aspecto agregador das inovações promovidas pelo legislador, particularmente no que concerne à regra dos artigos 26, 29 e 30 (disposições que serão analisadas mais adiante). Porém, como já se adiantou parágrafos acima, há aspectos perturbadores nas alterações trazidas pela LF nº 13.655/18, que estão no âmbito de uma “racionalidade estratégica parasitária de uma racionalidade comunicativa” – para lembrar Habermas (HABERMAS, 1990) –, pois, falando em nome de valores que importam, do ponto de vista social, o legislador busca estabelecer formas de controle da atividade judicial.

Mas o pragmatismo da LF nº 13.655/18 mal esconde uma certa forma de idealismo. Por exemplo, o legislador dispõe, na regra do artigo 21, como se ao juiz (e também ao administrador) fosse dado vislumbrar, no momento da decisão, um leque completo das consequências possíveis. Mais que isto, as regras de ponderação – a que o legislador parece remeter no parágrafo único – são portadoras de “valores jurídicos abstratos”, no que se identifica a existência de uma contradição em termos, considerada a previsão do artigo 20 da LNDB.

Não bastasse – e ainda no mesmo contexto da crítica acima desenvolvida –, é certo que cada julgador tem sua cosmovisão, de forma que o responsável pelo “controle judicial do controle administrativo” fará estimativas que se põem de acordo com sua visão de mundo, enquanto que o responsável pelo controle administrativo valorará a necessidade e adequação da invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas, tanto quanto das medidas impostas, de acordo com uma visão de mundo própria. Nesta medida, cabe indagar qual a segurança jurídica do administrador público para dizer-se que esta ou aquela seja a decisão correta à vista dos resultados e consequências. Aqui reside a segunda contradição, consideradas as finalidades que o legislador diz perseguir com as alterações feitas pela LF nº 13.655/18: segurança jurídica e eficiência, como enunciadas na ementa da lei.

Vale dizer, é difícil justificar racionalmente decisões que, conquanto não sejam propriamente pessoais, colocam-se, por certo, de acordo com a visão de mundo de cada um no que diz respeito aos resultados e consequências do ato de decidir. Entram em conta o senso de justiça, valores como humanidade e compaixão, que nem sempre estão no campo de uma racionalidade a priori, fazendo parte do mundo da cultura.

Na visão de MacCormick, nenhum tipo de procedimento racional pode impedir que se produzam conflitos de interpretação e qualificação jurídica. É claro que, no limite, será o Judiciário a decidir, mas até lá – acrescento – haverá muita incerteza jurídica na esfera da administração pública e dos órgãos de controladoria, o que pode levar o agente público, até mesmo, a um autêntico dilema: abuso de autoridade ou improbidade administrativa. Se o administrador agir com excesso de zelo, poderá, em tese, responder por abuso de autoridade; de outra forma, ponderando as circunstâncias do fato e as consequências das decisões possíveis, ao optar pela que lhe parecer menos gravosa, poderá responder por improbidade administrativa. O dilema aponta, sob outro aspecto, para a contradição – denunciada dois parágrafos acima – em que a LF nº 13.655/18 se deixou envolver.

Nas inovações trazidas pela LF nº 13.655/18 podem ser identificadas também outras contradições quanto ao espírito que o legislador diz ter orientado as alterações promovidas na LINDB. Da conjugação da regra dos artigos 20, parágrafo único e 21, parágrafo único, retira-se que os agentes públicos (administrador, controlador e magistrado), ao decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, a par de indicar o resultado e a consequência da retirada do ato ou contrato administrativo, deverão tratar das condições para regularizar a situação, regularização que se fará sem prejuízo dos interesses gerais, tanto quanto de modo proporcional e equânime.

Pois bem, a noção de proporcionalidade implica a ideia do equilíbrio entre perdas e danos, é certo. Mas, a par disto, o legislador determina que as medidas impostas com vista à regularização não sejam “anormais” ou “excessivas”, expressões cuja vagueza exigirá sempre a avaliação fundamentada do agente responsável pela decisão. Isto reconduz às reflexões acerca da existência de uma álea de incerteza no exame dos resultados e consequências do ato irregular praticado pelo administrado ou pelo administrador. Mais ainda, buscando afastar do controle jurisdicional a atuação estimativa do gestor, o legislador coloca nas mãos do juiz, em última instância, a decisão sobre o que é necessário e adequado, situação que se afigura paradoxal.

Diante do quadro exposto, é bem de ver que os órgãos de controladoria terão extrema dificuldade para exercer as atividades de fiscalização, assim como para decidir a respeito das medidas impostas aos sujeitos que forem alcançados pelos resultados e consequências de um ato irregular e/ou ímprobo. Não bastasse, a orientação da regra do artigo 21, parágrafo único – que parece se encaminhar na linha de se manter inalterada situação que, a despeito da irregularidade jurídica, já se consolidou –, vai de encontro ao recente entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade de se julgar com base no fato consumado decorrente de cumprimento de provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado (RE 608.482/RN – Tema 476).

A disposição do artigo 27 e parágrafos, da LINDB, a princípio, poderia ser vista como uma forma de contornar a dificuldade acima apontada. Mas não estou convencido disto, afigurando-me, pelo contrário, que a norma se orienta no sentido de garantir o direito à permanência das situações consolidadas quando a regularização implique ônus, perdas excessivas, prejuízos anormais ou injustos, tratando-se, na hipótese, de fazer a compensação, à vista, de outra parte, dos benefícios auferidos. A ideia de compensação, no Direito Ambiental, encaminha-se precisamente nesta linha. Daí a estendê-la a todas as relações entre o administrado e a Administração vai uma distância que não se pode percorrer de forma segura.

A regra do caput do artigo 22 da LINDB, e seu parágrafo primeiro instaura outra questão polêmica, ao dizer que se há de ter em conta, na interpretação de normas de gestão pública, as dificuldades práticas enfrentadas pelo gestor (por força das quais o administrador vê-se na contingência de limitar ou condicionar a fruição de direitos previstos na norma geral e abstrata).

MacCormick, longe de confundir a racionalidade moral com a racionalidade jurídica, diz que o raciocínio jurídico é um caso especial, altamente institucionalizado

e formalizado, de raciocínio moral. Nesta medida, o que a regra do artigo 22, § 1º da LINDB está a dizer é o seguinte: “ponha-se no meu lugar”. Ocorre lembrar apenas que cada um se coloca na situação do outro de acordo com a sua própria perspectiva, o que reinstaura o problema da segurança jurídica na prática dos atos administrativos.

Poder-se-ia afirmar – em favor das alterações promovidas pela LF nº 13.655/18 – que a norma do artigo 22, caput e parágrafo único, inspirou-se na máxima *ad impossibilia nemo tenetur*. Sucede que dificuldades reais na prática do gestor ou circunstâncias quaisquer “que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” não se confundem com impossibilidade de gestão responsável. Tal discussão encontra terreno fértil, por exemplo, no campo da implementação das políticas públicas de saúde, muitas vezes negligenciada na elaboração do orçamento público ou na execução.

A norma do artigo 22, §§ 2º e 3º da LINDB trata, exclusivamente, da dosimetria das sanções e não tem maior interesse, observando-se apenas – diante da falta de técnica na redação do parágrafo 3º – que a expressão “sanções aplicadas ao agente” comporta interpretação no sentido com o qual o legislador estaria se referindo a penalidades administrativas.

Nos artigos 23 e 24 da LINDB, o legislador trata de temas de direito intertemporal, dizendo, no primeiro deles, que as decisões administrativas, de controladoria ou as decisões judiciais, ao estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou condicionamento de direito, deverão prever regime de transição quando indispensável para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do dever ou condicionamento, sem prejuízo dos interesses gerais. No artigo 24, o legislador diz que a revisão quanto à validade do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado em qualquer daquelas esferas, levará em conta as “orientações gerais da época”, vedada a invalidação de situações plenamente constituídas.

Entende-se que o artigo 24 da LINDB, ao tratar de revisão “quanto à validade” e “mudança posterior de orientação geral”, está se referindo a duas espécies de retirada do ato administrativo *lato sensu*, quais sejam, a invalidação (que se dá à vista da ilegalidade do ato) e a revogação (que se dá por razões de conveniência ou oportunidade). Embora distintos os conceitos, muitas vezes a Administração Pública, na prática, ao argumentar com a invalidade do ato administrativo, está, na verdade, procedendo à revogação, diante da mudança do seu entendimento acerca de uma determinada questão. Mas uma coisa é a Administração Pública aperceber-se de que sua orientação era contrária ao direito, e outra, dar-se conta de que adotava uma linha de interpretação inadequada. Diante desta zona cinzenta, já se havia firmado orientação doutrinária no sentido de que a revisão de ofício de atos favoráveis ao administrado somente se pode dar se forem estes manifestamente contrários à lei (HABERMAS, 1990).

Enfim, o referido artigo 24 apenas positivou entendimento consolidado na doutrina, especificamente no campo do Direito Público, havendo de se chamar a atenção para a regra do artigo 6º, §§ 1º e 2º da LINDB. Inovou o legislador somente ao se fixar no conceito de “orientações gerais”, vale dizer, interpretações e especifi-

cações contidas em atos públicos de caráter geral (a); jurisprudência majoritária (b); orientação administrativa majoritária (c); práticas administrativas reiteradas de amplo conhecimento público (d).

Importante ressaltar que a diretriz dos artigos 23 e 24 da LINDB vale não só para decisões da Administração e da Controladoria, como também para as decisões judiciais, que assumem a feição de norma concreta e individual, de sorte que se houver nova interpretação acerca de um tema e dela decorrer restrição ao direito do jurisdicionado ou condicionamento do seu exercício, haver-se-á de estabelecer uma regra de passagem. Assim, os jurisdicionados que houverem se conduzido em conformidade com orientação judicial anterior não podem ser prejudicados por alteração de entendimento. Observe-se, diante do veto à disposição do artigo 23, parágrafo único do Projeto de Lei, que, não havendo sido fixada a regra de transição, isto não dá ao administrado ou jurisdicionado o direito de estabelecer com a autoridade a forma como a decisão inspirada em interpretação ou orientação nova será cumprida.

O artigo 26 da LINDB, por sua vez, faculta à autoridade administrativa – após ouvir órgão jurídico da Administração e, sendo o caso, promover consulta pública, desde que presente razão de relevante interesse geral – celebrar compromisso com os interessados, nos termos da legislação aplicável, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou litigiosidade, o qual surtirá efeitos a partir da publicação. Aprofunda-se aqui uma nova visão da Administração Pública, participativa, de acordo com a qual o controle dos resultados e a legitimação da produção normativa faz-se pela via da cooperação, e não somente da coerção, o que se alinha à regra do artigo 1º, parágrafo único, do texto constitucional (“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes, eleitos diretamente nos termos da Constituição”) (MOREIRA NETO, 2007, p. 251-271).

O compromisso de que trata o artigo 26, caput, da LINDB não poderá envolver, contudo, transação relativa a sanções nem créditos anteriores. É a interpretação que se retira do veto ao artigo 26, § 1º, II, do Projeto de Lei. Diga-se mais, o agente público, ao firmar compromisso, age por conta e risco, considerado o veto à disposição que facultava ao administrador obter autorização judicial para celebração do ato (artigo 26, § 2º, do Projeto de Lei). O compromisso estabelecido com os interessados “não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral” (art. 26, § 1º, III).

Nas previsões do artigo 26 reside, a nosso ver, um dos aspectos salutares das alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o que remete ao que foi dito quando tracei uma distinção entre “racionalidade comunicativa”, “racionalidade estratégica” e “racionalidade estratégica parasitária de uma racionalidade comunicativa”, categorias habermasianas. A norma sob exame instaurou uma racionalidade comunicativa.

Esse também é o espírito da norma do artigo 29 da LINDB, cabendo dizer, com base nas contribuições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2007, p. 264-269), que a coleta de opinião, o debate público e a audiência pública – processos de participação na Administração Pública abertos a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando a legitimar

a ação administrativa pertinente a tais interesses – encontram ampla previsão constitucional (artigos 29, XII, 58, § 2º, II, 194, parágrafo único, VIII, 198, III, 204, II, 225, caput) e infraconstitucional (art. 39, caput, da LF nº 8.666/93, arts. 31 a 34 da LF nº 9.684/99 e art. 3º da LF nº 8.897/95, v.g).

Diferentemente, a regra do artigo 28 da LINDB é expressão da racionalidade estratégica, pois o legislador mais não fez senão retomar aqui, de maneira pouco sutil, a tentativa de enquadrar o livre convencimento motivado do juiz (art. 371 do CPC) como abuso de autoridade, objeto do Projeto de Lei do Senado nº 280/16, tentativa esta que acabou soçobrando (SOUZA, 2017).

De fato, ao se referir a “agente público”, a regra do artigo 28 da LINDB inclui o magistrado, que passaria a responder pessoalmente por suas decisões não só em caso de dolo (hipótese já prevista no artigo 143, I, do CPC), mas também diante de “erro grosseiro”, conceito que remete à ideia de culpa grave. A situação poderia se revelar ainda mais preocupante diante do veto ao parágrafo primeiro do dispositivo, no qual o Projeto de Lei dizia que a decisão fundada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, contanto que razoável, não se considera erro grosseiro, mesmo que afastada pela instância superior. Mais grave ainda, no caso de rescisão de sentença fundada em “violação manifesta da norma jurídica” (art. 966, V, do CPC) a alguém ocorreria sustentar a responsabilidade do magistrado.

