

# prática forense

www.zkeditora.com

ano VII

janeiro/2023

nº 73



 zakarewicz  
editora

## A insustentável pretensão de negar curador ao nascituro

Enfoque

Da impossibilidade do preso ser parte no Juizado Especial Cível

Questões de Direito

A relevância da Telemedicina

Como Decidem os Tribunais

O consentimento do morador e a violação do domicílio – A posição do Superior Tribunal de Justiça

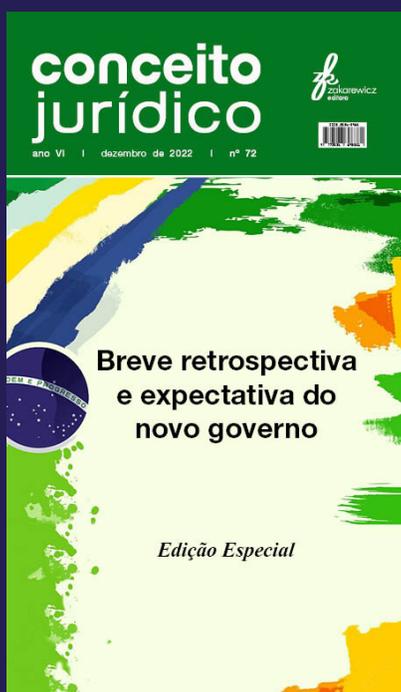
Michel Elias de Azevedo Oliveira

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

Rômulo de Andrade Moreira

# ASSINE conceito jurídico

À frente dos grandes  
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL  
PARA QUEM QUER ESTAR  
EM SINTONIA COM AS  
TENDÊNCIAS DO  
MUNDO JURÍDICO

prática  
FORENSE

**EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL:** Adriana Zakarewicz

**Conselho Editorial:** Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguiê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

**Diretores para Assuntos Internacionais:** Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

**Colaboradores:** Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Anderson Couto do Amaral, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Fernando Mathias de Souza, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Luciano de Castilho Pereira, Líbero Penello Filho, Lincoln Magalhães da Rocha, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Nelson Nery Jr., Reis Frie-de, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

**Diretor Geral:** André Luis Marques Viana

**Revisão:** Davi Zakarewicz Viana

**Arte e Diagramação:** Charles Design

**Marketing:** Diego Zakarewicz

**CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE**

Tel. (61) 3263-1362

Home-page: [www.zkeditora.com/pratica](http://www.zkeditora.com/pratica)

**Redação e Correspondência**

[artigos@zkeditora.com.br](mailto:artigos@zkeditora.com.br)

**Revista Prática Forense** é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

**ANÚNCIOS**

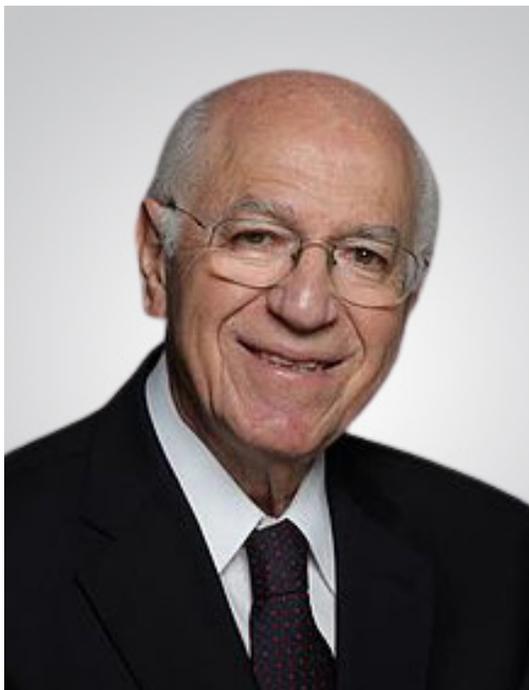
[comercial@zkeditora.com.br](mailto:comercial@zkeditora.com.br)

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS**

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.



zakarewicz  
editora



POR JOSÉ PASTORE

ARQUIVO PESSOAL

## Emprego e renda em 2023

**“Com as mudanças tecnológicas entrando em alta velocidade no sistema produtivo, os programas de qualificação e requalificação necessitam de uma aliança bem sedimentada entre empresas, escolas e governo.”**

**O** ano de 2022 terminou com um expressivo aumento da população ocupada e uma boa redução da desocupada. Todavia, dois problemas continuaram preocupando: a alta informalidade e os baixos salários.

Esses problemas estão interligados. Apesar de o emprego formal ter aumentado em 2022, a informalidade ainda atinge cerca de 40% da força de trabalho. É um grupo que tem baixa produtividade e baixa remuneração. Isso faz com que

cerca de 2/3 dos brasileiros que trabalham ganhem até dois salários mínimos (R\$ 2.424), o que é muito pouco.

A geração de empregos decorre basicamente de investimentos, e a melhoria da renda depende da qualidade dos trabalhadores e dos postos de trabalho. Nada disso muda de um ano para outro. O Brasil viverá com informalidade e baixa renda por muito tempo.

Mas, temos alguns sinais positivos para 2023. Inúmeros investimentos já estão em andamento. É o caso das concessões de obras e serviços públicos realizadas em 2021-22 nas áreas de energia, rodovias, ferrovias, aeroportos, comunicação (5G) e outras. Todas elas geram muitos empregos.

Ao lado disso, a pujança do agronegócio e da mineração deve continuar criando empregos diretos (nas cadeias do agro e do minério) e, sobretudo, indiretos (no comércio, serviços e setor público). Igualmente, a descarbonização da economia e a busca de energias limpas abrirão oportunidades de trabalho de longa duração. Em alguns ramos, haverá falta de pessoal qualificado como é o caso de energia, tecnologia da informação e atividades de proteção do meio ambiente.

Tudo isso é fácil de escrever, mas difícil de fazer. As oportunidades para investir e ganhar dinheiro no Brasil são imensas. Os investidores sabem disso.

O novo governo é contra privatizações e a favor de um estado empreendedor. Como este não tem recursos para realizar grandes investimentos, será crucial implantar seriamente as parcerias público-privadas e fazer o PIB crescer.

Para atrair os investimentos privados, as decisões terão de ser rápidas e seguras. Esse é um grande desafio para os governos do PT que gostam de submeter assuntos complexos a discussões de leigos realizadas em demorados conselhos e conferências nacionais. O assembleísmo é um verdadeiro veneno para atrair investimentos.

Além disso, é crucial intensificar os programas de qualificação e requalificação profissionais. Nesse campo, é importante montar programas alinhados com a demanda presente e futura. Os burocratas de Brasília têm pouco conhecimento da qualificação requerida pelas atividades da nova economia.

Com as mudanças tecnológicas entrando em alta velocidade no sistema produtivo, os programas de qualificação e requalificação necessitam de uma aliança bem sedimentada entre empresas, escolas e governo. As empresas conhecem a demanda, as escolas conhecem a didática e o governo deve regulamentar e incentivar os referidos programas. Nenhuma das três partes é capaz de fazer tudo sozinha. É uma interface indispensável.

Quanto à prática do assembleísmo, uma coisa é coletar sugestões de pessoas qualificadas para formular boas políticas públicas. Outra coisa é usar o assembleísmo meramente para manter aquecida a militância político-partidária. Espero que o novo governo siga o primeiro caminho. 

---

**JOSÉ PASTORE** é Professor da FEA-USP, presidente do Conselho de Emprego e Relações do Trabalho da Fecomercio-SP, é membro da Academia Paulista de Letras.

3

## Primeira Página

**Emprego e renda em 2023**

*José Pastore*

38

## Destaque

**Uma senhora chamada Justiça**

*Sheyner Yásbeck Asfóra*

48

## Saiba Mais

**Condomínios e associações – Privacidade de dados e nomeação de encarregado/DPO**

*Luís Rodolfo Cruz e Creuz*

58

## Casos Práticos

**Caso Americanas: qual a saída legal para os pequenos investidores?**

*Jorge Calazans*

7

## Especial

**A insustentável pretensão de negar curador ao nascituro**

*Eduardo Luiz Santos Cabette e Danilo de Almeida Martins*



40

## Enfoque

**Da impossibilidade do preso ser parte no Juizado Especial Cível**

*Michel Elias de Azevedo Oliveira*



54

## Vade Mecum Forense

**A palavra da vítima mediante as falsas memórias no crime de estupro de vulnerável**

*Denis Caramigo Ventura*



## 60

### Gestão Empresarial



**Identificador de Entidades Jurídicas Global é ferramenta útil na tomada de decisões empresariais**

*Nailia Aguado Ribeiro Franco*

## 62

### Know How



**Sanções em licitações e contratos – A febre punitiva**

*Ivan Barbosa Rigolin*

## 66

### Questões de Direito



**A relevância da Telemedicina**

*Eudes Quintino de Oliveira Júnior*

## 68

### Fichário Jurídico



**Contratação de remanescente nas estatais: pressupostos e condicionantes**

*Cláudio Maldaner Bulawski,  
Matheus Viana Ferreira e  
Pollyana da Silva Alcântara*

## 82

### Como Decidem os Tribunais



**O consentimento do morador e a violação do domicílio – A posição do Superior Tribunal de Justiça**

*Rômulo de Andrade Moreira*

## 86

### Prática Jurídica



**Filtro de relevância: EC 125/22. Considerações gerais**

*Bruna Mirella Fiore Braghetto*

## 88

### Espaço Aberto

**Carf e o braço de ferro entre empresários e a classe política**

*Eduardo Bonates*



# A insustentável pretensão de negar curador ao nascituro

POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE E DANILO DE ALMEIDA MARTINS

**“Presente qualquer ameaça à vida do feto, este tem o direito de defesa assegurado quando há a atuação de um Defensor Público em seu favor, revelando que a Defensoria Pública do Estado do Piauí agiu corretamente ao nomear um de seus membros para defender os interesses do nascituro neste caso que vem sendo objeto de várias críticas infundadas.”**

## A PRETENSÃO

**E**m mais um caso de aborto não punível em razão de gravidez originada de estupro, envolvendo agora uma menor de 12 anos no Estado do Piauí, surge nova controvérsia.

A corriqueira nomeação de Curador Especial ao nascituro nesses procedimentos é posta em xeque pela Deputada Federal Sâmia Bomfim. Alega a parlamentar, em pedido dirigido ao CNJ, inexistir base legal para representação de fetos em juízo, bem como não serem eles “sujeitos de direito” a não ser após o nascimento. A Deputada pretende que o Conselho Nacional de Justiça crie “uma diretriz que proíba a nomeação de curadores para defender fetos em casos de *crianças e adolescentes grávidas após estupro*” (grifo no original).<sup>1</sup> Ainda segundo a parlamentar:

“A nomeação de uma defensora no caso, (...), cria uma ‘colisão de direitos’ entre alguém que legalmente não os tem e de *uma criança vítima de estupro, a quem o Código Penal assegura a possibilidade de interromper a gravidez*” (grifo no original).<sup>2</sup>

---

## UM ABISMO DE CONTRADIÇÕES E IGNORÂNCIAS FÁTICAS, ÉTICAS E JURÍDICAS

---

Nietzsche já disse em seus aforismos que “se olhas demoradamente um abismo, o abismo olha para dentro de ti”.<sup>3</sup>

Acontece que muitas vezes, mesmo sem o saber, é impossível a algumas pessoas olhar para o abismo a não ser em frente a um espelho, já que o abismo insondável se acha nelas mesmas.

A pretensão da parlamentar acima exposta revela exatamente isso, ou seja, que suas ideias, ademais compartilhadas por muitos, são um profundo abismo de vazio e paradoxos, absolutamente insustentáveis seja sob o ângulo fático, ético ou jurídico.