Sucedede que a LINDB é lei geral, ao passo que o Código de Processo Civil é lei especial, que prevalece sobre aquela, mesmo sendo anterior (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*). Ninguém está livre de ser alcançado por uma decisão judicial infeliz, pois o ato de julgar é humano, sujeito a vicissitudes e imperfeições. Todavia, o ordenamento jurídico coloca à disposição do jurisdicionado, além das diversas instâncias recursais, o habeas corpus, a revisão criminal, a ação rescisória, os institutos da reclamação e da correção parcial.

Alguns veem na disposição do artigo 28 da LINDB incompatibilidade com a regra do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, sugerindo mesmo a hipótese de derrogação. Mas assim não penso, pois a Lei Federal nº 8.429/92, no referido artigo, contempla tanto o dolo como a culpa. Esta, aliás, a interpretação que o Superior Tribunal de Justiça dá ao dispositivo legal (AIA nº 30/AM, Rel. Teori Zavascki, Corte Especial, J. 21/9/2011, DJE 28/9/2011).

Parte das dificuldades apontadas neste trabalho surge de incompatibilidades que não são propriamente de ordem formal, nem mesmo se inscrevendo na redação do texto normativo. Cuida-se, nas elaborações de Tercio Sampaio Ferraz Jr., de “antinomias pragmáticas”, que se verificam quando, a par da existência de uma relação subordinativa entre emissor e receptor normativo (no caso, o legislador e os endereçados da norma), a ordem do emissor normativo, para ser obedecida, tem de ser desobedecida, de forma tal que o endereçado da norma fica num impasse (FERRAZ JR., 1988, p. 187-189).

Tenho razões para dizer, diante do quadro acima delineado – com alguns exemplos das dificuldades e incompatibilidades analisadas no decorrer do trabalho –, que a Lei Federal nº 13.655/18, traindo seus objetivos, poderá legitimar o exercício do controle jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo, atividade que o juiz

desenvolverá de acordo com a norma (ao observar o dever de motivação acerca das consequências de sua decisão), mas, ao mesmo tempo, afastando-se da norma (ao dizer, por hipótese, que as consequências do ato administrativo recomendam solução diversa daquela encontrada pelo administrador). Enfim, trata-se de uma consequência que certamente não estava na linha das considerações do legislador, podendo-se dizer que a tentativa de manter o ativismo judicial sob o domínio da lei, na base de conceitos que têm sempre algum grau de imprecisão, revela uma compreensão ingênua do processo hermenêutico.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2.002.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1986, v. 1.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

MACCORMICK, Neil. *On legal decision and their consequences; from Dewey to Dworkin*. *New York University Law Review*, vol. 58, nº 2, 1983.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Globalização e direitos humanos: em busca da racionalidade perdida*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, v. 757, nov. 1998.

\_\_\_\_\_. *Os paradoxos do Código de Processo Civil: elementos para uma análise metanormativa*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 255, p. 41 a 60, mai. 2016.

\_\_\_\_\_. *O juiz boca da lei*. *Estadão*, 21 abr. 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-juiz-boca-da-lei/>>. Acesso em: 4 set. 2018.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1990.

**Submetido: 25/09/2018**

**Aprovado: 23/01/2019**



# O DANO SOCIAL COMO INSTITUTO DE APERFEIÇOAMENTO DO TRATAMENTO COLETIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

*THE SOCIAL DAMAGE AS AN  
IMPROVEMENT LEGAL INSTITUTE OF  
TORT LAW'S COLLECTIVE HANDLING*

**Yuri Fisberg**

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo  
Mestre em Direito Civil pela USP



## RESUMO

A complexidade da “sociedade de risco” tem exigido do direito novos instrumentos e leituras para responder aos anseios sociais. A plasticidade da responsabilidade civil tem alcançado protagonismo, especialmente com a extensão do conceito de dano. O dano social surge como instrumento apto a preencher os pressupostos tradicionais do dever de indenizar, mas, também, conferir à indenização viés punitivo. O dano pelo rebaixamento da qualidade de vida da coletividade, no entanto, carece de maiores reflexões. Devidamente fundamentado, necessária a interpretação do instituto como elemento próprio da tutela coletiva de direitos – a fim de resguardar compatibilidade com o sistema processual e material.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Indenização. Dano Social. Interesses Difusos. Punição.

## ABSTRACT

“Risk society’s” complexity has demanded from law new instruments and readings to respond to social desires. The plasticity of law of torts has achieved prominence, specially the concept of damage. A new category of damage arises, the ‘social damage’ - an instrument capable of fulfilling the traditional assumptions of the duty to indemnify, in particular, the damage, but also to grant punitive bias. The damage defined by the lowering of the quality of life of the community, however, needs further reflection. To recognize the punitive bias, regardless, it is necessary to rigorously observe the elements such as the subjective element and the collective repercussion – to insert the new institute on the legal system.

**Keywords:** Tort Law. Torts. Punitive Damages. Social Damages. Punishment.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Dano Social. 3. Dano Social X Dano Moral Coletivo. 4. Fundamentos para o Dano Social. 5. Aplicação Jurisprudencial. 6. Critérios para o Dano Social. 7. Conclusão. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Segundo Guido Alpa (2010, p. 02), o número significativo de monografias, ensaios, resenhas e tratados dedicados ao tema da responsabilidade civil denotam a relevância da matéria no âmbito do direito. A produção acadêmica e o protagonismo jurisprudencial, todavia, não significam harmonia nos conceitos e decisões; Antônio Junqueira de Azevedo resumiu: “não se chegou a critério nenhum que pudesse pacificar o debate” (2004, p. 211).

Neste panorama, inúmeras são as sugestões que buscam conferir maior efetividade e protagonismo à responsabilidade civil. No entanto, o louvável reconhecimento de “novos danos” não pode cancelar lides temerárias e pretensões infundadas.

A ampliação dos interesses protegidos e as lesões ínsitas à “sociedade de risco” (BECK, 2013, p. 7) impõem a ampliação racional de institutos. A “sede de justiça” (JOSSERAND, 1941, p. 549) não pode significar a flexibilização ou a erosão completa dos pressupostos do dever de indenizar – acobertando a proliferação insustentável de demandas individuais indenizatórias.

O “dano social” exsurge como instituto capaz de superar tais dilemas, suprir o anseio de punição na esfera cível, sem olvidar o paradigma ressarcitório do sistema posto. Os precedentes sobre o tema, todavia, indicam vicissitudes processuais e desvirtuamentos da “nova categoria de dano” aventada por Antônio Junqueira de Azevedo (2004).

Em oposição ao ensaio inaugural sobre o tema, somente a acepção coletiva do dano social pode suprir a necessária superação do viés estritamente reparatório da responsabilidade civil e efetivar a capacidade da responsabilidade civil de responder ao anseio social, especificamente, modulando condutas, reprimindo ilícitos e punindo.

A responsabilidade civil, em face da eficácia duvidosa das sanções administrativas e penais, pode e deve ostentar característica punitiva. O dano social constitui mecanismo adequado de sanção no âmbito cível; mas somente sua compreensão coletiva pode conferir previsibilidade e segurança jurídica, evitando a proliferação de demandas temerárias e estabelecendo atuação racional dos legitimados para a tutela coletiva.

E, considerando o perfil estabelecido na Constituição Federal de 1988, o Ministério Público deve agir em favor da admissão desta “nova categoria de dano” nas ações civis públicas, preservando a prevalência da tutela coletiva em detrimento das demandas individuais, assegurando o necessário protagonismo à responsabilidade civil e, ainda, evitando demandas na esfera penal e administrativa.

## 2 DANO SOCIAL

Em ensaio publicado na Revista Trimestral de Direito Civil, Antônio Junqueira de Azevedo (2004) ressalta a insegurança jurídica do sistema, especialmente no tocante aos danos morais. Expõe que, a despeito da necessária aplicação da “teoria

do desestímulo”, o artigo 944 do Código Civil institui limite à aplicação da teoria dos ‘punitive damages’ no Brasil. Mais, ressalva a inadmissibilidade das decisões que “dissimuladamente” aumentam as indenizações “sem declarar que esse aumento é punição ou desestímulo” (idem, p. 377).

O autor, então, sugere uma “nova categoria de dano”, capaz de permitir o que antes “parecia proibido” (idem, p. 378). Define:

[...] um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social. (AZEVEDO, 2004, p. 378).

Trata-se de violação que enseja “diminuição da tranquilidade social” ou “quebra da confiança”, em situações (contratuais ou extracontratuais) que acarretam na “redução da qualidade coletiva de vida”. Atos “negativamente exemplares” que repercutem além da relação entre ofensor e ofendido, sendo a coletividade também vitimada, de forma que a condenação “visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito” (idem, p. 381). Resume Antônio Junqueira de Azevedo:

Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população (2004, p. 381).

A despeito do sintetismo do ensaio introdutório, a figura teve distinta aceitação e aplicação na doutrina e na jurisprudência. Neste sentido, a V Jornada de Direito Civil, coordenada pelo Conselho da Justiça Federal, aprovou o enunciado 456 que sedimenta a admissibilidade do dano social como espécie de dano inserta no artigo 944, do Código Civil: “A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018).

### **3 DANO SOCIAL X DANO MORAL COLETIVO**

Desde a concepção de Antônio Junqueira de Azevedo, a doutrina busca diferenciar os danos sociais dos danos morais coletivos.

Flávio Monteiro Tartuce Silva (2014, v. 2, p. 283) assevera que, embora os conceitos sejam “muito similares”, não são “sinônimos” porque se distinguem nos fundamentos e nas causas – “o dano social englobaria também as repercussões patrimoniais” da coletividade. Fabrício Angerami Poli (2014, p. 236), por outro lado, assevera que o dano social se assemelha aos danos morais coletivos como violação dos “direitos personalíssimos dos indivíduos” inseridos em uma sociedade – distintos apenas com relação ao aspecto punitivo.

Ricardo Diego Nunes Pereira (2016) ainda sugere a distinção entre o dano moral coletivo do dano social com fundamento na definição dos interesses transindividuais trazida no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Segundo este critério, qualificar-se-iam como dano social as violações a interesses e direitos difusos (inciso I); enquanto que o dano moral coletivo consubstancia violação a interesses e direitos coletivos em sentido estrito (inciso II) ou individuais homogêneos (inciso III). Desta forma, o dano social poderia ser identificado como aquele que atinge vítimas indetermináveis, ao contrário do dano moral coletivo (determinadas ou determináveis).

Em sentido diverso, Silvano José Gomes Flumignan (2015, p. 136) utiliza dos critérios de dano-evento e dano-prejuízo para distinguir o dano moral coletivo do dano social. Os danos morais seriam definição atinente ao dano-evento, em razão da violação de um direito da personalidade; opostamente, o dano social integra o dano-prejuízo, oriundo da violação de direitos individuais e/ou coletivos, sequer atrelados à personalidade.

Entretanto, respeitados os critérios distintivos aventados, a distinção prática está lastreada exclusivamente nas premissas adotadas. A admissão ampliativa do conceito de danos morais coletivos, como dano-prejuízo baseado em violações de qualquer natureza que repercutem negativamente (direitos personalíssimos) em uma sociedade, com viés preventivo e punitivo, aproxima as figuras. O dano social, como sugerido, nada mais é que uma espécie de danos extrapatrimoniais de natureza me-taindividual e propósito punitivo.

Deste modo, os danos morais coletivos são figura correlata aos danos sociais se associados ao propósito punitivo – como já admitido pela jurisprudência (BRASIL, 2017). A associação desta função punitiva, por outro lado, não está associada a qualquer violação de interesses/direitos – os danos sociais são, por definição, atos exemplarmente negativos, o que reaviva a importância da culpa na responsabilidade civil.

#### **4 FUNDAMENTOS PARA O DANO SOCIAL**

Nas palavras de Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino (2015), o dano social é um “instrumento paradigmático-constitucional”, que surge “para a efetivação dos objetivos do Estado”, legitimado na teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas.

Não há a menor dúvida sobre a influência da função social da responsabilidade civil no surgimento e legitimação dos danos sociais. Os elementos históricos que ensejaram no ressurgimento da função punitiva e pedagógica do “direito de danos” não podem ser ignorados – especialmente porque comuns em diversas experiências jurídicas (v.g. Espanha, Alemanha, França, Itália, Argentina, Equador, Colômbia, Chile etc.).

A constitucionalização do direito civil repercute na responsabilidade com a ampliação da tutela preventiva e reativa à “sociedade de risco”. A releitura com base na Constituição permite a dilatação do conceito de dano até nos sistemas mais restritos; como revela Cesare Salvi (2005, p. 70) sobre a expansão do modelo “típico” de danos extrapatrimoniais do Código Civil italiano.

Induvidosa a fundamentação do dano social com base no Estado Democrático a partir da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inciso II, da Constituição Federal), com base no objetivo fundamental republicano de “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inciso I, da Constituição) ou nos direitos fundamentais, como a “igualdade” (art. 5º, caput, da CF88). A “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (STRADA, 2000) justifica o protagonismo da responsabilidade civil como instrumento apto a mediar conflitos e impor valores.

Entretanto, a simples alusão à dignidade da pessoa humana, à socialidade ou à soberania esvaziam seu conteúdo. Como leciona Anderson Schreiber (2013, p. 128), a menção “descomprometida” à dignidade humana lhe serve apenas para a banalização. Apontar o “paradigma constitucional” do dano social implica no enfraquecimento do instituto.

Neste esteio, apesar do inequívoco fundamento legitimador na Constituição Federal, o principal argumento de legitimidade dos danos sociais é, paradoxalmente, sua aptidão para reduzir os danos reconhecidos a partir da consagração da responsabilidade civil com viés punitivo. Admite-se uma “nova categoria de dano”, a fim de otimizar a expansão irracional até então observada, buscando legitimar a responsabilidade civil e o próprio sistema jurídico.

O crescimento irracional de danos ressarcíveis repercute negativamente no sistema de Justiça; daí exsurge a relevância da teoria do dano social. Além da justificativa constitucional, o dano social tem aptidão de conciliar a natureza compensatória da responsabilidade civil com a exigência de sua multifuncionalidade inserida na “sociedade de risco”. Constitui espécie indenizatória utilitarista, apta a harmonizar a punição, a prevenção e a reparação, sem incidir no enriquecimento sem causa do aspecto indenizatório da função punitiva dos danos morais ou na ineficiência das sanções administrativas.

Reiteradas as vozes em sistemas de Civil Law de que o modelo estritamente reparatório carece de “eficiência” (CARVAL, 1995, p. 289); dentre nós, Nelson Rosenvald (2014, p. 289) indica que o caráter exclusivamente ressarcitório traz “resposta tímida do ordenamento jurídico à necessidade social de contenção de comportamentos”.

Até mesmo o conceito de “dupla função” da responsabilidade civil se mostra superado. A complexidade das lesões e da aptidão da responsabilidade civil impõe o reconhecimento de uma multiplicidade de funções. A indenização civil é a “conjugação” do ressarcimento com a punição e a prevenção (MENEZES DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 332). Aqui, o debate muito se assemelha àquele próprio da função da pena na seara penal.

A análise pelo viés da responsabilidade civil aponta que a cisão entre prevenção e punição está sedimentada em teorias absolutas ou retributivas da pena, não mais condizentes com o sistema jurídico – ao menos não de forma exclusiva<sup>1</sup>. Segundo Cleber Masson (2017, p. 617), o artigo 59 do Código Penal adota uma teoria

<sup>1</sup> Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 130) sintetiza as objeções de Claus Roxin para quem a ideia retributiva da pena “só é compreensível como mero ato de fé (irracional)”; destacável, também, a crítica de Winfried Hassemer, que reputa inaceitável a teoria absoluta da pena no direito penal moderno.

“conciliatória” da pena ao sugerir finalidade de reprobção e prevenç3o.

O car3ter ecl3tico da pena na seara criminal pode ser igualmente suplantado para o direito civil. A indenizaç3o punitiva n3o est3 baseada exclusivamente na expiaç3o, a rechaçar o car3ter preventivo. A prevenç3o, ainda, pode ser claramente identificada entre positiva e negativa, espec3fica e geral. Teresa Ancona Lopez (2010, p. 84) e Guido Alpa (2010, p. 128 e ss.) reconhecem a aproximaç3o entre o direito civil e o direito penal, apontando justamente o duplo aspecto da prevenç3o: geral e espec3fica, tal qual aventado na seara criminal.

Por outro lado, reconhecer o aspecto plurifuncional da responsabilidade civil imp3e fundamentaç3o espec3fica. Avalia Ricardo Dal Pizzol (2016, p. 329) que a menç3o à puniç3o nas condenaç3es por danos morais ostenta car3ter muito mais “ret3rico” que preventivo ou punitivo, not3vel a reproduç3o de “frases mecanizadas” sem densidade t3pica.

Consequentemente, o dano social encontra fundamento na m3ltipla funcionalidade da responsabilidade civil – permitindo abranger as finalidades reparat3ria, preventiva e punitiva, sem olvidar a necess3ria correspond3ncia a um dano e suprimindo v3cios de “criptofundamentaç3o” em valores aleatoriamente fixados sob o aspecto da puniç3o.

A inefici3ncia do vi3s reparat3rio possibilita a menç3o a outro fundamento dos danos sociais: o fundamento econ3mico.

A credibilidade da responsabilidade civil perpassa o aspecto da “efetiva reparaç3o de danos”, medida a efici3ncia por meio da responsabilizaç3o do agente “na precisa extens3o do dano”. Todavia, nem sempre tal ressarcimento seria alcançado (‘underdeterrence’), o que motivaria a indenizaç3o punitiva para suprir esta defici3ncia em casos de il3citos lucrativos ou “microdanos” ou “ofensas dolosas sem valor social” (PIZZOL, 2016, p. 275-303).

Por 3ltimo, o dano social pode ser amparado na frustraç3o do direito sancionador t3pico: penal e administrativo.

De acordo com Eugenio Ra3l Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (2016, p. 60), as concepç3es contempor3neas prevalentes de direito penal observam uma “ideia reitora” de “intencionalidade redutora do poder punitivo”. Os consagrados princ3pios da subsidiariedade e da fragmentariedade pretendem reduzir o espectro de incid3ncia do direito penal, fomentando penas distintas do encarceramento (cf. Regras M3nimas das Naç3es Unidas para a Elaboraç3o de Medidas N3o-Privativas de Liberdade – Regras de T3quio). Discute-se “vivamente” a reparaç3o do dano como “terceira via” do direito penal (ROXIN, 1997, p. 108).

Na esfera administrativa, o vi3s sancionador resta esvaziado pela inefici3ncia das ag3ncias reguladoras. Conforme estudo do Tribunal de Contas da Uni3o, em 2012 somente 3,7% das multas aplicadas pelos 3rg3os estatais de fiscalizaç3o foram efetivamente recolhidas. Consoante conclus3o do pr3prio TCU, a frustrada execuç3o das multas impostas caracteriza reduç3o no “desempenho obtido pelas referidas entidades no cumprimento de suas miss3es institucionais, uma vez que seu poder sancionador perde parte consider3vel de sua efic3cia” (BRASIL, 2012).

Neste esteio, o dano social exsurge como alternativa à inefici3ncia do direito

sancionador, responde à necessária implementação da multifuncionalidade da responsabilidade civil e, ao mesmo tempo, confere segurança jurídica e efetividade ao sistema.

## 5 APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Simple pesquisa nos repositórios de jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais indica que, apesar do temor sugerido por alguns autores (ROSSA, 2013), o percentual de demandas com a temática é ínfimo. Apenas nove Estados têm decisões colegiadas de segundo grau sobre o dano social, sendo a vasta maioria rechaçando-o pela inobservância do princípio da adstrição<sup>2</sup> – conforme precedente repetitivo do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014). Dentre os precedentes que admitiram a figura do dano social, destacam-se decisões das Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No Rio Grande do Sul, um sistema de loterias fraudulento (“Toto-bola”) ensejou a propositura de mais de uma centena de ações indenizatórias individuais. O voto condutor do Des. Eugênio Facchini Neto, que serviu de modelo nas demais demandas, indicou que, malgrado inexistisse no caso concreto “dano moral puro”, a ilicitude da conduta impunha uma “resposta” do direito civil. O dolo e a atuação “negativamente exemplar” como descritas por Antônio Junqueira de Azevedo permitiu às Turmas Recursais a condenação pecuniária com cunho sancionatório. Com efeito, foram impostos danos sociais cujo montante foi revertido ao Fundo de Defesa de Interesses Difusos, arbitrados em R\$10.400,00 em cada processo, totalizando quase dois milhões de reais em todas as demandas (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a 4ª Câmara de Direito Privado decidiu que o descumprimento reiterado de decisão sumulada e de precedentes dos Tribunais Superiores, consistente na recusa indevida de internação por plano de saúde, caracteriza dano social. Assentou, em apertada síntese, que o atendimento de urgência e emergência encontra respaldo legal (Lei n. 9.656, de 1998), o que fora reafirmado por Súmula do TJSP (n. 103)<sup>3</sup> e pelo Superior Tribunal de Justiça, intolerável a reincidência, a justificar a sanção no plano processual (recurso protelatório) e material, tanto no aspecto individual (danos morais), quanto difuso (danos sociais)<sup>4</sup>. O acórdão, contra o qual pende recurso especial no Superior

---

2 V.g. TJTO, AI 0011798-09.2015.827.0000 (TOCANTINS, 2015).

3 Súmula nº 103, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98” (Órgão Especial, 28/02/2013).

4 “PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. Configuração pelo

Tribunal de Justiça, fixou danos morais em favor da parte autora em R\$50.000,00 e R\$1.000.000,00 a título de danos sociais, revertidos em favor do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

A maioria das demandas, no entanto, resta decidida de forma singela pelos Tribunais, em aplicação vertical de precedentes vinculantes (art. 927 do Código de Processo Civil). Isto porque, como já destacado, o Superior Tribunal de Justiça ressalvou, em acórdão paradigma, a necessidade de que haja pedido a fim de que os danos sociais observem o princípio da correlação (artigo 492 do Código de Processo Civil). De acordo com o “Tribunal da Cidadania” a fixação de indenização “social” em ação individual, especialmente nos casos fixados a terceiro “estranho à lide” constitui decisão “teratológica”, indicando o enunciado n. 456 do CJF, que alude à legitimidade coletiva para o dano social. Restou assentada a seguinte tese:

É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide (BRASIL, 2014).

Em regra, a figura não é suscitada pelos legitimados das ações civis públicas – o que limita seu campo de aplicação, seja pelo princípio da congruência, seja pela ilegitimidade dos postulantes nas ações individuais existentes. Daí a necessidade de que os legitimados da Lei n. 7.347, de 1985, especialmente o Ministério Público – protagonista da tutela coletiva por imposição constitucional (art. 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988) –, reconheçam a relevância da figura na adoção de um paradigma preventivo e punitivo da responsabilidade civil.

## 6 CRITÉRIOS PARA O DANO SOCIAL

A adoção judicial do dano social sem maiores reflexões repercute contrariamente aos elementos que justificaram seu surgimento e aplicação. Por isso, impõe-se a ampliação do debate a fim de conferir efetividade ao instituto e segurança jurídica.

O primeiro aspecto sobre o conceito do dano social que precisa ser reafirmado é a exigência de “dolo ou culpa grave” (AZEVEDO, 2004, p. 382). Como leciona Cláudio Luiz Bueno de Godoy a objetivação e coletivização da responsabilidade civil não significam que a “culpa deve ser escoimada do sistema” (GODOY, 2012, p. 924). A fixação de indenização a título de pena depende justamente do elemento subjetivo, em específico o dolo ou a culpa grave. Sintetiza Ramón Daniel Pizarro (2000, p. 379) que a indenização punitiva demanda “algo mais que a mera negligência”.

Outro critério distintivo do dano social consiste na repercussão difusa. A partir do conceito exposto, o dano social não está adstrito ao patrimônio moral ou material da vítima, atingindo toda a sociedade em um “rebaixamento imediato do nível de vida da população” (AZEVEDO, 2004, p. 380), o que deve ser apurado sob parâmetros objetivos.

Os “pitorescos” exemplos doutrinários de dano social não podem ser qualificados como dano social. O “pedestre que joga papel no chão” ou o “passageiro que caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte.” (SÃO PAULO, 2013).

atende ao celular no avião” (SILVA, 2014, v. 2, p. 319) constituem atos reprováveis, mas que não extrapolam o nível de vida de toda uma população. Recomendável, portanto, a adoção de critérios objetivos capazes de indicar o rebaixamento da qualidade de vida da população.

A aferição da repercussão coletiva do dano social pode, por exemplo, basear-se nos efeitos da conduta dolosa ou gravemente culposa contra valores avaliados pela Organização das Nações Unidas no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e no Índice de Valores Humanos (IVH) como indicadores sociais – saúde, educação, renda per capita. No mesmo sentido, o IPS (Índice de Progresso Social) traz outras 53 (cinquenta e três) métricas, dentre elementos capazes de afetar o “bem-estar” coletivo e o “potencial” individual (PORTER; STERN, 2016, p. 13).

Por último, o critério mais relevante para o aperfeiçoamento da figura é o tratamento coletivo do dano social. Além da exigência de pedido, já decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, a indenização punitiva depende da legitimidade extraordinária daqueles legitimados para a tutela coletiva (*lato sensu*) e da destinação própria, capaz de evitar lides temerárias e não contrariar o modelo processual vigente.

Nos termos do enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil, na admissibilidade do dano social como inserto no artigo 944 do Código Civil, a legitimidade é própria das ações coletivas. Neste esteio, a fixação da indenização em demandas individuais em favor do autor, como sugerido no ensaio original, viola a legitimidade ordinária (artigo 18 do Código de Processo Civil), pois excepcional a “legitimidade coletiva do cidadão ou indivíduo” (NEVES, 2016, p. 190).