Quando se refere a uma “colisão de direitos” para afirmar que na realidade se trata de uma falsa colisão porque o nascituro não teria direitos, tal proposição é tão problemática que se torna até difícil de ser contraditada. Vamos tentar:

Para que a proposição seja admissível deve-se pressupor que o nascituro não tem quaisquer direitos, o que é falso. Outra pressuposição é a de que num procedimento de autorização de aborto impunível já é indiscutível o direito da gestante ao aborto, o que, por obviedade também é falso. Ora, se assim fosse não seria necessário procedimento algum para a realização do aborto, afinal este é praticado por médico e no hospital e não por juízes, promotores, advogados ou defensores públicos no Fórum. Significa dizer que a partir do momento em que há um procedimento judicial para que, após a devida e fundamentada decisão, se autorize *ou não* o aborto, há necessariamente uma “colisão de direitos” a ser ali solvida. Há uma ameaça de lesão a direitos que, por força do Princípio Constitucional da “Inafastabilidade da Jurisdição” não pode ser subtraída da dialética jurisdicional com os corolários do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. É disposto no art. 5º, inciso XXXV, CF:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

E, no mínimo, há que discutir se realmente o caso se trata de um abortamento impunível e, especialmente, se já não se trata de uma gravidez que não comporta a prática do aborto por normas técnicas já que ultrapassado o limiar entre uma vida intrauterina inviável fora do útero e uma vida humana já em condições de parto e sobrevivência, além da questão de que abortos tardios são ainda mais arriscados para a saúde e a vida da própria gestante. As normas técnicas e as recomendações médicas apontam, nesse ponto, para o período de 20 semanas com possível alongamento até, no máximo, 22 semanas. É isso que indica o texto revisado pelo Prof. Dr. Jefferson Drezzet Ferreira, que congrega as posições do “Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo”, da “Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo” e da própria “Defensoria Pública do

Estado de São Paulo”, com divulgação em página do “Ministério Público do Estado de São Paulo”:

“Nos casos de violência sexual, o aborto é permitido até a 20ª semana de gestação, podendo ser estendido até 22 semanas, desde que o feto tenha menos de 500 gramas”<sup>4</sup>

Note-se que por essa mesma motivação o pedido da Deputada é também mal endereçado. Nem mesmo a “lei” pode afastar a Jurisdição e o devido processo legal impostos constitucionalmente. Poderia então alguma “diretriz” do CNJ? É claro que não. Na verdade, a pretensão da parlamentar nem mesmo por ela diretamente poderia ser exercida, ou seja, ela não poderia apresentar um projeto de lei cujo conteúdo fosse sua intenção porque tal projeto de lei seria inconstitucional. Dessa forma, acaba a parlamentar tentando um caminho absolutamente tortuoso, fomentando um ilegítimo ativismo judicial violador da Separação dos Poderes em franco prejuízo ao nosso já tão combalido Poder Legislativo. É algo terrificante assistir uma parlamentar insuflar o ativismo judicial ilegítimo e inconstitucional. Já se viu falar em corporativismo quando um membro de um órgão, poder, profissão etc., exagera na defesa de seus pares e prerrogativas, mas o que se vê aqui é um estarrecedor *corporativismo reverso*, no qual um membro de um Poder incentiva, possivelmente ignorando o que faz, o solapar das prerrogativas do legislativo a que pertence.

É algo paradoxal e até perturbador presenciar pessoas que afirmam que um nascituro “não tem direitos” (sic) num mundo em que se defendem *direitos dos animais*. Em nosso Congresso Nacional já se discute o tema, pretendendo-se atribuir a condição de sujeito de direito a animais. O Projeto de Lei 6.054/19 (antigo PL 6799/13) cria um regime jurídico especial para os animais, possibilitando sua representação em juízo.<sup>5</sup>

O referido projeto altera o artigo 82 do Código Civil para afastar a condição de “coisas móveis”, ou melhor, “semoventes” dos animais domésticos e silvestres. Além disso, em seu art. 3º, estabelece que “os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica sui generis, sendo *sujeitos de direitos* despersonalizados, *dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa*” (grifo nosso).<sup>6</sup>

Ademais, é preciso lembrar que vige no Brasil o Decreto nº 24.645 de 1934 cujo art. 2º, § 3º, já permite que os animais sejam “assistidos” em juízo pelo Ministério Público e pelos membros das sociedades protetoras dos animais. Pode-se até dizer que o termo “assistidos” não é adequado e que o que se opera, conforme expõe Ackel Filho, é uma “representação atípica”, considerando a “natureza peculiar do sujeito” que exige uma “operação de substituição processual”.<sup>7</sup>

E certamente tal projeto e a condição dos animais como “sujeitos” conta com o apoio da Deputada Sâmia Bomfim, que, ao mesmo tempo, nega quaisquer direitos ao nascituro, já que em sua campanha eleitoral uma das plataformas principais sempre foi a “defesa dos direitos animais”. Na rede social Twitter encontra-se propaganda eleitoral da citada política com o título: “Em

defesa dos direitos animais: vote Sâmia 5000”. E mais, há ali um vídeo onde a atual parlamentar afirma que “respeita todos os seres vivos, inclusive os animais” (grifo nosso).<sup>8</sup> E neste ponto surge novo paradoxo: Como é possível respeitar “todos os seres vivos”, incluindo animais e não respeitar minimamente um nascituro humano? Observe-se que por mais debates que possam existir sobre a questão do aborto, duas coisas são indiscutíveis: um nascituro é um ser vivo e um nascituro é um ser vivo da espécie humana. Nem o abortista mais ferrenho é capaz de contrastar essas afirmações apodíticas.

Essa espécie de contradição ética com o resultado de uma zoologização e/ou reificação do homem na medida em que se antropomorfiza os animais, não é novidade histórica. Já praticamente profetizava Chesterton na década de 1930 que “onde quer que haja adoração de animais, ali existirá sacrifício humano”.<sup>9</sup>

Fato é que quando esse fenômeno se nos apresenta tão cruamente é impossível não lembrar do desvelo e dedicação dos nazistas para com a proteção animal, enquanto, concomitantemente, perpetravam um dos mais bárbaros genocídios humanos, tratando homens e mulheres como insetos.

Citando inicialmente um trecho de um discurso de Hitler (“Im neuen Reich darf es keine Tierquälerei mehr geben” – “No novo *Reich* não haverá mais lugar para a crueldade contra os animais”), Ferry demonstra que a legislação nacional – socialista foi a pioneira na quebra do paradigma antropocêntrico das leis ecológicas.<sup>10</sup>

Nessa toada, entre a zoologização e reificação dos homens e a antropomorfização dos animais, surgem teóricos eugenistas nos Estados Unidos, como a pioneira advogada do aborto, Margareth Sanger, que falava em eliminar “ervas daninhas humanas”.<sup>11</sup> E no seguimento, ao lado do culto aos animais, exsurge o já mencionado “Reich Eugenista de Hitler”, no bojo do qual, antes da chamada “solução final”, consistente na eliminação física direta das pessoas em geral, se utilizou sobremaneira de técnicas de “engenharia racial” como a esterilização e o aborto.<sup>12</sup>

Diante desse quadro é perceptível o quão deletério pode ser o fato de que uma pessoa tenha e defenda ideias, mas não saiba de onde elas se originam. E isso é muito comum. Quando se pede a alguém a origem de suas ideias é corriqueiro que a pessoa passe a argumentar em favor delas, mas o que foi indagado não foram as razões, mas as origens remotas e próximas dessas ideias. Na maior parte dos casos as pessoas não têm a mínima noção de onde vieram aqueles fantasmas que habitam suas mentes.

Retornando para o aspecto jurídico da questão é interessante notar que a parlamentar menciona que a simples nomeação de um curador ao nascituro consistiria em “violência psicológica e institucional” contra a mulher.

Levando essa alegação às suas totais consequências, então a nomeação de defensor ou mesmo a sua constituição por qualquer acusado em Processo Penal seria uma espécie de “violência psicológica e institucional” contra as vítimas de crimes, aquilo que se costuma denominar na Vitimologia de “vitimização secundária”, que provém das respostas inadequadas formais e informais obtidas pela vítima, as quais acabam produzindo novos danos para além daquele já sofrido com a prática criminoso.<sup>13</sup> Nessa toada não será difícil

chegar à conclusão de que o direito de defesa deveria ser abolido em nome do bem-estar das vítimas (“argumentum ad absurdum”).

No caso em estudo a questão torna-se ainda mais bizarra porque já existe toda uma discussão quanto à penalização do nascituro inocente pela conduta criminosa de terceiro, o que viola a “responsabilidade subjetiva” e o ‘Princípio da Intranscendência das Penas”, que não podem atingir diretamente terceiros inocentes.

Destaque-se, por oportuno, o entendimento de Frederico Marques, o qual, alicerçado no escólio crítico de Leonídio Ribeiro, não comunga do corriqueiro acatamento da permissão do aborto sentimental, apresentando-o como uma ofensa à dignidade da vida humana intrauterina, a qual não poderia ceder espaço a fatores psicológicos da gestante e ao argumento baseado na origem da gravidez ligada à conduta criminosa do estupro, fatores estes que em nada deveriam atingir a relevância da proteção a ser conferida à vida humana inocente. Afinal, em nosso ordenamento, a pena de morte não pode ser infligida nem mesmo ao estupro, mas seria aplicada ao mais inocente dos seres, o que configura um absurdo contrassenso na suposta defesa inarredável do bem jurídico vida humana.<sup>14</sup>

Mas, a parlamentar quer muito mais. Quer ela criar, por via oblíqua à Lei e à Constituição, por meio de uma “diretriz” do CNJ, um processo em que um inocente sem voz e sem ação é condenado à pena de morte por conduta criminosa alheia e ainda sem qualquer direito de defesa.

E tudo que se tem para sustentar tal absurdidade é a alegação de que o ser humano intrauterino “não tem direitos”, não é “sujeito de direitos”.

Parece que há esquecimento de conceitos básicos do Direito Civil:

O Código Civil estabelece em seu artigo 1º. que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Entretanto, é preciso distinguir a capacidade de gozo da capacidade de exercício. Para o gozo de direitos qualquer pessoa está habilitada, mas para o exercício direto destes há limitações legalmente impostas com o fito de estabelecer relações intersubjetivas marcadas por uma igualdade material. Um negócio jurídico não poderia ser tratado da mesma forma quando os contratantes são duas pessoas mentalmente sãs e maiores de 18 anos e quando se trata de um maior são e de um menor impúbere.

O sujeito de direito tem capacidade de gozo e em alguns casos a capacidade de exercício é limitada, ele precisa de representação ou ao menos orientação, isso não como uma espécie de violação da sua dignidade como ser humano, mas exatamente para preservar e proteger pessoas marcadas pela hipossuficiência.

Portanto, quando nos deparamos com pessoas que não podem exercer diretamente seus direitos não podemos confundir tal situação com aquela de quem não é “sujeito de direitos” ou que não tem direito algum em face do ordenamento jurídico. E no caso enfocado não estamos tratando de direitos patrimoniais, mas do mais importante direito inerente a qualquer “ser humano”, o direito à vida.

É preciso perquirir como o nascituro é tratado no Direito Convencional Internacional e na legislação interna nacional constitucional e ordinária. E isso já o fizemos em obra pretérita, cujas principais teses aqui se reproduz:<sup>15</sup>

## Constituição Federal e tratados internacionais

O primeiro “Direito Fundamental” garantido a todos, sem qualquer espécie de distinção, é o direito à *vida*, conforme consta do art. 5º, “caput”, CF.

Essa precedência da garantia do direito à *vida* tem óbvia razão de ser. É que sem a vida o ser humano não é capaz de gozar de qualquer outro direito imaginável. A vida é o direito primário e pressuposto para que outros direitos possam existir e, especialmente, serem exercidos.

Não há dúvidas de que esse direito à vida tutelado pela norma constitucional é o direito à *vida humana*. A norma é explícita ao estabelecer que esse direito à vida é garantido em igualdade, “sem distinção de qualquer natureza”. Ora, se a *vida humana* é tutelada sem qualquer distinção possível, consequentemente todo “ser” humano, tão somente por esta característica, deve ter sua vida protegida, sendo inviável que seja ceifada precocemente. Se a vida é pressuposto de todo e qualquer outro direito, sua preservação durante o desenvolvimento intrauterino garante não somente a vida de um indiscutível “ser” humano, mas também o acesso desse ser ao *nascimento* e, daí em diante, ao gozo e exercício de toda uma série de direitos aos quais também jamais teria acesso acaso lhe fosse vedada a saída do ventre materno com vida e o ingresso no mundo e nas relações interpessoais. Assim sendo, a tese de que o nascituro não é sujeito de direito é insustentável, no mínimo quanto ao direito à vida.

Como já destacado neste texto é indiscutível que há vida e vida humana:

O *status* humano é questão genética e científica muito bem estabelecida. Ninguém no meio acadêmico sério, ainda que fosse o mais radical abortista instruído, levantaria a hipótese de um feto não ser humano. É humano no sentido ontológico e genético a partir do momento da concepção. O que está em discussão é quais humanos podemos matar e quais não podemos. Fetos humanos não se tornam tatus ou samambaias, eles se desenvolvem em pessoas adultas, crianças, idosos, e todas essas categorias são categorias de seres humanos.<sup>16</sup>

Diante da história da ciência e da religião é impossível que alguém siga crendo na mentira de que a condição humana do conceito é uma espécie de credo místico. Bem ao contrário, fato é que a Igreja Católica, por exemplo, antes dos conhecimentos propiciados pela embriologia e pela genética, discutia a questão da chamada “animação”, de forma que antes da *infusão da alma* no corpo concebido não haveria ainda ser humano e o aborto seria uma questão indiferente ou adiafórica.

Conforma narra Guillebaud:

Entre os cristãos, contrariamente ao que se crê, “a discussão durou séculos, e ainda continua. Os pensadores se dividiam entre os defensores da animação precoce e os defensores da animação tardia. As autoridades da Igreja jamais decidiram terminantemente entre as duas teses”. Uma divergência que opõe principalmente os padres gregos – como Gregório de Nissa -, partidários da animação precoce (no momento da concepção), e os padres latinos, partidários da animação tardia. Para

Santo Tomás, que se inspira em Aristóteles nesse ponto, a animação acontece ao cabo de quarenta dias para os meninos e noventa dias para as meninas. Os padres latinos foram aprovados no século XVI pelo magistério romano”.<sup>17</sup>

Na verdade, a defesa da vida humana em todos os seus estágios passa a ser parte integrante do contexto dos documentos da Igreja Católica<sup>18</sup> com o advento do esclarecimento da biologia e mais especificamente da embriologia e da genética, quanto à constatação de uma vida propriamente humana e individualizada a partir da concepção. Daí que conste hoje, por exemplo, no Catecismo da Igreja Católica o seguinte:

O direito inalienável à vida de cada ser humano, desde a sua concepção, é um elemento constitutivo da sociedade civil e da sua legislação. Quando o Estado não coloca a sua força ao serviço dos direitos de todos e em particular dos mais fracos, e entre eles dos concebidos ainda não nascidos, passam a ser minados os próprios fundamentos do Estado de direito.<sup>19</sup>

Portanto, ao contrário do falacioso discurso abortista, não se trata no tema em discussão, de alguma ingerência ou opressão da Religião sobre a Ciência, rechaçando o conhecimento. Trata-se, em verdade, da Religião esclarecida em suas concepções pelo progresso da razão científica.

A interpretação do art. 5º, “caput”, CF, portanto, se deve fazer, não com sustento em algum dogma religioso, mas com base na lógica da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais de acordo com o sentido amplo de proteção da vida humana. A letra da Lei Maior é claramente oposta a uma noção gradualista do ser humano, já que impede expressamente “distinções de qualquer natureza”, passando a mensagem de uma proteção integral da vida humana, sendo o requisito para essa tutela apenas a humanidade do ser, nada mais.

A máxima efetividade é reconhecida como um princípio interpretativo das normas constitucionais pela melhor doutrina. O mestre lusitano Canotilho assim expõe:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).<sup>20</sup>

Observe-se que o mestre português ainda menciona a situação de dúvida, que deve apontar para a solução que empreste maior efetividade às normas constitucionais. Entretanto, no caso da proteção integral da vida humana em todas as suas etapas, não parece que a Constituição brasileira tenha sido marcada por uma redação duvidosa. Ao reverso, é bastante claro e evidente

que sua proteção da vida não admite “distinções de qualquer natureza”, graduações ou discriminações que ponham fora de seu âmbito protetivo algum “ser” humano.

Em terras brasileiras, Sarlet explica que o Princípio da Máxima Efetividade exige do intérprete que adote uma interpretação e aplicação da norma que enseje a plena realização do direito fundamental envolvido.<sup>21</sup> Essa busca de uma efetividade máxima implica também que na atribuição do direito a alguém não se prejudique outrem; há que harmonizar o sistema. A situação ideal se dá quando a máxima efetividade de um direito fundamental é atingida sem que para isso se prejudique a situação jurídica de outros envolvidos.<sup>22</sup> Neste ponto é necessário reconhecer que a alegação de que a mulher seria prejudicada pelo reconhecimento do direito à vida do nascituro não procede seja em termos de proporcionalidade, seja em termos de conteúdo. A vida da mulher não está em discussão nesses casos, ainda que se mencionem as mortes ocorridas em procedimentos abortivos. Ora, essas mortes seguiriam acontecendo porque *não existe aborto seguro*. E, para além disso, a prática do aborto, salvo nos casos não consentidos, é uma opção da mulher, cabendo a ela a autotutela do seu bem jurídico vida. Por outro lado, o conceito não tem como se autotutelar. A desigualdade das situações é gritante, a pretensa equalização é afrontosa da proporcionalidade de forma escandalosa. Por conseguinte, há que perceber que, assim sendo, o próprio conteúdo da discussão e dos direitos pleiteados é diverso. No caso do nascituro está em jogo a *vida humana*, no caso da mulher sua *liberdade decisória* para cujo exercício se pretende exercer um suposto direito de eliminação de uma *vida humana* concebida e tutelada constitucionalmente. Portanto, não é a proteção integral e não gradual da vida humana que pode prejudicar um suposto “direito” das mulheres a uma escolha, é essa escolha que prejudica a tutela da *vida humana* pelo disposto no artigo 5º., “caput”, CF, ferindo o Princípio da Máxima Efetividade.

Não é sem razão que o doutrinador e atual Ministro do STF, Alexandre de Moraes, assim se manifestou sobre o tema em obra de sua autoria, com sustento ainda no escólio de Bittar:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência de todos os demais direitos.

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurar-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

*O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, 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 a uterina (grifo nosso).<sup>23</sup>*

Evidencia-se que o grito de guerra ou a frase feita “meu corpo, minhas regras” (sic), como sói acontecer com essa espécie de expressão, nada mais é do que produto de um profundo desconhecimento, uma ignorância ética, filosófica e científica. Ignorância essa que, em sua obscuridade, não permite que o ignorante tenha consciência da própria falha, do próprio vício e a repita de forma acrítica como um mantra hipnótico. Afinal, jamais se pode afirmar com base na realidade dos fatos (científicos e ontológicos) que se trata do corpo da mulher e não de um ser humano individualizado. Os gritos histéricos desse mantra tão comum refletem essa profunda ignorância que chega a atribuir obscurantismo exatamente àqueles que estão sustentados nas luzes da razão e da ciência mais moderna.

Mas, não é somente na Constituição Federal Brasileira que se encontram motivos para a evidência da proteção integral da vida humana em todas as suas fases.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil é signatário são expressos e cristalinos quanto à tutela da vida humana desde a concepção.

Tendo em vista o disposto no art. 4º, II, CF, que se refere à “*prevalência dos direitos humanos*”, bem como o conteúdo do art. 5º, §§ 2º e 3º, CF, as normativas internacionais constantes nesses tratados e convenções ganham enorme destaque, embora, inusitadamente, fiquem quase sempre alijadas do debate jurídico quando se trata da questão da pretensa legalização do aborto ou discussões acerca dos direitos dos nascituros.

Por parte dos defensores da vida humana intrauterina se trata de uma omissão imperdoável, um erro na estratégia dialética em busca da solução verdadeira dessa discussão (eventualmente provocado pela ignorância). Já no que tange aos abortistas, a causa do silêncio pode ser motivada também eventualmente pela ignorância pura e simples ou, com maior probabilidade, devido à utilização de um recurso erístico falacioso, conhecido como “*amos-tragem*” ou “*argumento de escolha*”. Este consiste, como esclarece Loiola, “*em estabelecer um argumento a partir da seleção cuidadosa apenas das evidências que suportem aquela alegação*”.<sup>24</sup>

A respeito da importância das convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos na ordem jurídica interna brasileira, vale a exposição do texto de Piovesan:

Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Este princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. *A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas no engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas implica na busca da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira.* Implica, ademais, no compromisso em adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo

reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos. Este processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

Vale dizer, surge a necessidade de interpretar os antigos conceitos de soberania estatal e não intervenção, à luz de princípios inovadores da ordem constitucional e, dentre eles, destaque-se o princípio da prevalência dos direitos humanos. Estes são os novos valores incorporados pelo texto de 1988 e que compõem a tônica do constitucionalismo contemporâneo.

Se para o Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se conseqüentemente admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, nesta concepção, surgem para a Carta de 1988 como tema global.

Cabe ainda considerar que o princípio da prevalência dos direitos humanos contribuiu substantivamente para o sucesso da ratificação, pelo Estado brasileiro, de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Como pondera o então Ministro Celso Lafer: “O princípio da prevalência dos direitos humanos foi um argumento constitucional politicamente importante para obter no Congresso a tramitação da Convenção Americana dos Direitos Humanos – o Pacto de San José. Foi em função dessa tramitação que logrei depositar na sede da OEA, nos últimos dias de minha gestão (25.09.92), o instrumento correspondente de adesão do Brasil a este significativo Pacto” (grifo nosso).<sup>25</sup>

Pois é exatamente um desses pactos internacionais acima mencionados, qual seja, o “Pacto de São José da Costa Rica” ou “Convenção Americana de Direitos Humanos”, que consagra a proteção da vida humana desde a concepção de forma expressa em seu artigo 4º., número 1. E isso torna novamente impossível a proposição de que os nascituros não são sujeitos de direitos e não têm direito algum até o nascimento.

Conforme se viu a normativa internacional passa a integrar a ordem jurídica brasileira com exigência de concreção e não só formalmente. Como é possível proteger a vida humana desde a concepção, cumprindo o pacto, pretendendo liberar a prática do aborto? Ou considerando o nascituro carente de quaisquer direitos, como uma espécie de “coisa” indigna de qualquer consideração? Isso seria o mesmo que criar um novo “Princípio” ao qual se poderia denominar de “Minimização da Eficácia dos Direitos Fundamentais”, exatamente na contramão do que ensina a melhor dogmática jurídica. Em 1992 o Brasil avançou na proteção da vida humana com a ratificação do pacto. Em 2023 pelo descarado descumprimento do pacto se pretende desproteger a vida humana intrauterina em nome de um voluntarismo caprichoso de alguns setores sociais minoritários. Cabe aqui até mesmo trazer à baila o chamado “Princípio da Proibição de Retrocesso”.

Em obra coordenada por Flávia Piovesan encontram-se vários exemplos de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da proteção do “Direito à Vida”, nos termos do artigo 4º, n. 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, donde se pode colher reforço à conclusão de que a proteção à vida, conferida pela nossa ordem constitucional interna, em consonância com o Pacto de São José da Costa Rica, não pode ser interpretada de maneira restritiva ou pretensamente gradualista, mas ampla, abrangendo todas as fases de uma vida humana. Apenas a título exemplificativo, veja-se:

*El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo* (grifo nosso).<sup>26</sup>

Mas, não é somente de referências à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se pode concluir por uma interpretação ampla do disposto no art. 4º, I do Pacto de São José da Costa Rica. No bojo do diploma normativo serão encontradas razões de natureza positiva (legal) para a mesma conclusão.