A questão da legitimidade, aliás, afeta também o aspecto da destinação. Malgrado seja prática recorrente nos precedentes sobre o tema, a fixação da indenização em favor de terceiros (v.g. entidades beneficentes e hospitais públicos) amplia subjetivamente a lide de forma indevida. De acordo com Judith Martins-Costa (2014, p. 7102), a solução aventada reflete a figura de um “trem descarrilhado” no âmbito da responsabilidade civil, violando, em específico, critérios de isonomia e fundamentação para o “prêmio” a terceiro estranho à lide.

Aqui, ilustrativa a Súmula n. 58 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. No panorama do poder conferido para tomar termo de ajustamento de conduta (TAC)<sup>5</sup>, o órgão de administração superior do Ministério Público de São Paulo<sup>6</sup>, responsável pelo arquivamento de inquéritos civis e pela homologação de eficácia dos compromissos firmados pelos demais órgãos de execução do Parquet, estabelece que: “SOMENTE SE HOMOLOGA” termo de ajustamento de conduta se as “indenizações e multas” forem “obrigatoriamente destinadas para fundos de proteção de direitos transindividuais”<sup>7</sup>. Analogamente, o dano social, em *ultima ratio*, consubstancia verba de natureza idêntica porque destinado a reparar

5 “Art. 5º. [...] § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (BRASIL, 1985).

6 Lei Complementar do Estado de São Paulo n. 734, de 1993, art. 5o, inciso III.

7 “SOMENTE SE HOMOLOGA promoção de arquivamento fundada em Termo de Ajustamento de Conduta desde que indenizações e multas, cominatórias e/ou compensatórias, sejam obrigatoriamente destinadas para os fundos de proteção de direitos transindividuais legalmente previstos” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016, caixa alta original do texto).

lesão que extrapola o interesse subjetivo das vítimas diretas, repercutindo de forma difusa no âmago social. Deste modo, ainda que admitida a legitimidade extraordinária de qualquer ofendido, a destinação da verba não pode ser aleatoriamente fixada para terceiro.

Por fim, destaca-se que a quantificação da indenização punitiva não discrepa dos paradigmas já consagrados no tocante aos danos morais, especialmente os coletivos. A gravidade da conduta, aqui também inerente ao conceito, serve como definição do quantum, tanto quanto a extensão do dano na coletividade (art. 944 do Código Civil). Salutar a adoção do método bifásico sugerido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (SANSEVERINO, 2010, p. 288), que confere previsibilidade com base nos precedentes jurisprudenciais para casos análogos.

## 7 CONCLUSÃO

Caracterizada a ineficiência do direito penal e do direito administrativo sancionador, transmite-se ao direito civil a esperança de regulação da sociedade. A punição na esfera cível decorre da dissipação do “muro” construído entre o direito público e o direito privado; inoxidável, todavia, a observância de critérios capazes de conferir eficiência aos “novos danos” sugeridos, sem que haja indevida litigiosidade, com a proliferação de lides temerárias e flexibilização indevida dos filtros do dever de indenizar.

A figura do dano social surge com o propósito de acobertar o protagonismo da responsabilidade civil, suprir vícios do direito essencialmente sancionador e, ainda, otimizar o tratamento das demandas indenizatórias.

Para tanto, porém, salutar a observância de critérios, como a efetiva repercussão difusa, a demonstração do elemento subjetivo e o tratamento próprio da tutela coletiva. O Ministério Público, como litigante ativo ou fiscal da lei das demandas coletivas, tem a responsabilidade de assegurar a eficácia das decisões condenatórias – resguardando o viés preventivo e punitivo da responsabilidade civil. Neste propósito, o dano social tem aptidão de, a um só tempo, consagrar a multifuncionalidade da responsabilidade civil e acobertar a ampliação do conceito de dano e de interesses tutelados, sem olvidar a racionalização da litigiosidade e o pressuposto do dever de indenizar: o dano.

## REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **La responsabilità civile**. Parte Generale. Torino: UTET, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 50, n. 19, pp. 211-218, jul./set., 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. **Dano Social como instrumento paradigmático-constitucional de efetivação da dignidade humana**. 2015. Disponível em: <<http://brasilino.adv.br/?p=40>>, acesso em 12 de maio de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no AREsp 1067993/RO**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 09 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 04 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo RL (Relatório de Levantamento) n. 022.631/2009-0**, Rel. Raimundo Carreiro, Plenário (acórdão 482/2012), sessão 07 de março de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Reclamação n. 12.062-GO**, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Turma, julgada em 12 de novembro de 2014, nos termos dos artigos 543-C, do Código de Processo de 1973 (atual art. 1.036, do Novo Código de Processo Civil).

BRASIL. **Lei n. 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 (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 07 maio 2018.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça. **AI 0011798-09.2015.827.0000**, Rel. Juíza convocada Célia Regina Regis, 1ª Câmara Cível, julgado em 09 de dezembro de 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado Cível n. 71001249796**, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto (3ª Turma Recursal), julgado em 27 mar. 2007.

SÃO PAULO. **Lei Complementar do Estado de São Paulo n. 734**, de 27 de novembro de 1993. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=14474>>. Acesso em: 07 maio 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Ap. n. 0027158-41.2010.8.26.0564**, Rel. Des. Teixeira Leite; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18 de julho de 2013.

CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**. Paris: L.G.D.J., 1995.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 04 maio 2018.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para a diferenciação entre o

dano moral, o dano social e os punitive damages. **Revista dos Tribunais**, vol. 958, ano 104, p. 119-147. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2015.

ROSSA, Gabrielle Barroso. O dano social na prática: A nova tendência nas ações judiciais contra grandes empresas. **Portal Migalhas**, 10 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI180129,51045-O+dano+social+na+pratica>>. Acesso em: 04 maio 2018.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Artigo 927**. In: PELUSO, Cezar (Coord.). Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. 6. ed. Barueri: Manole, 2012.

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**, fasc. 454, Vol. LXXXVI, pp. 52-63, Rio de Janeiro, abril de 1941.

STRADA, Alexei Julio. **La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 3, n. 9, Lisboa, pp. 7073-7122, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**, Volume I – Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Método, 2017.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários Ao Novo Código Civil** - Volume XIII (arts. 927 a 965), da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Súmulas do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP)**, n. 1 a 59. Enunciado n. 58 – São Paulo, 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho\\_superior/sumulas](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Os novos danos**: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abril 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11307](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11307)>. Acesso em 22 de abril de 2018.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**: prevención, reparación, punición : el daño moral en las diversas ramas del derecho. Colección Responsabilidad Civil, v. 17. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

PIZZOL, Ricardo Dal. **As funções punitivas e preventivas da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

vil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, 300p.

PORTER, Michael; STERN, Scott. Índice Progresso Social 2016 – Resumo Executivo, Social Progress Imperative, 2016. Disponível em: <[http://www.progressosocial.org.br/wp-content/uploads/2016/07/PT\\_SPI-2016-Executive-Summary.pdf](http://www.progressosocial.org.br/wp-content/uploads/2016/07/PT_SPI-2016-Executive-Summary.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2016.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General. Madrid: Civitas, 1997.

SALVI, Cesare. La responsabilità civile – Trattato di diritto privato (a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti). 2..ed. Milano: Giuffrè, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Flávio Monteiro Tartuce. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria do Delito, introdução histórica. 2..ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, v. 2.

**Submetido: 12/06/2018**

**Aprovado: 23/01/2019**



# O COMBATE À IMPUNIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA VÍTIMA E DA SOCIEDADE

## *THE FIGHT AGAINST IMPUNITY AS VICTIM'S AND SOCIETY'S FUNDAMENTAL RIGHT*

**Américo Bedê Freire Júnior**

Juiz Federal Titular em Vitória-ES

Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela Faculdade de Vitória

Doutor em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Vitória



## RESUMO

É fundamental reconhecer a existência de direito fundamental de combate à impunidade. O direito penal é um mal necessário. A ação penal privada subsidiária da pública tem também um caráter material de viabilizar o combate à impunidade. Não se pode naturalizar a impunidade como algo inerente ao sistema. Nenhum inocente condenado, mas também nenhum culpado impune é o equilíbrio esperado em um sistema que consiga proteger os direitos do réu, da vítima e da sociedade.

**Palavras-chave:** Dever de punir. Fundamentação do direito penal.

## ABSTRACT

It is essential to recognize the existence of a fundamental right to fight impunity. Criminal Law is a necessary evil. The Subsidiary Private Criminal Complaint has also a material aspect of enabling fight against impunity. It is not possible to trivialize impunity as something inherent to the system. No innocent sanctioned and no guilty unpunished is the expected balance in a system that reaches to protect accused's, victim's and society's rights.

**Keywords:** Duty to Sanction. Criminal Law's Ground.

## SUMÁRIO

1. Introdução: Contra a Expansão do Direito Penal e o Abolicionismo Penal. 2. O Direito Fundamental de Combate à Impunidade. 3. Conclusão.

Esse texto sobre penas no estado de Direito pertence a essa categoria. Ele trata de um tema que nenhum penalista racional jamais poderá admitir que algum dia seja esclarecido e que possa dar por resolvido. O sentido da pena estatal jamais será esclarecido de forma simplista e, como problema, jamais será resolvido. (HASSEMER, 2012, p. 336).

## **1 INTRODUÇÃO: CONTRA A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O ABOLICIONISMO PENAL**

O direito penal é indispensável para que uma sociedade organizada possa tentar manter a ordem e a coesão social. Se é certo o fato de vivermos em uma democracia plural com respeito à diferença, o problema é que, infelizmente, a espécie humana não consegue conviver harmonicamente desde priscas eras.

O sequestro do conflito pelo Estado, com a proibição da autotutela, foi uma forma de tentar minimizar o dano social e familiar que seriam inevitáveis caso ocorresse um contínuo processo de vingança estabelecido na total ausência de Estado.

Atualmente, encontramos duas claras utopias. O abolicionismo pretende erradicar o direito penal e, de outro lado, pessoas acreditam que a expansão do direito penal será a solução para os problemas que afligem uma sociedade desigual e narcisa.

De fato, a virtude está no meio, no equilíbrio. Não se deve falar em omissão do direito penal, nem em excesso. Proporcionalidade e proibição de proteção insuficiente coexistem nessa tentativa de equilibrar o sistema.

O Brasil tem problemas gravíssimos na seara penal. Ao mesmo tempo em que tem um número preocupante de presos e processos, tem uma impunidade e uma cifra oculta e dourada de criminalidade avassaladora.

O objetivo desse texto é entender se o que chamamos de jus puniendi é realmente apenas um direito, uma opção do Estado ou se, em nosso sistema constitucional, podemos enxergar um direito da vítima e da sociedade para que haja, de fato, o combate à impunidade.

## **2 O DIREITO FUNDAMENTAL DE COMBATE À IMPUNIDADE.**

Destaco que de fato existe, sim, um direito fundamental da vítima e da sociedade a uma efetiva punição àquele que comete crime.<sup>1</sup>

Germano Marques (2000, p. 24), ao apontar um modelo ideal para o processo penal, define com precisão “que nenhum responsável passe sem punição (impunitum non relinqui facinus) nem nenhum inocente seja condenado (innocentum non condemnari)”.<sup>2</sup>

---

1 Cabe frisar que esse direito de punir não se subsume à simples legalidade penal. É preciso que haja um controle material sobre os tipos de crime que realmente devem existir no ordenamento. A intervenção mínima, a fragmentariedade e a teoria dos bens jurídicos são limites ao legislador, que não pode criminalizar de qualquer modo. Todavia, quando presentes as condições que legitimam e justificam a criação do tipo penal, a impunidade não pode ser tolerada.

2 Douglas Fisher defende sistema parecido chamando-o de garantismo penal integral e destacando que: “Em síntese, do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos inves-

Não se pode construir um processo baseando-se, exclusivamente, no topos<sup>3</sup> de que nenhum inocente seja condenado.

Sem dúvida, é fundamental a preocupação de evitar a condenação de inocentes, pois nada pode justificar e nem reparar a dor e o sofrimento de quem é injustiçado pela justiça penal.

Essa preocupação não legitima olvidar que também é um topos importante a ideia de que quem pratica o crime deve ser punido.

Existe apenas uma aparente contradição entre esses topos. Impedir a condenação de um inocente não significa, *sic et simpliciter*, que um culpado deve ficar impune. É possível compatibilizá-los<sup>4</sup>.

As regras processuais devem ser concebidas e lidas de modo que o Estado não possa condenar um inocente por questões ideológicas ou seletividade, ou por qualquer outro motivo ilegítimo. Ainda, não pode esse mesmo Estado ficar omisso, permitindo que um culpado zombe da vítima e da sociedade com sua liberdade conseguida a partir de pretensos direitos ou de um sistema que, a pretexto de impedir a condenação de um inocente, na prática, impede a condenação de um culpado.

A condenação de um culpado não é apenas um mal necessário. Ideal seria que o crime tivesse sido impedido, mas, uma vez praticado, a impunidade é uma segunda grave violação à ordem jurídica e aos direitos fundamentais. Por outro lado, a absolvição de culpados não é o preço para se viver em um Estado Democrático de Direito.