Eventualmente alguém poderia tentar limitar o alcance da proteção da vida desde a concepção porque no art. 4º, I em estudo existe a expressão “em geral”, o que emprestaria certa relatividade à tutela do conceito. Em primeiro lugar, tal relativização nunca poderia alcançar a simples liberação da prática abortiva baseada em um voluntarismo ou capricho puro e simples e muito menos na desconsideração do nascituro como sujeito de direito à vida. A vida humana jamais poderia ser colocada abaixo da vontade de alguém e este, claramente, não é o intento do diploma internacional. A única interpretação de relativização possível é aquela que aponta para certos casos – limite, como, por exemplo, existe na lei brasileira o aborto terapêutico ou necessário (art. 128, I, CP), quando imprescindível para salvar a vida da gestante, na condição de “ultima ratio”, após realizados todos os esforços possíveis para o salvamento de ambas as vidas humanas em xeque. Não se olvida que há também o aborto sentimental, no caso de gravidez oriunda de estupro. Mas, isso não significa que o direito à vida do conceito simplesmente desaparece e é totalmente desconsiderado na tomada de decisão para a autorização de um aborto nessas condições, de modo que sequer um curador da vida humana intrauterina, incapaz de se defender por si ou mesmo de se manifestar, deva ser nomeado. Pior, que se proíba essa nomeação e essa defesa por meio de uma “diretriz” que vai contra a lei e a Constituição.

Além dessa óbvia ponderação, uma interpretação sistemática do pacto demonstra que a proteção da vida humana é ampla e atinge todas as suas fases indistintamente, tal qual faz nossa Constituição Federal ao vedar, na proteção da vida humana “distinções de qualquer natureza”.

O art. 4º, I em estudo deve ser interpretado em conjunto com os arts. 1º e 3º do mesmo diploma internacional. A proteção é dada à “pessoa humana”, de modo que é importante compreender o que é “pessoa humana”, segundo o pacto.

O art. 3º estabelece que “toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”. E o art. 1º, n. 2, descreve o que é “pessoa”:

“Para os efeitos dessa Convenção, pessoa é todo ser humano”.

Ora, é impossível negar que o conceito é um “ser” humano, seja ontologicamente, seja biológica ou geneticamente.

Outro dispositivo do Pacto de São José da Costa Rica é de interesse nessa sistemática coerente de proteção global da vida humana.

O art. 4º, número II apresenta limitações à aplicação da pena de morte, propugnando sua abolição. Mas, nos países que ainda a não tiverem eliminado, deve ficar reservada somente a crimes muito graves, não podendo ser banalizada. E uma das limitações impostas expressamente à execução da pena de morte está no número IV, parte final, do mesmo art. 4º. Ali é vedada a aplicação da pena de morte, onde ainda persista, à “mulher em estado de gravidez”. Nada mais nítido de que a proteção se volta ao nascituro, que não foi condenado à morte e sim sua genitora. Assegura-se o *direito de nascer a um inocente que deve ter acesso a todos os demais direitos humanos, não podendo ser prejudicado pela conduta criminosa de sua genitora*. Há aqui nítida aplicação do “Princípio da Intranscendência, *Personalidade* ou *Pessoalidade* da Pena”, a qual não pode passar da *pessoa* do criminoso(a) para outra *pessoa* inocente (art. 5º, XLV, CF).

Vale ainda mencionar que em outra convenção internacional ratificada pelo Brasil, a “Convenção sobre os Direitos da Criança” (1989), é estatuído, em seu preâmbulo, que

Tendo em mente que, como indicado na declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, *incluindo proteção jurídica antes e depois do nascimento* (grifo nosso).

E mais, no artigo 24 da “Convenção sobre os Direitos da Criança” é assegurado o “direito à saúde”. Nesse contexto, no número 2, letra “d” do mesmo artigo é determinada a devida “assistência pré-natal e pós-natal”. Quando o dispositivo em comento trata dessa assistência, indica que deve ser assegurada às mães, mas é mais do que claro e evidente que se a convenção se refere às crianças, a proteção é certamente voltada para a criança em desenvolvimento no útero, o que, a seu turno, resulta que a Convenção assume uma concepção de criança bastante abrangente, de modo a alcançar o nascituro. O dispositivo do artigo 24, n. 2, letra “d” deve ser interpretado em conjunto com aquilo que consta no Preâmbulo da Convenção, conforme anteriormente exposto, ou seja, que a proteção jurídica da criança se dá antes e depois do nascimento.

A linguagem constitucional interna e dos diplomas internacionais não permite que truques eufemísticos<sup>27</sup> tenham a capacidade de alterar a realidade de que aquilo que se encontra em gestação numa mulher grávida é um ser humano, uma pessoa e, mais, uma criança frágil e absolutamente indefesa.

Também não é possível ignorar que o nascituro é um paciente do médico e demais profissionais de saúde envolvidos, tanto quanto a mãe. Existe, inclusive, uma área específica chamada “Medicina Fetal”.

**“A Defensoria Pública é um dos órgãos constitucionalmente previstos como essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (art. 134, CF/88).”**

A medicina fetal, também conhecida como perinatologia, é um ramo da obstetrícia e ginecologia que se concentra no gerenciamento das preocupações com a saúde da mãe e/ou do feto antes, durante e logo após a gravidez.<sup>28</sup>

Como aduz o médico Angotti Neto:

Um detalhe pragmático que muitos também optam por esquecer: *o feto é considerado paciente*. Se para uns médicos, o feto merece cuidado, incluindo anestesia em procedimentos cirúrgicos de altíssima complexidade no útero materno, como podemos concordar que outros médicos considerem o feto apenas um monte de carne indesejável a ser expelido?<sup>29</sup>

A proteção devida ao nascituro exsurge cristalinamente de uma interpretação sistemática do Pacto de São José da Costa Rica e da Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como da nossa Carta Magna, não existindo campo algum para a legalização e muito menos para a banalização do tema do aborto.

Tendo em vista um paradigma em voga no mais atual contexto dogmático do Direito Constitucional e do Direito Internacional, qual seja, o denominado “Transconstitucionalismo”, é praticamente incompreensível que as normativas internacionais em comento não ocupem nas discussões sobre o aborto, sob o prisma jurídico, uma posição de protagonismo.

Neves introduz o conceito de “Transconstitucionalismo” em obra de mesmo título, apontando para o fato de que

cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns.<sup>30</sup>

Com absoluta certeza, o referencial antropológico do estatuto do ser humano é um desses problemas de interesse *transversal* que devem preocupar

todos os países, pessoas e instituições sob enfoques variados (científico, ético, filosófico, social, jurídico). A dessacralização e o desencantamento do mundo e do homem vêm impondo uma rota de animalização, subanimalização, quando não de reificação do homem. Seja por que meios forem, é preciso cuidar para evitar que um dia já não saibamos qual valor há em um ser humano ou mesmo se tem algum valor. Pessoas como Tristram Engelhardt já consideram que dentre os seres humanos alguns ainda não são e outros não são mais “pessoas” em sua plenitude. Surge nesse quadro uma categoria inglória de “não – pessoas”, abrangendo não somente ovos humanos, embriões ou fetos, mas também bebês, idosos inválidos e outras categorias a serem um dia assim rotuladas, sabe-se lá por que espécie de critérios subjetivos arbitrários.<sup>31</sup> Outros, como Singer, já não enxergam diferença entre homens, macacos, porcos ou ratos e dão preferência ética à vida de um macaco adulto com relação à de um bebê humano.<sup>32</sup>

Guillebaud nos recorda, apropriadamente, a manifestação de Patrick Verspieren em debate ocorrido no “Centre Rachi” em novembro de 1995:

A História nos ensina que o estatuto que se atribui ao embrião reflete aquele que se concede ao homem. O embrião transformado em coisa? Isso não é de bom augúrio. “Faltar com o respeito pelo embrião, por causa da ausência de suas capacidades, é se colocar no caminho da falta de respeito em relação ao ‘homem sem qualidades’”.<sup>33</sup>

Esse problema não é de interesse exclusivo brasileiro, é de interesse da Humanidade, inclusive da Humanidade do futuro e, por isso, o tratamento internacional conferido ao tema com a devida precaução pelo Pacto de São José da Costa Rica e pela Convenção sobre os Direitos da Criança, deve ser considerado um importantíssimo marco positivo na salvação do que ainda nos resta da humanidade do homem.

A força normativa dos pactos se une ao tratamento constitucional interno da proteção ao direito à vida humana, conferindo inquestionável legitimidade ao alcance amplo e jamais limitado ou restrito do que se entenda por vida digna de tutela.

---

### **A questão sob o enfoque do Direito Civil**

---

Migrando para o regulamento do tema debatido no âmbito da legislação interna ordinária, compete abordar os aspectos jurídicos relativos ao campo do Direito Civil, o que, em geral, tem sido pouco explorado. Essa escassez de discussão dos temas de Direito Civil quando se trata do aborto não significa que essa área tenha pequena importância, significa apenas que os debatedores cometem o equívoco de concentrarem-se basicamente na questão penal.

Em abordagem de excelência sobre o tema, Júlio César Ballerini Silva<sup>34</sup> se mostra atônito com a concentração quase exclusiva das discussões sobre o aborto na questão do direito da mulher ao próprio corpo e no aspecto penal. Já deixando bastante clara a relevância da questão na seara civil, bem como a evidência nesse campo de que o nascituro não é uma parte do corpo da

mulher, aponta o Enunciado n. 1 das “Jornadas de Direito de Família”, cuja transcrição se impõe:

“Enunciado n. 1: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura”.

Neste ponto toca-se no chamado “Direito Funerário”, havendo uma série de normativas que estabelecem o direito de sepultamento do natimorto.

A tragédia “Antígona” de Sófocles<sup>35</sup> é o mito inaugural da doutrina do direito ao sepultamento como integrante dos direitos da personalidade (“jus sepulchri”).<sup>36</sup>

O Ministério da Saúde, no documento denominado “A Declaração de Óbito”, datado de 2009, estabelece que “no óbito fetal, se a gestação teve duração igual ou superior a 20 semanas, ou o feto com peso igual ou superior a 500 gramas, ou estatura igual ou superior a 25 centímetros” deve ser obrigatoriamente emitida a Declaração de Óbito para fins de sepultamento. No entanto, a regulação respectiva ainda permite a emissão facultativa da Declaração de Óbito sempre que a família desejar fazer o sepultamento do feto, ainda que fora dos padrões métricos acima delineados. Na mesma senda encontra-se a Resolução CFM 1.779/05, item 2. Finalmente, no mesmo sentido encontra-se o “Manual de Vigilância do Óbito Infantil e Fetal e do Comitê de Prevenção do Óbito Infantil e Fetal” emitido pelo Ministério da Saúde também em 2009, subtítulo 4.1.<sup>37</sup>

Ballerini chama a atenção para o fato de que os “direitos da personalidade” são adquiridos independentemente do nascimento com vida nos termos do regramento civil. Dessa forma o nascituro já é titular do direito à vida. Não fosse assim não haveria cabimento para os chamados “alimentos gravídicos”, os quais seriam passíveis de repetição de indébito, acaso o conceito fosse natimorto. Afinal, os alimentos gravídicos são conferidos ao nascituro e não à mãe.

O debate jurídico não pode passar ao largo do que é prescrito pelo art. 2º, do Código Civil Brasileiro:

“A personalidade civil das pessoas começa do nascimento com vida; *mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*” (grifo nosso).

A respeito da situação jurídica do nascituro, existem três grandes teorias:<sup>38</sup>

a) Teoria Natalista – para ela a personalidade civil surgiria somente a partir do nascimento com vida.

b) Teoria da Personalidade Condicional – o nascituro seria uma “pessoa condicional”, já que a aquisição da personalidade fica na pendência de evento futuro e incerto, uma espécie de “condição suspensiva”, que é o nascimento com vida. Ao fim e ao cabo, essa teoria é apenas um “desdobramento da teoria Natalista”, vez que acaba somente reconhecendo a personalidade após o nascimento com vida.

c) Teoria Concepcionista – a personalidade já existe mesmo antes do nascimento, desde a concepção, com a ressalva dos direitos patrimoniais, relativos à herança, legado e doações, os quais dependem do nascimento com vida.