Não se deve ser tão leniente com a impunidade e nem tratar com normalidade o fato de o direito penal brasileiro não conseguir alcançar determinados setores tidos e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral.” (FISHER, 2010, p. 48). Zunzunegui afirma também: “La noción garantista del proceso no puede seguir descansando unicamente en el respeto a los derechos del acusado. Es preciso integrar esta cosmovisión reduccionista con nuevas exigencias vinculadas a la defensa de los derechos a las víctimas. Para ello es preciso mitigar la patógena influencia de la teoría de los vasos comunicantes, según la cual una mayor efectividad de los derechos de las víctimas supone necesariamente un menoscabo de los derechos del imputado.” (ZUNZUNEGUI, 2006, p. 40).

3 Em sentido contrário à utilização desses topos no direito penal, Silva Sanchez afirma que: “Em todo caso, porém, a questão está na possibilidade de prescindir do sistema, no âmbito jurídico-penal, para utilizar em seu lugar apenas um conjunto de topos, para decidir a solução concreta de um problema de nossa disciplina. Diante das dificuldades que a tópica produziria em matéria penal, tão especialmente vinculada aos princípios de igualdade e segurança jurídica, a resposta à questão formulada no final do parágrafo anterior tem que ser negativa. De fato a tópica teve no âmbito jurídico-penal uma repercussão insignificante, se comparada com sua incidência no Direito Civil por exemplo.” (SÁNCHEZ, 2011, p. 136). É um grave equívoco excluir a tópica do Direito Penal e atualmente essa utilização vem sendo resgatada.

4 “Es preciso mitigar la patógena influencia de la teoría de los vasos comunicantes, según la cual una mayor efectividad de los derechos de las víctimas supone necesariamente un menoscabo de los derechos del imputado” (ZUNZUNEGUI, 2006, p. 40).

mais favorecidos da sociedade.

É certo que grassa profunda controvérsia sobre a finalidade da pena, sobre a necessidade de alguns fatos serem definidos como crimes<sup>5</sup>, sobre a importância de que o direito penal seja realmente, ultima ratio, fragmentário, que respeite o princípio da ofensividade. Por outro lado, superadas essas ponderações, subsistirão condutas que devem ser punidas penalmente, como por exemplo, homicídio, roubo, corrupção etc.

Os erros e excessos<sup>6</sup>, e não são poucos, de vários sistemas penais não justificam a sua extinção ou a adoção a priori de medidas que inviabilizem a condenação de culpados.

A grande vantagem da tópica para fundamentar a análise dos problemas penais é que, ao dar atenção ao problema, vai ao encontro da lógica penal de que não existem dois crimes iguais e que o direito penal é essencialmente direito penal do fato.

A preocupação com o estudo do caso e não partindo de ideias apodíticas<sup>7</sup>, ou de mera colagem de jurisprudências, permite um novo colorido na interpretação jurídico penal.

Esses topoi, que são necessariamente flexíveis, permitem que o operador do direito tenha a liberdade necessária para, verificando que naquele caso concreto o correto é, por exemplo, não punir o réu, tendo o julgador, então, poderes para deixar de aplicar a norma penal incriminadora de modo justificado.

Há, sim, o dever de declarar inconstitucionais, por exemplo, tipos penais que tenham por base a ideologia de determinado Estado, ou, como foi feito mais recen-

5 Em sentido contrário, afirmando ser inútil uma busca de coerência na formulação das leis penais, Nietzsche vai destacar que: “O que revelam as leis. – É um grave erro estudar as leis penais de um povo como se fossem a expressão de seu caráter; as leis não revelam o que um povo é, mas o que lhe parece estranho, estrangeiro, singular, extraordinário. As leis se referem às exceções à moralidade dos costumes; e as penas mais duras atingem o que está conforme aos costumes do povo vizinho; Assim, para os vaabitas há somente dois pecados mortais: ter outro deus que não o seu e – fumar (que eles chamam de “o modo infame de beber”). “E o assassinato e o adultério?” – perguntou, assombrado, o inglês que tomou conhecimento disso. “Deus é clemente e misericordioso!” – respondeu o velho chefe. – De modo igual, entre os antigos romanos havia a ideia de que uma mulher só podia pecar mortalmente de duas maneiras: cometendo adultério e – bebendo vinho. Catão, o Velho, achava que o beijo entre parentes se tornara costume apenas para manter as mulheres sob controle nesse ponto; pois um beijo significava: ela está cheirando a vinho? Realmente, mulheres flagradas com vinho foram condenadas à morte: e não simplesmente porque às vezes, sob o efeito do vinho, as mulheres são incapazes de dizer “não”; os romanos temiam sobretudo o espírito orgiástico e dionisíaco que vez por outra assolava as mulheres do Sul, quando o vinho era ainda novo na Europa: para eles aquilo era um monstruoso exotismo, que transtornava o fundamento da sensibilidade romana; era quase que traição a Roma a incorporação do estrangeiro.” (NIETZSCHE, 2012, p. 82). Defendendo não existir fundamento legítimo para o direito de punir, Zaffaroni afirma: “julgamos ter chegado o momento em que a doutrina penal do estado de direito deve deixar de legitimar a pena e o poder punitivo e reconhecer que este carece de racionalidade, pois canaliza um elemento racional como é a vingança. Se o saber jurídico penal decidisse ignorar a função do poder punitivo, reconhecendo sua irracionalidade e sua existência como mero factum, assumiria diante dele a nobre função de projetar normativamente sua contenção.” (ZAFFARONI, 2012, p. 404).

6 Vera Andrade sintetiza esses abusos ao afirmar que: “o poder punitivo estatal e o controle penal moderno se exercem seletiva e estigmatizantemente, ou, numa palavra, com recorte violentamente classista, racista, sexista e outros istas, quando não genocida.” (ANDRADE, 2012, p. 209).

7 Não há sentido falar em *primum verum* sobre tema tão gerador de conflitos e polêmico como é a questão da justificativa para o dever de punir do Estado.

temente no Brasil, quando ocorreu a utilização de direito penal para criminalizar condutas contrárias ao interesse da FIFA<sup>8</sup>.

Em nenhum momento se defende aqui uma punição pela punição ou poderes para além do respeito aos direitos fundamentais do investigado. É irrefutável que a tortura<sup>9</sup> não pode ser admitida como prova e que existem limites para o Estado efetivar a busca de justiça ou de vingança, e, ainda, que não existe pena neutra<sup>10</sup>.

Definitivamente, não se pode cair no discurso de que os fins justificam os meios, até porque, como lembra Hannah Arendt (ARENDR, 2010, p. 286):

Falar de fins que não justificam todos os meios é cair em paradoxo, pois a definição de um fim é precisamente a justificação dos meios; e os paradoxos sempre indicam perplexidades, jamais as resolvem, e por isso jamais são convincentes. Enquanto acreditarmos que lidamos com fins e meios no domínio político, não poderemos impedir que alguém recorra a todos os meios para alcançar fins reconhecidos

O que se quer, então? Apenas que dentro das regras exista um julgamento justo, de modo que faça parte da justiça criminal que culpados sejam condenados.

É um grave equívoco vislumbrar que apenas o réu tem direitos fundamentais e que o Estado somente deve ser avaliado pela forma com que respeita os direitos fundamentais do réu. É inquestionável a importância desse respeito para a configuração de um Estado Democrático de Direito. Todavia, esse é apenas um lado da moeda que não esgota a obrigação do Estado para com a vítima e com a sociedade.

O lado do direito fundamental da vítima e da sociedade, de verem aqueles que efetivamente cometeram crimes serem punidos após o devido processo penal, é um direito fundamental relevante e deve inspirar a interpretação do sistema penal.

Silva Sánchez (2011, p. 91) relata, embora não sendo seguidor dessa corrente, que:

8 A lei geral da Copa de número 12.663/12 produziu a seguinte tipificação penal: “Art. 33. Expor marcas, negócios, estabelecimentos, produtos, serviços ou praticar atividade promocional, não autorizados pela FIFA ou por pessoa por ela indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais da ocorrência dos Eventos, com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.” Existe um bem jurídico que deva ser tutelado pelo direito penal nessa norma jurídica? Há o reforço de valores comuns na sociedade que precisam ser preservados através do direito penal? Ou é apenas a utilização do direito penal para proteger interesses econômicos da FIFA e de seus patrocinadores? Essa tipificação é de uma inconstitucionalidade solar. Definitivamente nenhum juiz penal no Brasil deveria aplicar essa norma.

9 Hannah Arendt destaca interessante visão sobre a tortura ao falar que esse instrumento de prova não podia ser aplicado aos cidadãos livres: “Os gregos derivavam sua palavra para tortura, *anagkai*, de necessidade, e não de bía, que era o termo usado para violência de um homem contra outro; e essa é também a razão do fato histórico de que, em toda a Antiguidade ocidental, a tortura, a necessidade que nenhum homem pode suportar, só podia ser aplicada a escravos, que, de qualquer forma, já estavam sujeitos à necessidade [...] A crença é de que ninguém pode inventar uma mentira sob tortura: ‘On croyait recueillir la voix même de la nature dans le crisis de la douleur. Plus la douleur pénétrait avant, plus intime et plus vrai sembla être ce témoignage de la chair et du sang .Wallon, *Historie de lésclavage dans l’antiquité*, i, 325)’. A psicologia dos antigos era muito mais cônica do que nós do elemento liberdade, de invenção livre, que existe na mentira. As necessidades introduzidas pela tortura supostamente destruíam essa liberdade e, portanto, ela não podia ser aplicada aos cidadãos livres.” (ARENDR, 2010, p. 160).

10 Pech destaca que “nestes últimos anos, emerge uma nova utopia, a utopia da pena neutra. Uma pena liberta de toda a referência ao sagrado, de toda a violência, de toda a paixão vindicativa, de toda a intenção moral e de todo o arbítrio na sua execução.” (GARAPON,; GROS; PECH, 2001, p. 139).

Por outro lado, contudo, aqui se apresenta a suposta necessidade de transformar o jus puniendi (direito de castigar) do Estado em um dever deste em face da vítima, que seria a autêntica titular do direito. No horizonte do debate aparece, em primeiro plano, a questão dos “delitos de impunidade” como fenômeno jurídico-político, embora a questão teórica obviamente transcenda a este. Mas é significativo que, ao final, a lógica do “dever de castigar” converta o Estado em “partícipe da lesão pública da justiça”, como se sugere. FLETCHER chega a afirmar literalmente que “o fato de deixar de castigar intencionalmente os agentes que, não obstante, mereceriam uma pena, leva a uma responsabilidade indireta pelo delito”.

A vítima não pode ser continuamente esquecida. O jus puniendi é um dever e não uma mera opção do Estado. A cláusula pétrea de nossa Constituição, que prevê a ação penal privada subsidiária da pública<sup>11</sup>, reforça a lógica de que a vítima não deve tolerar e nem compactuar com a omissão do Estado no exercício do direito de punir.

Não se olvide da necessidade de prevenção, uma vez que a nossa Constituição prevê, no artigo 5º, caput, a segurança como direito fundamental, o que demonstra a necessidade de medidas preventivas também no combate à criminalidade.

Nesse diapasão, devemos sempre lembrar a importância para o direito da eleição das premissas que vamos adotar em nosso raciocínio jurídico, pois como Viehweg (2008, p. 99) destacou:

Esta simples e consequente dicotomia pergunta-resposta é, extraordinariamente, profícua e devemos nos esforçar em aprofundarmo-nos nela, vinculando-a com o atual curso de nosso pensamento. A referida dicotomia significa que em nossa disciplina tudo se orienta, de um modo reiterado e concludente, para a grande aporia fundamental, que encontra sua formulação na pergunta pelo ordenamento justo e conduz, cabalmente a entender o direito positivo, em sua função de resposta, uma parte integrante da busca do direito [...] Decisiva é antes a especial escolha das premissas que se produz como consequência de um determinado modo de entender o direito a vista da aporia fundamental.

O equívoco da teoria abolicionista<sup>12</sup> é partir da premissa de que o direito penal não serve para nada ou sustentar a lógica de a pena ser sempre injusta dizendo que o único caminho legítimo é ampliar direitos fundamentais do réu, até mesmo evitando a condenação do culpado. Essa tentativa de deslegitimar o sistema penal em nada contribui para uma maior proteção de toda a sociedade e da vítima.

Adote-se ou não a teoria dos bens jurídicos<sup>13</sup>, o fato é que o direito penal tem

11 Cabe destacar que para Sergio Demoro Hamilton essa ação é um exemplo de ação penal popular, podendo qualquer pessoa do povo promover a ação penal privada subsidiária da pública. Essa posição reforça a lógica do direito de punir pertencente a toda a sociedade. Sergio Demoro afirma ainda no mesmo artigo em tom provocativo: “Só o réu tem direitos humanos! E as vítimas e suas famílias como ficam? Bem, estas, que se virem, perdoem-me o tom pouco acadêmico. É chegada a hora de criar-se uma pastoral para as vítimas de crime!” (HAMILTON, 2002, p. 12).

12 Os principais autores abolicionistas eram Louk Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen. Nils Christie mudou de opinião na sua obra, afirmando que “O abolicionismo, em sua forma pura, não é uma posição alcançável. Não podemos abolir totalmente o sistema penal [...] o que mais me toca pode ser chamado de minimalismo”. Ele está próximo do abolicionismo, mas aceita que, em certos casos, a pena é inevitável (CHRISTIE, 2011, p. 130).

13 Grassa profunda controvérsia na doutrina sobre a utilidade da teoria dos bens jurídicos como

uma missão nobilíssima de proteção. É certo que não é a panaceia para todos os males e que não tem poderes para mudar a natureza humana, bem como não pode servir a interesses escusos de grupos econômicos ou dos detentores do poder. Não se pode criar, todavia, uma nova aporia com a eliminação do sistema penal.

A aplicação da sanção, após o devido processo penal, é um direito fundamental da vítima<sup>14</sup> e da sociedade, faz parte do processo civilizador que impediu a vingança privada e é uma promessa e dever do Estado. Paul Ricoeur (RICOEUR, 2008, p. 184), com precisão, lembra que: “É na estrutura do processo, tal como este deveria desenrolar-se num Estado de Direito, que se deve buscar o princípio da separação entre vingança e justiça”.

O processo penal passa a ter um papel fundamental. Não se admite qualquer forma de processo, como bem destacou João Silvério Junior (2014, p. 74):

O processo penal neste contexto ganha relevância exatamente por constituir a técnica de engano de violência, já que o seu propósito é substituir a vingança pela argumentação compartilhada das palavras. Para que essa violência seja aceita e se interrompa o ciclo infinito de mimese é preciso uma metamorfose. Substitui-se um modelo monologante por um dialogante.

Não se pode ver o Estado apenas como inimigo e violador de direitos fundamentais. É indispensável que o Estado assuma um papel ativo no combate à criminalidade não reproduzindo a violência, mas atuando com sabedoria, a fim de realizar uma seletividade adequada a partir dos bens jurídicos mais relevantes, e não determinada pela condição econômica do réu.

A impunidade é uma falha do sistema que o deslegitima e não traz para a vítima e para a sociedade a resposta adequada à agressão sofrida, fazendo com que se diminua a credibilidade no sistema. Ademais, cria-se uma sensação de imunidade no autor do crime, que se vê livre e com a impressão de que poderá repetir atos criminosos, porque nada lhe acontecerá.

Não podemos olvidar, também, que existe na Constituição a previsão de mandados de criminalização<sup>15</sup> e que o princípio da vedação de proteção insuficiente<sup>16</sup> impede, do ponto de vista do direito posto, a tese abolicionista do direito penal, bem como uma legislação leniente e tolerante com a impunidade.

fundamento e limite do poder punitivo do estado penal. A própria teoria tem subdivisões aqueles que defendem que a Constituição é a única fonte dos bens jurídicos e a visão mais ampla de que existem bens jurídicos para além da Constituição. Chamando ou não de bem jurídico é inegável que o direito penal não pode ser um mero capricho de legisladores ou a tentativa de imposição ideológica de determinado Estado.

14 Zunzunegui afirma que: “Una adecuada participación de las víctimas en el proceso no debe entenderse como una mera concesión sino como un derecho genuino y originario. El proceso debe garantizar un espacio de acogida y atención a las víctimas.” (ZUNZUNEGUI, 2006, p. 35).

15 Diversas Constituições do mundo ocidental, notadamente aquelas que erguidas no segundo pós-guerra, albergaram obrigações (mandados) de penalizar. A Constituição do Brasil (1988) aderiu a essa metodologia, agregando ao texto constitucional algumas cláusulas que impõem ao legislador a edificação de tipos penais que se disponham a coibir determinadas condutas. Em menor intensidade, igualmente despontam mandados de penalização das Constituições da Espanha, Itália, França e Alemanha (FELDENS, 2005, p. 80).

16 O STF já reconheceu a aplicação desse princípio na seara penal em mais de uma ocasião. Recentemente, quando entendeu que a exigência de representação para o crime de lesão corporal leve previsto na lei Maria da Penha consubstanciava uma proteção insuficiente. Ver informativo 654 do STF.

Por fim, devemos lembrar uma história (ZIZEK, 2008, p. 09) acerca de um trabalhador suspeito de furtar no trabalho:

Todas as tardes, quando sai da fábrica, os vigilantes inspecionam cuidadosamente o carro de mão que ele empurra, mas nunca encontram seja o que for. Até que, um dia, descobre-se a trama: o que o trabalhador rouba (sic) são carros de mão.

O Direito Penal atual também vem errando o foco ao se esquecer da vítima e da sociedade e olhar apenas para o réu. É preciso recuperar os direitos da vítima, chegando alguns autores a destacar o principio *in dubio pro victima*<sup>17</sup>.

A impunidade não deve ser tolerada tão facilmente, e é preciso encontrar uma justa medida de respeito a direitos fundamentais do réu e da vítima, não se admitindo que o pêndulo fique só em um lado, fazendo com que a vida em sociedade seja menos angustiante.

Para concluir esse tópico, há de se lembrar Tobias Barreto (2004, p. 161), que afirmou com precisão:

Há homens que tem o dom especial de tornar incompreensíveis as cousas mais simples deste mundo, e que ao conceito mais claro que se possa formar sobre esta ou aquella ordem de factos, sabem dar sempre uma feição pela qual o axioma se converte de repente em um enygma do esphinge [...] o direito de punir é uma necessidade imposta ao organismo social por força do seu próprio desenvolvimento. A theoria que por mero gosto de levantar pontos de interrogação, onde já existem pontos finais, ainda problematiza esse direito, intuitivo e liquido, é irmã daquela outra que tinha coragem de perguntar com todo o serio, se não era possível a existência de uma nação ou de um estado sem território próprio, verdadeira extravagância, que hoje difficilmente occupará a atenção de um espírito desabusado.

### 3 CONCLUSÃO

O direito penal na época das incertezas: da vingança incivilizada, passando pelo processo até o resgate da vítima.

Não existe um único modelo de direito penal. É possível reconhecer até a existência fática de tribunais do crime<sup>18</sup>, o que me parece uma contradição em ter-

17 “Se ha afirmado que el acto de hacer justicia tanto al acusado como a las víctimas, es la finalidad básica del Tribunal. Estimo, más bien, que la tarea prioritaria de los órganos jurisdiccionales es la obtención de una respuesta justa para las víctimas en un espacio institucional respetuoso con las garantías del victimario. La pupila judicial debe percibir el mensaje de las víctimas, pues sólo a partir de la comprensión de lo que ellas significan puede cimentarse la idea de justicia. Por ello, tiene pleno sentido la propuesta de BERISTAIN, centrada en buscar en la cosmovisión judicial un acomodo para el principio ‘In: dubio pro víctima’. No se trata de poner en tela de juicio el paradigma ‘pro reo’ en el campo de la prueba; se busca, más bien, hacer presente a los jueces que cada una de sus decisiones debe estar gobernada por la comprensión del significado de las víctimas, dado que la injusticia por las víctimas padecida, es el punto de partida de la justicia por los jueces buscada. En términos axiológicos, constituiría un modelo de discriminación positiva coherente con una justicia que ofrece al que sufre una injusticia la máxima protección pensable – en términos de eficiencia – y posible – en términos de garantía -. En palabras de JANKELEVITCH, La justicia está para dar a la debilidad el suplemento de fuerza que necesita; sin la justicia las desigualdades abandonadas a si mismas crecerían sin descanso. Comprendida y vivenciada de esta manera, no se priva a las víctimas de esperanza en la justicia” (ZUNZUNEGUI, 2006, p. 36).

18 Sem pretensão de esgotar o tema, cabe mencionar, ainda, um terceiro tipo de ‘Justiça Penal’,

mos, uma vez que não se pode chamar de direito penal um julgamento e uma sanção não previstos na lei do Estado.

Não se deve ser pessimista. Sempre é possível aperfeiçoar o sistema. Cabe lembrar as palavras de Falcone (2012, p. 170):

Isso demonstra que, mesmo com o nosso arsenal legislativo complexo e frequentemente contraditório, é possível impor uma verdadeira ação repressiva na presença de crimes sem autor e inquiridos sem provas. Sempre podemos fazer alguma coisa: máxima que deveria ser gravada na cadeira de todo magistrado e de todo policial. Para evitar que se refugiem comodamente no lugar-comum de que a máfia, sendo antes de tudo um fenômeno socioeconômico - o que é verdade -, não possa ser reprimida de modo eficaz sem que ocorram mudanças radicais na sociedade, na mentalidade e nas condições de desenvolvimento. Reafirmo, ao contrário, que sem a repressão não se restabelecerão as condições para um desenvolvimento ordenado.

O nosso artigo 5º da CF não deixa dúvidas ao prever a ação penal privada subsidiária da pública como meio de propor uma demanda toda vez que a ação pública não for proposta no prazo legal. É possível reconhecer, então, nessa possibilidade de movimentação da máquina processual pela vítima, o reconhecimento material do direito da vítima de combate à impunidade.

A inércia do MP não é tolerada. O constituinte transfere a possibilidade de iniciar a ação, colocando como direito fundamental a ação movida pela vítima<sup>19</sup> ou por qualquer pessoa da sociedade como forma de evitar a impunidade.

A regra constitucional tradicionalmente era lida apenas em seu aspecto processual como uma regra de titularidade, mas veja que ela interfere como uma exceção no artigo 129, inciso I, da CF, com o peso de ser uma cláusula pétrea.

Há um conteúdo material na regra da ação penal privada subsidiária da pública, que é a ideia de um direito fundamental de combate à impunidade.

Uma questão interessante é como compatibilizar esse direito com a justiça penal consensual. Efetivamente, a justiça penal consensual aplica pena, não se tratando de uma forma de impunidade, razão pela qual não se pode argumentar no sentido de ser essa modalidade uma exceção ao direito de combate à impunidade.

Nas hipóteses em que são negociados acordos de imunidade, deve ser cláusula obrigatória a reparação do dano à vítima. Deveras, a vítima é a verdadeira titular do direito de punir, que é transferido ao Estado para civilizar o castigo<sup>20</sup>.

---

exercida por modelos informais de natureza não estatal, ou melhor, atuante no vazio estatal. Referimo-nos aos 'Tribunais do Crime' em que há estrutura com órgãos de julgamento diversos, com graus hierárquicos e competências variáveis de acordo com a gravidade das infrações. O rito prevê o 'debate', que é a sessão de julgamento, com testemunhas, 'advogados de defesa' e 'promotores de acusação'. Faz-se registro com atas de julgamento, que contam com um campo para dados dos acusados. Há um relatório do caso e a sentença, que também são assinados pelos próprios julgados, numa espécie de aceitação ou anuência das decisões dos julgadores. Das decisões não cabe recurso. Esses tribunais, que no início julgavam apenas disputas entre presos integrantes das facções criminosas, passaram a julgar também 'pequenas infrações' que envolvem comerciantes e moradores de bairros dominados pelo crime organizado". (BADARÓ, 2017, p. 141-142).

19 Sérgio Demoro Hamilton e alguns autores reconhecem que há a possibilidade de se reconhecer uma ação penal popular nesse caso. De fato o artigo 5º não restringiu a vítima. Em se tratando de um direito fundamental de todos é interessante a tese de que se trata de uma ação penal popular.

20 Rene Girard destaca que: Não há, no sistema penal, nenhum princípio de justiça realmente di-

Desde tempos imemoriais<sup>21</sup>, foi necessário estabelecer sanções. Não há prazer em punir, nem o *schadenfreude*. Apenas há o cumprimento de um dever constitucional para com a vítima e a sociedade. A humanidade precisa de ordem para que consiga viver em sociedade. A esperança em uma paz eterna sem qualquer possibilidade de sanção jurídica para aqueles que são infratores é uma utopia não aceita nem mesmo pela religião.

O processo penal é, simultaneamente, o escudo e a espada, como lembrado

---

ferente do princípio de vingança. O mesmo princípio funciona nos dois casos: a reciprocidade violenta, a retribuição. Ou esse princípio é justo e a justiça já está presente na vingança, ou então não existe justiça em lugar nenhum. A língua inglesa afirma, sobre aquele que executa sua própria vingança: *he takes the law into his own hands.. fez justiça com as próprias mãos* “ (GIRARD, 1990, p. 28).

21 Galdino Siqueira já destacava no império que : Em todos os tempos e em todos os povos, a pena ou um subrogado da pena é um facto constante, evoluindo sempre com o mesmo caracter, a principio como sanção de quasi todas as relações juridicas, moraes e religiosas, indistinctamente englobadas, e depois restringindo-se, com a diferenciação dessa relações, a determinadas relações juridicas, abrandando-se successivamente, em correspondencia com o estado social da communhão, tornando-se mais humana, mais individual. Nos aggregados sociaes de estrutura familiar, isto é, nos aggregados que repousam sobre a comunidade de sangue e relações de parentesco, que precederam á fundação do Estado (horda, gens e tribu), vamos encontrar as manifestações primitivas da pena, na forma principal da privação da paz social ou proscricção, quando é infligida como punição do membro da tribu que na sua intimidade se fez culpado para com ella ou para com os companheiros, ou na forma da vingança de sangue, quando infligida como punição do estranho que veio de fóra invadir o circulo do poder e da vontade da sociedade ou de algum de seus membros.

Em um ou em outro caso, a pena apesenta-se, desde as primeiras phases do seu desenvolvimento, como uma reacção que, conquanto não seja claramente consciente nem claramente querida, é todavia exercida de facto em nome do direito; é reacção social contra acções anti-sociaes.