Nada mais evidente do que o fato de que a “Teoria Concepcionista”, ao contrário das demais, está em plena consonância com o regramento constitucional e convencional do tema dos direitos do nascituro, conforme já exposto neste trabalho.

A interpretação do artigo 2º., CC, há que ser realizada, obedecendo uma subordinação vertical à Constituição Federal e aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Não é por menos que a mais moderna doutrina civilista tem abrigado a “Teoria Concepcionista”. Vale transcrever as lições de Gonçalves:<sup>39</sup>

A moderna doutrina civilista, sob a influência do direito francês, esposa a tese de que o *nascituro* já tem personalidade jurídica *desde a concepção*. No direito contemporâneo, defende a teoria concepcionalista, dentre outros, Silmara J. A. Chinelato e Almeida, Professora da Universidade de São Paulo, nestes termos: “Mesmo que ao nascituro fosse reconhecido apenas um *status* ou um direito, ainda assim seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque *não há direito ou status sem sujeito*, nem há sujeito de direito que tenha completa e integral capacidade jurídica (de direito ou de fato), que se refere sempre a certos e determinados direitos particularmente considerados (...). Com propriedade afirma Francisco Amaral: ‘Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa’ (...). A personalidade do nascituro *não é condicional*; apenas *certos efeitos de certos* direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os *direitos patrimoniais materiais*, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a”.<sup>40</sup>

A constatação de que a proteção de *certos direitos* do nascituro encontra, na legislação atual, pronto atendimento *antes mesmo do nascimento* leva-nos a aceitar as argutas ponderações de Maria Helena Diniz sobre a aquisição da personalidade desde a concepção apenas para a titularidade de *direitos da personalidade*, sem conteúdo patrimonial, a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos *patrimoniais* estariam sujeitos ao nascimento com vida, ou seja, sob condição suspensiva.<sup>41</sup>

O Enunciado 1, aprovado na I Jornada de Direito Civil realizada em Brasília pelo Conselho da Justiça Federal, proclama: “A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”. Tal conclusão, reconhecendo a proteção de direitos extrapatrimoniais não apenas ao nascituro, mas também ao *natimorto*, contraria a tese Natalista, para a qual este não desfruta de nenhum direito (grifos no original).

A Teoria Concepcionista não somente está de acordo com o que prescrevem a Constituição Federal e os Tratados Internacionais sobre o nascituro, como se harmoniza com modernas concepções acerca dos direitos dos deficientes, inclusive mentais. É visível que apenas os direitos patrimoniais dependem do nascimento com vida e não os chamados “*direitos existenciais*”. Esse é também o norte dado para os limites da curatela e da assistência dos deficientes conforme prescreve a Lei nº 13.146/15, promulgada em cumprimento à normativa

internacional da “Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência”. Na dicção de Fiuza, em comentário relativo aos deficientes:

O objetivo da Lei é, evidentemente, o de preservar, ao máximo, na medida do possível, a autonomia do deficiente, respeitadas as limitações do caso concreto. A regra de que a curatela só atinja relações patrimoniais deve ser interpretada segundo esse contexto, isto é, sempre que possível, o curador não deverá interferir nas relações existenciais, a fim de preservar a autonomia e a dignidade do curatelado. Entretanto, relações existenciais que tenham efeitos patrimoniais estariam dentro do campo de atuação do curador, e, em alguns casos, dependendo da gravidade da deficiência, mesmo as que não tenham efeitos patrimoniais, para se evitar prejuízos materiais, e para que sejam preservados o interesse e a dignidade do deficiente incapaz.<sup>42</sup>

Seja em relação ao nascituro, seja ao deficiente são preservados os “direitos existenciais” e mantida intacta a “personalidade”. O intuito é a proteção ampla desses hipossuficientes e exatamente o impedimento de que sejam um dia “objeto” de ingerências no nível de sua condição de “pessoa” e de seu *status* “existencial”. Trocando em miúdos, é preciso assegurar a essas *peessoas* um estatuto de respeito que não permita sua eliminação sob qualquer pretexto ou seu alijamento da comunidade humana. A História já nos ensinou lições valiosas a respeito de como essas reificações, quando permitidas e até legitimadas, são destrutivas da humanidade do homem e, em última análise, do próprio homem.

Ademais, a defesa dos direitos do nascituro é condizente com a comprovação científica de que o conceito é já uma *vida humana individualizada*, de maneira que seu nascimento constitui nada mais que um prolongamento de um processo de desenvolvimento de um ser ontologicamente dotado de uma identidade específica.

Afinal, como bem assevera Diniz, com fulcro no escólio de Lejeune:

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico – temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração no código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único. Jérôme Lejeune, geneticista francês e autoridade mundial em biologia genética, asseverou: “Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato”<sup>43</sup>.

Conforme também a lição de Barbosa Moreira, citada por Ives Gandra Martins:

Desde logo, parece ocioso frisar que o nascituro tem vida. Que nos conste, ninguém jamais objetou à propriedade da expressão “vida intrauterina”. Escrevia ainda o mestre (...) Pontes de Miranda: “protege-se o feto, *como ser vivo*, como se protege o humano já nascido”. Cuida-se, é óbvio, de um tipo de vida diferente daquele a que dá acesso o parto; mas, em todo o caso, vida. Quando o artigo 2º., primeira parte, se refere ao “nascimento com vida”, o que há de novo é o prolongamento – seja embora por pouquíssimo tempo – da vida (que já existia), agora sob outra forma, após a saída do feto do corpo da mulher” (grifo nosso, itálicos do original).<sup>44</sup>

Ademais, a legislação civil ordinária brasileira, em imagem especular às normas internacionais de proteção ao nascituro e à criança já expostas, assegura, por meio do disposto no artigo 8º., do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) o direito à “atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral”. Embora novamente a norma se refira à concessão desses atendimentos à mulher, por obviedade, até pela natureza do diploma legal onde se encontra, tem por objetivo assegurar não somente a saúde da parturiente, mas certamente da criança nascente ou em gestação. Ocorre que sem assegurar o direito de nascer ao ser humano é inviável assegurar-lhe a fruição ou o exercício de quaisquer outros direitos subsequentes. Como bem argumenta e indaga Diniz:

A vida é igual para todos os seres humanos. Como, então, se poderia falar em aborto? Se a vida humana é um bem indisponível, se dela não pode dispor livremente nem mesmo seu titular para consentir validamente que outrem o mate, pois esse consenso não terá o poder de afastar a punição, como admitir o aborto, em que a vítima é incapaz de defender-se, não podendo clamar por seus direitos? Como acatar o aborto, que acoberta, em si, seu verdadeiro conceito jurídico: assassinato de um ser humano inocente e indefeso? Se a vida ocupa o mais alto lugar da hierarquia de valores, se toda vida humana goza da mesma inviolabilidade constitucional, como seria possível a edição de uma lei contra ela? A descriminalização do aborto não seria uma incoerência no sistema jurídico? *Quem admitir o direito ao aborto deveria indicar o princípio jurídico do qual ele derivaria, ou seja, demonstrar científica e juridicamente qual princípio albergaria valor superior ao da vida humana, que permitiria sua retirada do primeiro lugar na escala de valores? A vida extrauterina teria um valor maior do que a intrauterina? Se não se levantasse a voz para a defesa da vida de um ser humano inocente, não soaria falso tudo que se dissesse sobre direitos humanos desrespeitados? Se não houver respeito à vida de um ser humano indefeso e inocente, por que iria alguém respeitar o direito a um lar, a um trabalho, a alimentos, à honra, à imagem etc.? Como se poderá falar em direitos humanos se não houver preocupação com a coerência lógica, espeznhando o direito de nascer* (grifo nosso)?<sup>45</sup>

E essas judiciosas ponderações de Diniz têm pleno cabimento mesmo no caso do aborto sentimental, no que diz respeito à impossibilidade de negar direitos ao conceito, de negar sua condição de “sujeito de direitos” e uma mínima proteção no processo que dará origem à ordem de eliminação de sua vida.

Sem o respeito ao ser humano concebido intraútero, indefeso e inocente, qualquer discurso sobre a defesa da vida e da dignidade humana é oco, incoerente, falseado e, em última análise, hipócrita. Nem mesmo é possível falar em direito à saúde da mulher, dignidade da mulher, liberdade da mulher, afinal a mulher é um ser humano e há, inclusive, por obviedade, fetos masculinos e femininos.

E retornando aos ensinamentos de Maria Helena Diniz:

Urge que a humanidade progrida, caminhando na direção de princípios que permitam ao homem ser cada vez mais homem, vendo respeitado o seu direito fundamental, intocável e inalienável à vida e, conseqüentemente, o seu *direito de nascer* (grifo no original).<sup>46</sup>

Outro aspecto pouco mencionado é que o nascituro tem capacidade passiva tributária, nos termos do artigo 126, I, do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), “in verbis”:

“Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

I – da capacidade civil das pessoas naturais”.

Conforme leciona Ricardo Alexandre, “capacidade tributária passiva é a aptidão para ser sujeito passivo da relação jurídico – tributária”. Para essa aptidão são “irrelevantes as regras sobre capacidade do direito civil”.<sup>47</sup>

Ora, sendo a capacidade tributária passiva nada mais do que a capacidade de pagar tributos, seria, no mínimo, monstruoso que o nascituro pagasse impostos e não tivesse direito à proteção de bens jurídicos, inclusive o mais importante deles, que é o direito à vida. Ao reverso, pagaria tributos a um Estado que se aparelha legal e operacionalmente para ceifar-lhe a vida de forma prematura, sem chance de qualquer defesa e em obediência a uma simples vontade alheia.

Como poderia o feto ser “sujeito passivo” de obrigação tributária e não poder ser “sujeito de direito”, conforme pretende alegar a parlamentar mencionada neste texto? Como ficaria a interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro?

Eloquente a afirmação dos tributaristas Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo quanto ao fato de que “somente as coisas, os animais e os mortos não têm capacidade tributária passiva”.<sup>48</sup> Eloquente e esclarecedora quanto ao status conferido pela legislação tributária ao nascituro, já que dotado de capacidade passiva tributária. Sendo assim, não é ele coisa ou animal, bem como é um ser vivo (não poderia ser um morto ou não dotado de vida, sob pena de não ter capacidade tributária passiva) e, como já visto, enquanto “ser” somente pode configurar-se como um “ser humano”. Afinal, de uma mulher grávida nunca se viram nascerem jabuticabas, rinocerontes ou coelhos!

Em arremate, por sua importância e pela qualidade e originalidade da argumentação, bem como sua sustentação dogmática, há que tomar a liberdade de transcrever as impressões de Alcântara e Sales acerca da devida interpretação a ser dada ao art. 2º, do Código Civil pátrio:

Pretende-se a apresentação de uma nova forma de se interpretar o dispositivo, não suscitada pelos doutrinadores consultados. Ressalva-se a ausência de contorcionismos, subterfúgios ou sofisticações no raciocínio realizado. Sua singularidade, ao revés, resulta da clareza, naturalidade e completude na exposição das razões e na conexão entre elas.

Dividir-se-á a construção em dois blocos para melhor elucidação do fim para o qual se propõe: I) reflexão da 1ª parte do art. 2º; II) reflexão da 2ª parte do art. 2º. Após, reconectando-as, concluir-se-á a proposição.

A primeira parte do artigo dispõe que: “A personalidade da pessoa começa do nascimento com vida [...]”. Ao legislador afirmar isso, assume a precedência da atribuição de pessoa antes do nascimento. Para tanto, basta se retirar o complemento nominal “da pessoa” para visualizar a mudança de interpretação: “a personalidade começa do nascimento com vida”. Se o nascimento é fato jurídico a partir do qual se adquire personalidade, ou seja, torna-se pessoa para a Ciência Jurídica, prescindível seria a expressão “da pessoa”. Se assim o fez o legislador, é forçoso o reconhecimento de pessoa antes do nascimento com vida; caso contrário, haveria redundância no dispositivo legal, hipótese inadmissível, em apego a boa técnica, segundo a qual não há palavras inúteis no texto normativo (...).