Carece consequentemente de fundamento a opinião muito generalisada, segundo a qual a pena tem a sua origem no instinto da conservação individual, que se manifesta como instinto de vingança. E’ o grupo a que pertence o offendido, quem se vinga, não contra o offensor simplesmente, mas contra o grupo de que este faz parte.

A privação da paz social, a *vindicta* não é, pois, simples reacção do indivíduo, mas reacção do aggregado social contra acções anti-sociaes (FRANZ VON LISZT).

A explicação deste facto, diz JOSÉ HYGINO, está em que na infancia das sociedades o individuo nada é fora do seu grupo; a renuncia á vingança seria uma especie de suicidio para o individuo e consequentemente para a familia.

Mas semelhante reacção, por isso mesmo que era entregue aos interessados, exercendo-se arbitrariamente, e como nota IHERING, juntando-se assim á injustiça existente uma injustiça nova, devia ceder logo á lei da ordem.

A primeira limitação imposta, assim, pela necessidade e sob o influxo do sentimento de justiça, embora impreciso, de que é manifestação, veio do talião, fixando-se mais ou menos equipollentemente o mal que era permittido infligir ao offensor.

A segunda limitação veio da composição ou indemnisação que o delinquente devia pagar á familia offendida, em troca da qual lhe era guardada e aos seus parentes a paz social.

A principio facultativa, tornou-se obrigatoria, pela intervenção da autoridade, que de arbitro que era entre as partes contendoras, passa á posição de juiz.

O preço do resgate a pagar (*compositio*, de *componere*, contribuir) é, então, fixado uma vez por todas entre os membros da colectividade e graduado conforme a gravidade da lesão e qualidade do aggressor. Encontramos a constatação desses usos nas leis de MOYSÉS (Levitico, cap. XXXIV, 19, Exodo, cap. XXI 28), na Illiada, de HOMERO, verso 623, na primitiva phase do direito romano (Gaius, III, § 223), nas leis dos povos germanicos, que primeiramente pelos alanos, e depois pelos wisigodos, transplantaram taes usanças para a Lusitania. Elevando-se assim o poder publico acima dos grupos familiares, subordinando-os aos fins sociaes, creando-se dest’arte o Estado, como ultima forma do desenvolvimento da vida collectiva, a principio pouco coheso, mal seguro, depois lentamente se definindo distinctamente, com fins proprios, munido de força precisa, a concepção da pena como direito privado, cede logar á concepção política, que vae imperando successivamente, transformando o poder represivo em direito publico de punir.” (SIQUEIRA, 2003, p. 22-23).

em uma brilhante metáfora<sup>22</sup>. Há obrigações penais e mandados de criminalização, bem como existe um direito de combate à impunidade.

A pena deve ser uma conseqüência lógica e inexorável da prática de crimes. É certo que o retribucionismo<sup>23</sup> é a principal, ou até mesmo a única, função da pena. A impunidade gera uma desconfiança no sistema, estimulando a volta da barbárie com a realização de atos de justiça privada pela vítima e pela sociedade, bem como a omissão estatal fornece a sensação de que vale a pena violar a lei.

Por essas razões, é indispensável que seja reconhecida a existência de um direito fundamental de combate à impunidade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

22 Noção de que o empenho internacional na afirmação dos direitos humanos dependia também de se reconhecer obrigações de caráter positivo a cargo dos Estados membros, destinadas a superar eventuais obstáculos internos que possam significar contenção, ou mesmo impedir a fruição plena dos direitos do homem, e que, em muitas situações, a atuação estatal deveria se dar pelo instrumento penal, levou a se reconhecer uma dupla função dos direitos humanos na relação com a justiça penal. Em reconhecida figura de linguagem, refere-se à justiça criminal com a dupla função de servir como escudo e como espada dos direitos fundamentais. Assim, o direito penal precisa ser visto também como instrumento fundamental de proteção integral dos direitos – e também dos deveres – fundamentais. As expressões são mencionadas, por ex., por TULKENS, Françoise. The paradoxical relationship between criminal law and human rights. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, vol., n° 3, p. 578, July 2011, a qual atribui a origem da locução: “the dual ‘shield’ and ‘sword’ function of criminal justice” a uma exposição feita pela ex-juíza da Corte Penal Internacional Christine Van den Wyngaert em 1995. Com senso diverso, apenas pela ótica da pessoa ofendida, ou seja, no sentido de que o processo opera tanto como fundamental instrumento de proteção e mecanismo destinado a satisfazer o ensejo de justiça, mas que pode também reproduzir uma experiência traumática a vítimas vulneráveis, a exigir, assim, que a vítima seja protegida “pelo” e “do” processo, funcionando, portanto, como: “Lo scudo e la spada”, é o título da obra ALLEGREZZA, Silvia et al., *Lo scudo e la spada, esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*. Torino: G. Giappichelli, 2012. (FISCHER, 2018. p. 13-14).

23 Michael MOORE, que propõe uma leitura de KANT bastante similar, responde a esta pergunta de modo decididamente afirmativo. Ele formula o que ele chama de <<exemplos como o da ilha>>, com a finalidade de confirmar que a retribuição apresenta um valor moral intrínseco. Um desses exemplos é o do estuprador Chaney, que após um acidente perde completamente a libido, de modo que está excluído qualquer perigo de que ele venha a repetir o fato. Necessidades preventivo-especiais seriam, assim, inexistentes. Além disso, seria possível simular uma punição, de modo que a sociedade acreditasse que Chaney está, de fato, sendo punido, o que inclusive acarretaria custos menores do que a real punição. Assim, tampouco haveria necessidade preventivo-geral de punir. O que dizem, porém, nossas intuições? Julgaríamos correto deixar Chaney impune? A maioria das pessoas a quem narrei esse exemplo – pouco importando se de origem europeia, sulamericana ou asiática – considera que há algo errado em deixar Chaney impune. MOORE diz que quem assim pensa é um <<retributivista do armário>> (“closet retributivist”) – e insta a que essas pessoas saiam do armário e assumam sua identidade. MOORE menciona outros exemplos, e não parece difícil acrescentar alguns mais à lista. Talvez boa parte das situações que, especialmente no direito penal internacional, se discutem sob o impreciso e emocional termo da impunidade, tenham estrutura similar ao de casos da ilha.” (GRECO, 2012, p. 269).

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Brasília: Senado federal, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: REVAN, 2011.

FALCONE, Giovanni. **Coisas da Cosa Nostra: a máfia vista por seu pior inimigo**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FISHER, Douglas. O que é garantismo penal integral. In: CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo Penal Integral**. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 48

FISCHER, Douglas., PEREIRA, Valdez Frederico. **As Obrigações Processuais Penais Positivas: Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GARAPON, Antoine; GROS, Frederic, PECH, Thierry. **Punir em democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GRECO, Luís. A Ilha de Kant. In: \_\_\_\_\_; MARTINS, Antonio (Orgs.). **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de Setembro de 2012**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GIRARD, Rene. **A violência e o sagrado**. São Paulo : Paz e terra, 1990.

HAMILTON, Sergio Demoro. Questões e Questiuñcula de Processo Penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, fev-mar, 2002.

HASSEMER, Winfried. Punir no Estado de Direito. In: MARTINS, Luis Greco; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARQUES, Germano. **Curso de processo penal I**. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000

NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

RICOEUR, Paul. **O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: RT, 2011

SILVÉRIO JUNIOR, João. **Processo Penal Fraternal**. Curitiba: Juruá, 2014.

SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. I.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZIZEK, Slavoj. Violência. Lisboa: Relógio d'água, 2008.

ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. El principio de la protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Granada: Comares, 2006.

**(Artigo de convidado)**



# **Transcrição de Palestra**

---

## *TRÁFICO DE PESSOAS: O TRÁFICO DE ÓRGÃOS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ESPANHOL*

---

### **Manuel Cancio Meliá**

Catedrático de Direito Penal no Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidad Autónoma de Madrid.

Palestra proferida em 18 de outubro de 2018 na  
**Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.**

Tradução e adaptação:

### **Roberto Barbosa Alves**

Promotor de Justiça do MPSP  
Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid.



O tema proposto é bastante acadêmico, e lamentavelmente diz respeito a um problema mundial. Mas no Brasil, particularmente, ele responde a uma questão que já não pode esperar mais. Neste País, como no meu, o tráfico de órgãos continua existindo. Não obstante, os projetos legislativos a respeito, aqui, estão paralisados. E não é só: as propostas atuais –basicamente semelhantes a tantas que há em outros países–, todas baseadas na Declaração de Istambul Sobre o Tráfico de Pessoas, de 2008, encerram problemas práticos bastante relevantes. Daí ser necessário que os juristas brasileiros, acadêmicos e práticos, chamem a atenção do legislador para que não se limite a copiar outras leis já existentes.

Infelizmente, noto que o tema não está na agenda das discussões doutrinárias. Contudo, ele é extremamente importante do ponto de vista prático e, como pretendo demonstrar, representa a globalização do Direito Penal.

Gostaria de contextualizar algumas questões. Primeira: o que está acontecendo em relação ao tráfico de órgãos? Segunda: quais são as características de um delito de tráfico de órgãos? Adotarei como ponto de partida o Direito espanhol, mas considero que os problemas são iguais nos demais ordenamentos jurídicos. Dou um exemplo: o receptor dos órgãos –um rim ou uma porção do fígado, por exemplo– está em estado de necessidade. Não obstante, as leis que derivam da Declaração de Istambul dizem exatamente o contrário. E isso solapa todo o sistema de Direito Penal que conhecemos. Dizemos ao pai de uma criança que está a ponto de morrer, que se socorre do mercado negro para ter acesso a um órgão para transplante, que sua situação pessoal, a pressão que recebe, é indiferente para o Direito Penal. Em outras palavras, tudo aquilo que sabemos sobre a culpabilidade é verdadeiro, mas apenas até certo ponto.

Vou dividir minha exposição em três partes: o problema, o que vem sendo feito e qual poderia ser a solução.

O que é a medicina de transplantes do ponto de vista da própria medicina? A questão é bastante relevante na Europa ocidental, mas é ainda mais importante nos países onde o sistema público de saúde não está em condições de promover todas as possibilidades de tratamento. Na Europa ocidental, em geral, todos têm direito a todo e qualquer tratamento a título de ser humano. Atualmente qualquer pessoa que resida na Espanha tem direito a tratamento, independentemente de que a residência seja lícita. Estou orgulhoso por viver em um País onde o tratamento oncológico de minha esposa é absolutamente idêntico ao tratamento dispensado ao último mendigo que passe por lá. Mas tudo tem limites, inclusive, sem dúvida, em relação ao transplante de órgãos.

Os êxitos da medicina moderna abrem as portas para os fracassos da medicina moderna. Vai chegar um momento em que teremos que racionar. Atualmente, agimos como se pudéssemos fazer qualquer investimento para salvar a vida das pessoas. Isso não é possível. Dou um exemplo. Em matéria de tráfico de órgãos, o progresso contínuo das técnicas médicas de transplantes permitiu, por um lado, uma série de cirurgias que antes não eram possíveis; mas, por outro lado, a oferta de órgãos disponíveis se manteve ou até diminuiu. Na Europa ocidental, a oferta de órgãos vem de uma fonte principal: acidentes de trânsito, especialmente aqueles que

produzem lesões cerebrais em pessoas jovens que têm órgãos bastante aproveitáveis. Considerando que vem sendo reduzida a taxa de mortalidade por acidentes, há hoje muito menos órgãos do que há quinze anos. Ou seja, há cada vez mais possibilidades e menos matéria-prima. Essa situação, enquanto novos órgãos não possam ser gerados autonomamente, tende a se manter ou a piorar. Há, além do mais, verdadeiro abismo entre os países cujo estado social é financiado publicamente e aqueles que não chegaram a implantar um sistema assim.

O sistema de transplantes da Espanha é considerado, segundo as estatísticas, o melhor do mundo. E assim é porque, ao contrário dos alemães, pouco nos interessa o que será feito com nossos cadáveres. Os alemães, em geral, não aceitam outra ideia senão a de que seus órgãos estarão apodrecendo sob a terra, segundo determina a Santa Igreja Católica. Mas não apenas isso. Na Europa ocidental, em geral, os familiares do doador devem consentir com a doação. Na Espanha ocorre o contrário: todos os cidadãos são doadores, salvo que haja oposição. E é bem diferente indagar a alguém se concorda com a doação dos órgãos de um familiar falecido de indagar se alguém se opõe a essa doação. Na prática, a maioria das pessoas doa os órgãos, porque a legislação favorece a que seja assim.

A par disso, no sistema espanhol doar ou não um órgão depende da valoração feita, segundo uma ordem de prioridades, por um profissional técnico sanitário. E esse bem tão escasso, um órgão destinado a salvar uma vida, é distribuído segundo critérios médicos que são gerais e justos. Mas se saímos da Espanha e vamos ao Marrocos, encontramos técnicas de transplantes muito mais generalizadas e acessíveis do que há trinta ou quarenta anos. Em países como Marrocos, Líbano ou Paquistão há médicos e tecnologia para fazê-lo. Isso permite que um espanhol vá ao Marrocos, que dista catorze quilômetros por mar, e receba um órgão não segundo critérios objetivos, mas de acordo com a capacidade econômica que tenha e sem qualquer interferência. Esse contraste é insuportável: de um lado, uma solução civilizada; de outro, uma solução baseada na lei do mais forte. O pobre morre; o rico sobrevive. Com toda a brutalidade do mundo moderno.

Esse chamado “turismo de transplantes” gera uma pressão enorme, que por sua vez gera um mercado muito intenso de demanda por órgãos. Essa demanda pode vir de pessoas que vivem em países que não têm um sistema público razoável de doação de órgãos ou de pessoas que não têm chances de figurar nas listas de receptores, seja porque são idosas, seja porque têm outras doenças etc. Pessoas assim, se têm dinheiro, podem ver-se tentadas a buscar órgãos nesse mercado.

Esse mercado é real e se manifesta em diversos âmbitos. Por um lado, pode afetar, por via de corrupção, o sistema público do país de origem do receptor. A Alemanha, por exemplo, não tem um sistema organizado de transplantes, mas um sistema de cooperação entre médicos e determinadas caixas de saúde, que são normalmente empresas semipúblicas. Os médicos atuam de uma maneira descentralizada, de acordo com o lugar em que estão seus pacientes. Há dois ou três anos ocorreu ali um grande escândalo: alguns médicos haviam manipulado a avaliação de seus próprios pacientes para fazê-los subir na lista de espera por transplantes. Por outro lado, esse mercado gera um sistema de transplante de órgãos completamente opaco, sem

controle público, aberto apenas às pessoas que dispõem de recursos econômicos.

De acordo com o artigo 156 bis do Código Penal Espanhol, como em outros países cuja legislação se baseia na Declaração de Istambul, incluindo o Brasil, o delito consiste em promover, favorecer, facilitar ou divulgar a obtenção ou o tráfico ilegal de órgãos humanos. Tal modelo de regulação, ao contrário do que costuma fazer o Direito Penal, não distingue entre um comportamento típico de consumação e outro de preparação ou tentativa, ou entre autoria e participação. O dispositivo também prevê expressamente a punição do sujeito receptor, o que exclui a possibilidade de recorrer ao estado de necessidade. Em outras palavras, a norma da parte especial tem efeito oclusivo em relação à norma da parte geral, porque fecha a possibilidade de acudir à causa de justificação ou de exculpação. Resta ao receptor apenas a possibilidade de uma diminuição facultativa da pena, que, em todo caso, não vai impedir que o condenado receba uma pena privativa de liberdade.

Não sou contra a criminalização do tráfico de órgãos. Mas a disposição do Código Penal espanhol não passa de um Direito Penal simbólico. Ou os responsáveis por essa norma são irresponsáveis e ignorantes –é uma hipótese, já que se trata de pessoas nomeadas pelo poder político– ou sabem perfeitamente que, neste âmbito, o que importa é que o tema esteja no Código, e não como será aplicado.

Na segunda parte, vamos ver alguns elementos da infração.

Como já disse, o tipo é muito amplo, onicompreensivo, e não distingue entre autoria e participação, entre atos preparatórios, tentativa e consumação. A ideia é abarcar o conjunto do tráfico. Isso inclui desde a publicidade –que na Espanha, em geral, é feita pela Internet– até o momento em que um órgão é extraído e transplantado em outra pessoa. Tudo dentro do mesmo âmbito penal. Caberá ao juiz dosar a pena com muito cuidado, já que o legislador tampouco distinguiu entre tipos qualificados e privilegiados.

O objeto material do crime encerra alguns problemas técnicos. O primeiro está em que a tendência da Medicina é cultivar tecidos para regenerar órgãos. Essa conduta não está prevista no tipo do Código espanhol. Segundo: como se pode aplicar internacionalmente a legislação? Se a Espanha, por exemplo, tem um sistema público e objetivo de doação de órgãos, é provável que algumas pessoas, mal colocadas na lista de receptores, pretendam sair do país para realizar o transplante. Dificilmente se poderia fazer um transplante clandestino na Espanha. Portanto, é possível que se capte alguém na Espanha para fazer o transplante fora. Vou dar como exemplo um caso de tentativa. A filha de um mafioso búlgaro precisava de um transplante. A família encontrou um parente búlgaro, possível doador, que morava na Espanha. A ideia era sair da Espanha e realizar o transplante no Líbano, o que acabou não ocorrendo. Em razão da existência de casos assim, é fundamental que exista uma competência internacional, ultraterritorial, dos tribunais espanhóis. E é bastante possível que este também seja o caso do Brasil. Imaginemos que uma clínica em Assunção –com todo meu respeito e amor pelo Paraguai– realize essas operações. Isso me parece perfeitamente possível. Já não me parece razoável pensar que em um hospital de referência brasileiro isso possa acontecer, porque teria que haver o envolvimento de uma grande equipe de médicos ou enfermeiros. Mas me parece

bastante possível que alguém promova o encontro de um doador e de um receptor no Brasil e que realizem o transplante no Paraguai, onde seguramente estariam mais tranquilos do que em território brasileiro. Conclusão: no Brasil, a competência extraterritorial também é fundamental.

Mas na Espanha não existe essa competência. Temos apenas uma possibilidade: que o delito ou parte dele seja cometido em território espanhol. Por exemplo, que um espanhol interessado em um rim envie um correio eletrônico da Espanha para a Bielorrússia ou para o Líbano. A Espanha seria competente porque parte do delito –e os atos preparatórios já são típicos– foi praticada na Espanha. Não há outra regra especial que atribua competência a um tribunal espanhol quando o comportamento ocorrer por completo fora do país, ou quando não se puder demonstrar que parte dele ocorreu no país.

Alguém poderia dizer que a Espanha tem competência ultraterritorial; afinal, o paciente era espanhol, o mesmo fato era crime no outro país, a notícia criminis chegou ao Ministério Público e este deu início a uma ação. Essa noção decorre do próprio artigo 156 bis do Código Penal espanhol: perseguimos todo o mundo; em qualquer fase do processo; com uma diminuição facultativa da pena, perseguimos até quem está em estado de necessidade. Isso é tão grave, tão terrível, porque permite que se utilizem corpos de pessoas pobres como se fossem fontes de reposição para pessoas ricas. Enfim, criminalizamos tudo. Só que, na prática, não há competência. Há competência ultraterritorial espanhola para punir mutilações genitais de um cidadão que esteja fora do país. Há, por exemplo, uma pequena população de origem africana, que costuma trabalhar no campo, e que por vezes envia suas filhas em férias para a África para que ali lhe pratiquem a mutilação genital. Essa prática tão horrorosa levou à criação de uma norma expressa de competência extraterritorial: se uma garota que não é cidadã espanhola sofre o seccionamento do clitóris durante as férias de verão na África, essa regra especial permite que seus pais sejam processados na Espanha. Mas o legislador se esqueceu de criar regra similar para os transplantes. Ou seja: o país dos transplantes não tem, na prática, como punir o tráfico de órgãos. E, de fato, só se perseguiram dois casos que ocorreram casualmente na Espanha, e nenhum outro.

Há um dado importante a ser considerado: qualquer sujeito que receba um transplante de órgãos no exterior é conhecido das autoridades espanholas. A Organização Nacional de Transplantes sabe exatamente quem fez turismo de transplantes, porque depois da operação há procedimentos de supressão imunológica ou de adaptação que necessariamente são feitos na Espanha. Não obstante, esses delitos nunca foram perseguidos. Chegamos a uma triste constatação: fígados de negros para salvar brancos ricos. Criamos um delito que abrange praticamente tudo; mas, como não se prevê a competência internacional, não há mais que puro Direito Penal simbólico.

Traduzindo essa realidade à dogmática penal, temos que indagar qual é o bem jurídico protegido. O projeto brasileiro previa uma lei especial, o que dispensaria maiores considerações. Mas o legislador espanhol incluiu o tipo no Código Penal, o que exige pensar sobre sua adequada localização. Evidentemente, o delito está

relacionado à saúde, e por isso está situado entre os delitos de lesões corporais. Contudo, essa localização é muito peculiar, porque retirar um órgão do doador para um transplante é sem dúvida uma lesão, mas uma lesão justificada expressamente. O que importa não é a saúde individual; se a questão fosse simplesmente proteger a saúde dos doadores, teríamos um crime de lesões corporais. O que realmente importa é que há uma conduta muito similar ao tráfico de pessoas, um verdadeiro mercado. É por isso que a proteção penal é dirigida a uma manifestação concreta que denominamos saúde pública.

O delito, como venho dizendo, é essencialmente internacional. Enquanto for possível comprar a vida em alguns lugares e não em outros, seja formal ou informalmente, essa tensão seguirá existindo. Por isso, é preciso fazer um paralelo com um delito mais conhecido, o crime de corrupção nas transações econômicas internacionais. Por exemplo: uma empresa brasileira pretende vender aeronaves à força aérea de outro país, mas a transação só será possível mediante pagamento de propina a alguma autoridade daquele país. Os diretores da empresa brasileira pagam a propina e o negócio se concretiza. Por qual razão punimos os diretores brasileiros por um fato ocorrido no exterior? Apenas para proteger o livre comércio? Suponhamos, então, que não haja outra empresa no mercado brasileiro que possa competir pelo negócio. Dizem os autores: proibimos que uma empresa brasileira ou espanhola seja corrupta no exterior para que não o seja no Brasil ou na Espanha. Esse fundamento, utilizado no Brasil ou na Espanha, chega a ser hilariante. Transportando esse fundamento para nosso tema, não se trata de proteger a saúde pública, porque comprar um órgão em outro país não afeta o sistema de saúde local. Dizem os autores, então, que o objetivo é proteger o sistema público dos países de origem dos doadores. Se há ricos indo a outros países em busca dos órgãos, é necessário proteger o sistema de saúde daqueles países, punindo-se os receptores.

Essa fundamentação não é razoável. Não se pode admitir que um delito que prevê pena de até seis anos de prisão tenha como bem jurídico o desenvolvimento do sistema público de saúde e de transplantes em outro país. Essa estupidez pode ter qualquer outro nome, mas não é um bem jurídico! É óbvio que a existência de um doador pobre no Paquistão não é o que destrói o sistema de saúde do Paquistão.

Por que, então, punimos um rico morador de São Paulo que paga dois ou três mil dólares por um órgão no Paraguai? Queremos efetivamente castigar o fato de que um indivíduo rico possa comprar vida retirando peças de reposição de um indivíduo pobre? Se entendemos que sim, que isso é intolerável, devemos indagar qual é o bem jurídico protegido. Receio que o bem jurídico protegido, desde o ponto de vista da lesividade, da exclusiva proteção dos bens jurídicos ou da legalidade, é simplesmente a dignidade. Estamos protegendo sentimentos coletivos. E é melhor confessá-lo abertamente do que tentar estabelecer como bem jurídico –ao contrário do que dizem todos– a proteção de um indivíduo pobre do Paquistão. Essa proteção não está ao alcance do Código Penal do Brasil, da Espanha ou de qualquer outro lugar.

Materialmente, trata-se de hate speech, de um delito de manifestação, de moralização, que deve ser visto com muitas reservas. E que, por isso mesmo, nunca

poderia estabelecer penas tão elevadas como aquelas previstas pelo Código Penal espanhol. Castigamos alguém simplesmente porque crê que sua vida vale mais que a dos outros. Mas, isso, repito, é Direito Penal simbólico, e como tal deveria prever penas também simbólicas. Todo o resto é um equívoco.



# NORMAS DE SUBMISSÃO

## **Submissões online:**

A submissão de artigos científicos ou resenhas deverá ser feita por meio do sítio eletrônico da Revista Jurídica, acessível no seguinte endereço: [http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/index](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/index). Os artigos serão avaliados por meio do sistema conhecido como blind peer review, cabendo ao Conselho Editorial da Revista Jurídica a decisão sobre sua publicação. São publicados artigos em português, inglês, francês e espanhol.

## **Diretrizes para autores:**

- 1) O artigo deve ser inédito.
- 2) O texto deve estar em conformidade com as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).
- 3) O texto não deve fazer menção ao nome dos autores em nenhum momento, de forma a garantir o anonimato necessário à avaliação pelo sistema *blind peer review*.
- 4) Os artigos científicos devem ser organizados na seguinte sequência: título, título em inglês, resumo (de, no máximo, 300 palavras), resumo em inglês, palavras-chave (mínimo 3 e máximo 5), palavras-chave em inglês, texto do artigo dividido em tópicos, referências bibliográficas, anexos.
- 5) Os artigos científicos devem possuir até 30 páginas, sendo estruturados na seguinte formatação: folha A4, posição vertical; fonte Times New Roman; corpo 12; alinhamento justificado, sem separação de sílabas; espaçamento entre linhas de 1,5cm; parágrafo de 1,5cm; margem superior e esquerda de 3cm, e inferior e direita de 2cm.

## **Cessão de direitos autorais:**

Ao submeter o trabalho para avaliação, os autores concordam com a cessão dos seus direitos autorais para o Ministério Público do Estado de São Paulo.

Outras informações, tais como casos em que é necessário aprovação de um comitê de ética, orientação sobre afiliação e sobre indicação de financiamentos, encontram-se no sítio eletrônico da revista.