Aquilata-se a interpretação pelo significado que o intérprete der a cada palavra presente ao longo do comando normativo.

Neste sentido, Carlos Maximiliano (...): [...] as expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva [...].

Uma comparação do Código Civil Brasileiro com o Código Civil Português, Espanhol, Alemão e Italiano, robustece a premissa suscitada: reconhecimento da personalidade antes do nascimento. A razão da afirmação se consubstancia na ausência do complemento nominal “da pessoa” depois do substantivo “personalidade”. Eis-los: art.66 do Código Civil Português: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”; artículo 30 do Código Civil Espanhol: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.”; o §1º do Código Civil Alemão – Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): “The legal capacity of a human being begins on the completion of birth”. Por fim, o art. 1º do Código Civil Italiano: “La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita”. Firma-se, então, o entendimento de que há personalidade antes do nascimento. Há um empecilho, todavia, para a completude do raciocínio: se se adquire personalidade civil após o nascimento com vida, o nascituro gozaria, por ser pessoa, de personalidade? E ainda: se lhe atribuir o gênero personalidade, qual espécie seria, uma vez que a lei condiciona a aquisição da personalidade civil ao nascimento com vida?

O art.1º do Código Civil admite a capacidade de direitos e obrigações a toda pessoa. Logo em seguida, o art. 2º estabelece a aquisição da personalidade civil

da pessoa no nascimento com vida. O advérbio “toda”, presente no art. 1º, indica a conferência da capacidade de direitos e obrigações para toda pessoa, ou seja, tanto os neonatos quanto os nascituros, utilizando-se do raciocínio feito anteriormente a respeito do art. 2º.

Maria Helena Diniz (...) conceitua pessoa nos seguintes termos: Para a doutrina tradicional “pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial” se pessoa e sujeito de direito são equivalentes. Então o nascituro é sujeito de direitos. Possui, desta forma, personalidade, pois personalidade jurídica é requisito indispensável para ser sujeito de direito (...). De igual modo, pronuncia-se Clóvis Bevilacqua (...): “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”. Adriano de Cupis (...), entretanto, vê-la em menor extensão. Para o autor, não se infere da personalidade jurídica a condição de se ter direitos e contrair obrigações: [...] a personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica. Miguel Reale (...), por sua vez, acentua o fato de apenas o homem ser sujeito de direitos e deveres, separando-o dos animais e coisas: “Todo homem, mas tão somente o homem, é capaz de direitos e obrigações. Não pode ser sujeito de direitos uma coisa, nem tampouco um animal irracional”. Sua visão dicotômica torna forçosa a afirmação de que o “ser humano” deve possuir personalidade; caso contrário, ser-lhe-ia qualificado como objeto ou animal.

Conclui-se, a par disso, que: I) a personalidade é atributo da pessoalidade; II) todo ser humano possui personalidade jurídica. Logo, se a personalidade civil inicia-se do nascimento com vida, o nascituro goza de personalidade jurídica, cujos direitos e deveres serão exercidos nos limites de sua condição de ser humano em desenvolvimento.

Superado o primeiro bloco, passa-se ao seguinte. A segunda parte do artigo dispõe que: “[...], mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Sua função é estabelecer o marco a partir do qual o nascituro, dotado de personalidade por ser pessoa, terá direitos, qual seja, da concepção. Por já ser considerado pessoa, o nascituro, desde a concepção, possui direitos.

O novo enfoque consubstancia-se na admissão de personalidade ao nascituro antes do nascimento com vida diante da significância da expressão “da pessoa”, por a lei já prever personalidade ao nascituro. O novo prisma anuncia mais um argumento favorável à teoria concepcionista, uma vez que se depreende a atribuição da personalidade ao nascituro desde a concepção da interpretação do dispositivo em sua plenitude.<sup>49</sup>

Não é somente na doutrina que se encontra essa noção segundo a qual o nascituro é pessoa porque dotado de personalidade a partir da concepção (inteligência do art. 2º, CC), bem como, conseqüentemente, figura como sujeito

de direitos e deveres ou obrigações (retome-se a questão da capacidade tributária). O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já reconhece esse *status* do nascituro na ordem civil.

Vejam os seguintes *decisum*:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.

1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, *o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.*

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); *a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida” – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).*

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. *Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.*

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974.

Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido. (REsp 1415727/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 29/09/2014) (grifos nossos).

O julgado supra, que marca a posição do E. STJ em defesa da “Teoria Conceptionista” abriga várias lições que foram expostas no decorrer dessa abordagem da condição do nascituro e seu *status quo* no âmbito do Direito Civil.

Conclui-se que na esteira da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais relativos ao tema, o ordenamento jurídico civil ordinário brasileiro não permite concluir que o nascituro seja uma coisa ou algo, mas uma pessoa humana ou alguém, abrigada pelo reconhecimento da *dignidade* inerente a toda pessoa humana e, portanto, tendo posta em abrigo sua vida. O Direito Civil brasileiro também não deixa brechas para eventual legitimação da prática abortiva, que significaria tratar o nascituro como uma coisa a ser removida por mera manifestação de vontade de uma pessoa.

---

### **A questão sob o enfoque penal**

---

Não resta dúvida de que o Brasil adere a uma posição intermédia, chamada comumente de “Proibitiva – Relativa” com relação à prática do aborto. Isso quer dizer que, em regra, o abortamento não é permitido no Brasil e é crime (inteligência dos artigos 124 a 126, CP). Não obstante, há casos em que o aborto não é punível de acordo com o artigo 128, I e II, CP. São os casos do “Aborto Terapêutico ou Necessário”, para salvar a vida da gestante e do “Aborto Sentimental, Humanitário ou Ético”, para os casos de gravidez resultante de estupro.

Neste texto se trata de casos de aborto em situação de gravidez resultante de estupro. Não se discute a positivação da impunidade do aborto nessas circunstâncias. O que se discute é que a prática do aborto se dê sem a menor consideração aos direitos do nascituro, o que, como já demonstrado, não encontra sustentação no ordenamento jurídico brasileiro sob o prisma constitucional, convencional e legal ordinário.

---

### **A DEFESA DO NASCITURO E A IMPRESCINDIBILIDADE DA CURADORIA ESPECIAL POR NOMEAÇÃO OU “EX OFFICIO” PELA DEFENSORIA PÚBLICA**

---

Demonstrada cabalmente a inviabilidade das pretensões e dos argumentos da Deputada Federal Sâmia Bomfim, resta expor a importância e o regimento legal da curadoria especial exercida pela Defensoria Pública, principalmente em casos de abortamento.

A Defensoria Pública é um dos órgãos constitucionalmente previstos como essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica,

a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extra-judicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (art. 134, CF/88).

Conforme consta no artigo 3º da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que a rege e a organiza, são objetivos da Defensoria Pública (I) a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; (II) a afirmação do Estado Democrático de Direito; (III) a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e (IV) a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

O art. 4º da Lei Complementar elenca as funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (I) prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (II) promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela (inc. X); (III) exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (inc. XI).

Em função destes dispositivos e de outros princípios constitucionalmente assegurados, os Nascituros – que por essência, são vulneráveis -, devem ser tutelados pela Defensoria Pública, principalmente se levarmos em consideração que o ordenamento jurídico obriga o exercício da Curadoria Especial em conformidade com o art. 4º, inciso XVI da LC 80/94, que estabelece ser função institucional deste órgão.

Com efeito, nos termos preconizados pelo Art. 2º do Código Civil, os direitos do Nascituro devem ser assegurados desde a concepção e o direito à defesa, consubstanciado em sua representação processual por meio da Curadoria Especial deve ser observado por este órgão que é o responsável por cuidar dos mais vulneráveis.<sup>50</sup>

O Legislador, ao editar as Leis Complementares nº 80 e 132, conferiu ao Defensor Público uma ação proativa na defesa dos vulneráveis e não a postura inerte de somente atuar quando “nomeado” pelo Juiz.

Na velha concepção do CPC de 1973, somente se concebia a atuação do curador especial após sua nomeação pelo Juiz, ideia esta que, como se sabe, não obedece à melhor técnica, conforme maciço entendimento doutrinário e jurisprudencial.

De fato, com a edição da Lei Complementar nº 80/94, em seu artigo 4º, inciso XVI, é função institucional da Defensoria Pública atuar como curador especial no processo e este instituto é de caráter eminentemente protetivo. Com efeito, devido à sua conformação legal e constitucional atual (mormente com o advento da Lei Complementar nº 132/2009) a Defensoria Pública não defende apenas pessoas ou grupos vulneráveis, mas, igualmente, valores constitucionalmente assegurados.<sup>51</sup>

É por essa razão que a curadoria especial está a cargo da Defensoria Pública e esta não deve, nem mesmo, ser considerada como uma função atípica. Amélia

Soares da Rocha bem ressalta isso, asseverando que tal função não escapa da natureza da instituição.<sup>52</sup>

Este, também, é o entendimento de nossos tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RÉU REVEL CITADO POR EDITAL. CURADOR ESPECIAL. NOMEAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA NA COMARCA. FUNÇÃO INSTITUCIONAL. Havendo Defensoria Pública devidamente instituída na Comarca, cumpre seja nomeado Defensor Público para atuar como curador especial, e não de advogado particular. Função institucional. Art. 4º, XVI, da Lei Compl. nº 80 /94. Precedentes do TJRS. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70051407419, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 05/10/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. ENSINO PARTICULAR. FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CRUZ ALTA. AÇÃO MONITÓRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FACULDADE DO JUIZ. PROVA PERICIAL. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITIO. DESNECESSIDADE. CAUSA DEBENDI QUE RESTOU CLARAMENTE EXPRESSA NOS AUTOS. DEFESA QUE ADEQUADAMENTE EXERCEU SEU DIREITO IMPUGNANDO OS ENCARGOS CONTRATUAIS. RÉU CITADO POR EDITAL. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DEFENSORIA PÚBLICA. FUNÇÃO INSTITUCIONAL TÍPICA E EXCLUSIVA. ANTECIPAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO FADEP. DESCABIMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDA. Apelação desprovida. (TJ-RS – AC: 70047645601 RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Data de Julgamento: 14/06/2012, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/06/2012)

Em razão disso, trata-se de função privativa<sup>53</sup> da Defensoria Pública, vez que expressamente prevista no aludido artigo 4º, inciso XVI, da Lei Complementar nº 80/1994, de modo que a atuação da Defensoria Pública como curadora especial decorre tão somente em razão da tutela dos interesses de pessoas cuja situação de vulnerabilidade possa impedi-los de ter plena ciência de seus direitos ou de exercer adequadamente a defesa de seus direitos em juízo.<sup>54</sup>

Consideradas estas premissas, atemo-nos ao que dispõe o artigo 72, do CPC:

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I – incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

II – réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

Como se vê, a hipótese prevista no inciso I se adequa perfeitamente aos casos de abortamento, pois resta óbvio que há colidência de interesses deste com o de sua representante legal. Por motivos diversos (que não cabe aqui julgarmos), a gestante deseja pôr fim à vida de seu filho. Ele, como todo ser vivo, quer sua manutenção. Os interesses jurídicos estão em clara oposição. E, a conclusão de que o nascituro quer manter sua vida decorre não de uma

idiosincrasia qualquer, mas da constatação filosófica e fática de um dos instintos mais arraigados no vivente, qual seja, o de autoconservação, aquele que leva as criaturas a uma tendência quase invencível de “perseverar no ser”.<sup>55</sup>

Do exposto, conforme explicita Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva, “restando identificada no processo a ocorrência de situação que reclame a presença da curadoria, não se mostra necessário que o juiz profira decisão nomeando a Defensoria Pública como curadora especial; a nomeação nesse caso é despicienda e descabida”.<sup>56</sup> Afinal, se o Juiz pudesse nomear Defensor Público, poderia, também, destituí-lo, o que resultaria em inaceitável ingerência do Poder Judiciário naquele Órgão. Outrossim, inviável por conformar-se “contra legem” qualquer ingerência do CNJ para pretender proibir a Defensoria Pública de atuar, exercendo suas funções legais e constitucionais.

Assim é que se deve compreender a função da curadoria especial do Nascituro pela Defensoria Pública. Presente qualquer ameaça à vida do feto, este tem o direito de defesa assegurado quando há a atuação de um Defensor Público em seu favor, revelando que a Defensoria Pública do Estado do Piauí agiu corretamente ao nomear um de seus membros para defender os interesses do nascituro neste caso que vem sendo objeto de várias críticas infundadas.

Por fim, devemos registrar que as particularidades do caso fizeram com que a Defensoria Pública do Estado do Piauí redobrasse os cuidados e a atenção dispensada aos atores envolvidos na questão, já que as vulnerabilidades da gestante e do nascituro foram igualmente tratadas pela instituição, que nomeou defensores Públicos diferentes para representarem seus interesses, em estrita observância ao que dispõe a Lei Complementar que rege o órgão.<sup>57</sup>

## CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho procurou-se estudar a questão controversa da pretensão da Deputada Federal, Sâmia Bomfim de ingerir-se junto ao Conselho Nacional de Justiça a fim de obter uma “diretriz” que proíba a atuação da Defensoria Pública em prol dos nascituros em procedimentos para autorização judicial de aborto sentimental.

A alegação da parlamentar seria a de que os nascituros não são “sujeitos de direitos”, o que restou amplamente comprovado como um enorme equívoco fático, ético e jurídico diante do ordenamento brasileiro e mesmo internacional. Ademais, ficou claro que a Defensoria Pública detém atribuição própria que não pode ser violada pelo CNJ ou por qualquer outro órgão, já que decorrente de leis e normas constitucionais.

Esperemos que o E. Conselho Nacional de Justiça não ceda a pressões midiáticas e políticas, permitindo seu uso ativista em afronta às normas legais ordinárias, à Constituição Federal e às Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil. 📌

## NOTAS

1 VASQUES, Lucas. Juíza nomeia Defensora Pública para proteger feto de menina grávida pela 2ª. vez por estupro. Disponível em <https://revistaforum.com.br/direitos/2023/1/31/>

- juiza-nomeia-defensora-publica-para-protoger-feto-de-menina-gravida-pela-2-vez-por-estupro-130809.html, acesso em 06.02.2023.
- 2 Op. cit.
  - 3 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do Bem e do Mal: prelúdio de uma filosofia do futuro*. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 93.
  - 4 FERREIRA, Jefferson Drezzet (rev.). Direitos Reprodutivos: “Aborto Legal”. Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Aborto\\_Legal.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Aborto_Legal.pdf), acesso em 06.02.2023.
  - 5 SOUZA, Murilo, CHALUB, Ana. Ativistas e criadores divergem sobre projeto que transforma animais em sujeitos de direito. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/817294-ativistas-e-criadores-divergem-sobre-projeto-que-transforma-animais-em-sujeitos-de-direito%E2%80%A8/>, acesso em 06.02.2023. Cf. PROJETO de Lei no Congresso. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1198509&filename=PL%206054/2019%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%206799/2013\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1198509&filename=PL%206054/2019%20(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%206799/2013)), acesso em 06.02.2023.
  - 6 Cf. PROJETO de Lei no Congresso. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1198509&filename=PL%206054/2019%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%206799/2013\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1198509&filename=PL%206054/2019%20(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%206799/2013)), acesso em 06.02.2023.
  - 7 ACKEL FILHO, Diomar. *Direito dos Animais*. São Paulo: Themis, 2001, p. 117.
  - 8 BOMFIM, Sâmia. Em defesa dos direitos animais: vote Sâmia 5000. Disponível em <https://twitter.com/samiabomfim/status/1570878016758190085?lang=bg>, acesso em 06.02.2023.
  - 9 CHESTERTON, G. K. *The Uses of Diversity*. London: Methuen & Co. Ltd., 1932, p. 3. No original: “Wherever there is Animal Worship there is Human Sacrifice”. Também disponível na internet em [archive.org](https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.182988/page/n7/mode/2up): <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.182988/page/n7/mode/2up>, acesso em 06.02.2023.
  - 10 FERRY, Luc. *A Nova Ordem Ecológica*. Trad. Luís de Barros. Porto: ASA, 1993, p. 140-152.
  - 11 BLACK, Edwin. *A Guerra Contra os Fracos*. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003, p. 231.
  - 12 Op. Cit., p. 449-509.
  - 13 BERISTÁIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 103.
  - 14 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Volume IV. Campinas: Millennium, 1999, p. 218-219.
  - 15 CABETTE, Eduardo. *Judicialização do Aborto – O Direito em Caminhos Tortos*. Florianópolis: ID Editora, 2020, p. 61-112.
  - 16 ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética Volume III: O extermínio do amanhã*. Brasília: Monergismo, 2018, p. 62-63.
  - 17 GUILLEBAUD, Jean-Claude. *O Princípio de Humanidade*. Trad. Ivo Storniolo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008, p. 150.
  - 18 RAUSCH, Thomas P. *Catholicism in the Third Millennium*. 2. ed. Collegeville: Liturgical Press, 2003, p. 150.
  - 19 CATECISMO da Igreja Católica – Compêndio. Disponível em [http://www.vatican.va/archive/compendium\\_ccc/documents/archive\\_2005\\_compendium-ccc\\_po.html](http://www.vatican.va/archive/compendium_ccc/documents/archive_2005_compendium-ccc_po.html), acesso em 06.02.2023. Consulte-se ainda a esclarecedora matéria de Jurandir Dias, que informa que já em 1827, com o uso de rudimentares microscópios, Karl Ernest von Baer constatou a existência de vida humana nos primeiros momentos da concepção. Dias ainda arrola uma enorme série de manifestações retiradas de estudos médico – científicos, confirmando essa realidade hoje praticamente indiscutível. Cf. DIAS, Jurandir. Médicos e Cientistas comprovam: a vida humana começa no momento da concepção. Disponível em <https://>

- ipco.org.br/medicos-e-cientistas-comprovam-a-vida-humana-comeca-no-momento-da-concepcao/, acesso em 06.02.2023.
- 20 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1124.
- 21 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda. 2008, p. 286.
- 22 MARMELESTEIN, George. Análise econômica dos direitos fundamentais. Fortaleza: 2007. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2007/12/14/analise-economica-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em 06.02.2023.
- 23 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 62. Vide também o autor citado por Moraes: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 41.
- 24 LOIOLA, Alessandro. *O Manual Secreto das Falácias Esquerdistas*. São José dos Campos: ManhoodBrasil Edições, 2020, p. 56. Observe-se, porém, que os truques descritos pelo autor não são, obviamente, exclusivos de pessoas da esquerda política ou mesmo referentes a temas políticos. Esses truques erísticos podem ser usados por qualquer um em qualquer tipo de discussão. A obra específica, como revela seu título, foca em exemplos que foram oriundos dos discursos da esquerda política, mas certamente não tem, nem a obra, nem muito menos este autor, o intento de reduzir o procedimento erístico desonesto apenas a esse ramo político e nem mesmo apenas à área da política.
- 25 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 63-65.
- 26 PIOVESAN, Flávia (coord.). *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ, 2008, p. 1166.
- 27 É comum que defensores do aborto se refiram à conduta como “interrupção voluntária da gravidez”, não falando em morte do feto ou mesmo abortamento. Também costumam chamar a criança em desenvolvimento no útero pelos mais variados nomes, tais como “produto da concepção”, tudo isso para abrandar a violência cruel e covarde que é inerente às práticas abortivas.
- 28 O QUE é Medicina Fetal? Quando um especialista é necessário para acompanhar a gravidez? Disponível em <https://eigierdiagnosticos.com.br/blog/sem-categoria/o-que-e-medicina-fetal/>, acesso em 06.02.2023.
- 29 ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética Volume III: o extermínio do amanhã*. Brasília: Monergismo, 2018, p. 52.
- 30 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 21.
- 31 ENGELHARDT, Tristram H. *The Foundation of Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 1986, “passim”.
- 32 SINGER, Peter. *Ética Prática*. Trad. Jeferson Luz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, “passim”. SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Trad. Marly Winckler. São Paulo: LUGANO, 2004, “passim”.
- 33 GUILLEBAUD, Jean-Claude. *O Princípio de Humanidade*. Trad. Ivo Storniolo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008, p. 159.
- 34 SILVA, Júlio César Ballerini. O Aborto numa abordagem de Direito Civil: questões que têm passado “a latere” na discussão penal do tema. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/69063/o-aborto-numa-abordagem-de-direito-civil>, acesso em 06.02.2023.
- 35 SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Donald S. Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999, “passim”.
- 36 Cf. SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 193. E também: BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade. De Acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 85.
- 37 CONSTANTINO, Clóvis Francisco. Critérios para a emissão ou não da Declaração de Óbito Fetal. Disponível em [34 REVISTA PRÁTICA FORENSE - Nº 73 - JANEIRO/2023](https://jundiai.sp.gov.br/saude/wp-content/uploads/si-</a></p></div><div data-bbox=)

- tes/17/2014/09/Crit%C3%A9rios-pra-emiss%C3%A3o-ou-n%C3%A3o-de-declara%C3%A7%C3%A3o-de-%C3%B3bito-fetal.pdf , acesso em 06.02.2023.
- 38 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. Volume 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 117.
- 39 Op. Cit., p. 119.
- 40 Vide também o texto original da autora citada por Gonçalves: ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelo. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168-169.
- 41 Vide também o texto original de Maria Helena Diniz, citado por Gonçalves: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 1. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180.
- 42 FIUZA, César. *Direito Civil*. 18ª. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 169.
- 43 DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 27.
- 44 MARTINS, Ives Gandra. *A Vida dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999, p. 119.
- 45 DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.
- 46 Op. Cit., p. 29. A autora faz referência a vários outros estudiosos com o mesmo pensamento. Vide, por exemplo: ESCOLANO, José Gea. *Sim ou Não ao Aborto?* São Paulo: Loyola, 1992, p. 18.
- 47 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 305.
- 48 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Manual de Direito Tributário*. 4. ed. Niterói: Impetus, p. 208.
- 49 ALCÂNTARA, Régis Luiz Jordão de, SALES, Ramiro Gonçalves. Atribuição de dignidade ao nascituro: um novo olhar sobre a aquisição da personalidade civil. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a5cdd4aa0048b187>, acesso em 06.02.2023.
- 50 GUARDIÃ DOS VULNERÁVEIS: STJ admite Defensoria Pública como custos vulnerabilis em recurso repetitivo. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/stj-admite-defensoria-custos-vulnerabilis-repetitivo> , acesso em 06.02.2023.
- 51 KIRCHNER, Felipe; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. In: ROSENBLATT, Ana *et al.* *Manual de mediação para a Defensoria Pública*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014, p. 41-42.
- 52 ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 146-147.
- 53 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 206.
- 54 ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Franklyn Roger Alves (org.). *O CPC 2015 e a Perspectiva da Defensoria Pública*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 130.
- 55 JONAS, Hans. *O princípio vida. Fundamentos para uma biologia filosófica*. Trad. Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 107.
- 56 ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Franklyn Roger Alves (org.). *O CPC 2015 e a Perspectiva da Defensoria Pública*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 131.
- 57 Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos:  
(...)  
V – a atuação de Defensores Públicos distintos, quando verificada a existência de interesses antagônicos ou colidentes entre destinatários de suas funções.

---

## REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. *Direito dos Animais*. São Paulo: Themis, 2001.
- ALCÂNTARA, Régis Luiz Jordão de, SALES, Ramiro Gonçalves. Atribuição de dignidade ao nascituro: um novo olhar sobre a aquisição da personalidade civil. Disponível em <http://>

- [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a5cdd4aa0048b187](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a5cdd4aa0048b187), acesso em 06.02.2023.
- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 10ª. ed. São Paulo: Método, 2016.
- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Manual de Direito Tributário*. 4ª ed. Niterói: Impetus.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética Volume III: O extermínio do amanhã*. Brasília: Monergismo, 2018.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade. De Acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.
- BERISTÁIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- BLACK, Edwin. *A Guerra Contra os Fracos*. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003.
- BOMFIM, Sâmia. Em defesa dos direitos animais: vote Sâmia 5000. Disponível em <https://twitter.com/samiabomfim/status/1570878016758190085?lang=bg>, acesso em 06.02.2023.
- CABETTE, Eduardo. *Judicialização do Aborto – O Direito em Caminhos Tortos*. Florianópolis: ID Editora, 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CATECISMO da Igreja Católica – Compêndio. Disponível em [http://www.vatican.va/archive/compendium\\_ccc/documents/archive\\_2005\\_compendium-ccc\\_po.html](http://www.vatican.va/archive/compendium_ccc/documents/archive_2005_compendium-ccc_po.html), acesso em 06.02.2023.
- CHESTERTON, G. K. *The Uses of Diversity*. London: Methuen & Co. Ltd., 1932.
- CONSTANTINO, Clóvis Francisco. Critérios para a emissão ou não da Declaração de Óbito Fetal. Disponível em <https://jundiai.sp.gov.br/saude/wp-content/uploads/sites/17/2014/09/Crit%C3%A9rios-para-emiss%C3%A3o-ou-n%C3%A3o-de-declara%C3%A7%C3%A3o-de-%C3%B3bito-fetal.pdf>, acesso em 06.02.2023.
- DIAS, Jurandir. Médicos e Cientistas comprovam: a vida humana começa no momento da concepção. Disponível em <https://ipco.org.br/medicos-e-cientistas-comprovam-a-vida-humana-comeca-no-momento-da-concepcao/>, acesso em 06.02.2023.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 1. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ENGELHARDT, Tristram H. *The Foundation of Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- ESCOLANO, José Gea. *Sim ou Não ao Aborto?* São Paulo: Loyola, 1992.
- FERREIRA, Jefferson Drezzet (rev.). Direitos Reprodutivos: “Aborto Legal”. Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Aborto\\_Legal.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Aborto_Legal.pdf), acesso em 06.02.2023.
- FERRY, Luc. *A Nova Ordem Ecológica*. Trad. Luís de Barros. Porto: ASA, 1993.
- FIUZA, César. *Direito Civil*. 18ª. ed. São Paulo: RT, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. Volume 1. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- GUARDIÃ DOS VULNERÁVEIS: STJ admite Defensoria Pública como custos vulnerabilis em recurso repetitivo. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/stj-admite-defensoria-custos-vulnerabilis-repetitivo>, acesso em 06.02.2023.
- GUILLEBAUD, Jean-Claude. *O Princípio de Humanidade*. Trad. Ivo Storniolo. Aparecida: Ideias & Letras, 2008.
- JONAS, Hans. *O princípio vida. Fundamentos para uma biologia filosófica*. Trad. Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004.
- KIRCHNER, Felipe; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. In: ROSENBLATT, Ana et al. *Manual de mediação para a Defensoria Pública*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.
- LOIOLA, Alessandro. *O Manual Secreto das Falácias Esquerdistas*. São José dos Campos: Ma-  
nhoodBrasil Edições, 2020.

- MARMELSTEIN, George. *Análise econômica dos direitos fundamentais*. Fortaleza: 2007. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2007/12/14/analise-economica-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em 06.02.2023.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Volume IV. Campinas: Millennium, 1999.
- MARTINS, Ives Gandra. *A Vida dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do Bem e do Mal: prelúdio de uma filosofia do futuro*. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2012.
- O QUE é Medicina Fetal? Quando um especialista é necessário para acompanhar a gravidez? Disponível em <https://eigierdiagnosticos.com.br/blog/sem-categoria/o-que-e-medicina-fetal/>, acesso em 06.02.2023.
- PIOVESAN, Flávia (coord.). *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- RAUSCH, Thomas P. *Catholicism in the Third Millennium*. 2ª ed. Collegeville: Liturgical Press, 2003.
- ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda. 2008.
- SILVA, Franklyn Roger Alves (org.). *O CPC 2015 e a Perspectiva da Defensoria Pública*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- SILVA, Júlio César Ballerini. O Aborto numa abordagem de Direito Civil: questões que têm passado “a latere” na discussão penal do tema. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/69063/o-aborto-numa-abordagem-de-direito-civil>, acesso em 06.02.2023.
- SINGER, Peter. *Ética Prática*. Trad. Jeferson Luz Camargo. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Trad. Marly Winckler. São Paulo: Lugano, 2004.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Donald S. Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999.
- SOUZA, Murilo, CHALUB, Ana. Ativistas e criadores divergem sobre projeto que transforma animais em sujeitos de direito. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/817294-ativistas-e-criadores-divergem-sobre-projeto-que-transforma-animais-em-sujeitos-de-direito%E2%80%A8/>, acesso em 06.02.2023.
- SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- VASQUES, Lucas. Juíza nomeia Defensora Pública para proteger feto de menina grávida pela 2ª. vez por estupro. Disponível em <https://revistaforum.com.br/direitos/2023/1/31/juiza-nomeia-defensora-publica-para-protger-feto-de-menina-gravida-pela-2-vez-por-estupro-130809.html>, acesso em 06.02.2023.



ARQUIVO PESSOAL

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE** é Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios.



ARQUIVO PESSOAL

**DANILO DE ALMEIDA MARTINS** é Defensor Público Federal, Pós-graduado na Escola Superior do Ministério Público Federal na área do Processo Civil.



---

POR SHEYNER YÁSBECK ASFÓRA

---

# Uma senhora chamada Justiça

**A** Constituição Federal, em seu artigo 133, preceitua que “o advogado é indispensável à administração da justiça” e, portanto, no exercício do seu múnus público, ao lado de outros atores, desempenha a nobre missão de contribuir para o aperfeiçoamento do sistema de justiça.

Através da justiça, se busca assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana em conformidade com o que é direito e o que é justo. Etimologicamente, o termo vem do latim ‘justitia’ e é o princípio básico que mantém a ordem social através da preservação dos direitos em sua forma legal.

Ela é representada pela deusa grega Themis – aquela que mantém a lei e a ordem – invocada para solucionar situações de conflito, tratando de assuntos comuns dos homens. A deusa segura na mão direita uma espada que representa a força para combater à injustiça; na mão esquerda uma balança que demonstra igualdade e equilíbrio; além da venda nos olhos para simbolizar que todos são iguais perante a lei.

Resgata-se a história da deusa Themis e também a etimologia da palavra Justiça, para destacar a importância da sua aplicação para a ordem constitucional e social, bem como para exaltar os éticos, probos e honrados atores que contribuem incansavelmente para a concretização da Justiça.

Não poderia deixar de destacar a importância de todas as instituições que compõem o arco de aliança da justiça: Advocacia, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Judiciária e Magistratura. A atuação de todas elas assegura acesso à Justiça, fortalecimento do judiciário e consolidação da democracia.

E, nesse contexto, na condição de presidente nacional da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – Abracrim, missão essa que desempenho com muita honra e responsabilidade, enalteço, o nobre e fundamental papel do advogado e da advogada criminalista na defesa da cidadania e da liberdade.

É a advocacia criminal indispensável para a concretização da justiça, sendo, portanto, merecedora de respeito e valorização pelo seu trabalho para o fortalecimento do Estado de Direito e pelo seu contributo para o alcance da paz social.

Incumbe, portanto, ao digno e honrado profissional da advocacia criminal a responsabilidade da sua conduta. Dele se espera retidão e dignidade ante a sua alta relevância social. É ele imprescindível para a Justiça e para o Direito. Por tudo isso, não devem os colegas advogados e advogadas se afastarem da ética, que é norte na construção pessoal e bússola para o trabalho no caminho da justiça.

Assim, é dever de todos os profissionais e cultores do Direito a busca constante para o aperfeiçoamento da justiça. Como se sabe, o aprimoramento do sistema de justiça brasileiro é tarefa árdua e contínua e deve ser uma política e dever de todos os atores que anseiam o cumprimento das garantias e direitos estampados na Constituição Federal. Temos, portanto, o dever de contribuirmos e de lutarmos pela democratização e fortalecimento da justiça.

Lembrando, sempre, que o acesso à justiça é um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, da CF) e, nas palavras do pensador Victor Hugo, “a primeira igualdade é a justiça”. Sem justiça não há democracia; não há cidadania; não há redução de desigualdades; não há uma ordem social. Devemos, portanto, empunhar a espada de Themis para que os direitos sejam garantidos e termos a sua balança em nossa atuação profissional em busca do equilíbrio e defendendo que a justiça se perfaça sem a observância de cor, sexo, etnia, classe social ou orientação sexual. É preciso, portanto, se buscar na justiça, a cada instante e em todos os momentos, um julgamento justo.

E, como forma de demonstração da importância da advocacia para um julgamento justo, ressalto as palavras do eminente paraibano Luciano Mariz Maia, subprocurador-geral da República, ao sustentar que “é necessária a presença do advogado desde o primeiro momento, porque é a presença de um advogado que faz cessar o arbítrio; é a presença do advogado que tem a coragem de levantar-se contra o medo e assegurar justiça para todos. Por mais justo que possa ser o acusador, por mais imparcial, independente e isento que seja o juiz, sem o advogado para apontar os abusos e os excessos, não é possível garantir um julgamento justo. Um julgamento justo, portanto, começa com uma investigação justa, continua com a acusação justa e essa justiça brotará e iluminará todos com um julgamento pelos magistrados definindo e determinando o direito”.

Encerro, assim, este meu singelo escrito, invocando a peroração do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Ribeiro da Costa que, ao se reportar à advocacia criminal, saiu em sua defesa afirmando “que só uma luz nesta sombra, nesta treva, brilha intensa no seio dos autos. É a voz da defesa, a palavra candente do advogado, a sua lógica, a sua dedicação, o seu cabedal de estudo, de análise e de dialética. Onde for ausente a sua palavra, não haverá justiça, nem lei, nem liberdade, nem honra, nem vida”.

Parabéns a todos que fortalecem o sistema de justiça! 

# Da impossibilidade do preso ser parte no Juizado Especial Cível

por MICHEL ELIAS DE AZEVEDO OLIVEIRA

**“Não se discute que os tempos são outros, com o avanço tecnológico e a modernização do judiciário é possível a realização de audiências virtuais, mas a expressa vedação do art. 8º da Lei nº 9.099/95 não está atrelada ao princípio da pessoalidade, mas a suspensão ou perda dos direitos civis do preso que o privará de uma defesa ampla, já que os procedimentos nos juizados especiais são informais.”**

O presente estudo foi motivado pela análise do art. 8º da Lei nº 9.099/95<sup>1</sup> que impõe exclusão em rol taxativo de possibilidade do preso ser parte no Juizado Especial Cível. A jurisprudência, até o momento, é uníssima quanto a expressa vedação legal e à incompetência absoluta do Juizado Especial Cível.

Com o advento da possibilidade do uso de novas tecnologias, principalmente para as audiências, nova discussão vem à tona quanto à possibilidade ou não do preso ser parte nos Juizados Especiais Cíveis, existindo especulações da real razão do legislador em excluir o preso da possibilidade de ser parte no procedimento sumaríssimo.

A questão restou superada nos procedimentos dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009). Contudo, a lei especial não traz um rol taxativo quanto à possibilidade de ser parte, diferentemente do que ocorre com a Lei nº 9.099/95<sup>1</sup>.

Destarte, o objetivo deste artigo é a análise do comportamento jurisprudencial atual e a possibilidade de o magistrado permitir por analogia a possibilidade do preso ser parte no Juizado Especial Cível, notadamente quanto às normas de competência e do livre convencimento do Juiz.

---

## DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

---

O Juizado Especial Cível é regido por legislação própria, trazendo princípios importantes como da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, de acordo com o art. 2º da Lei nº 9.099/95.

Por esse prisma mostra-se importante entender que informalidade não impõe liberdade irrestrita na aplicação de normas e inobservância aos ritos processuais. Mesmo que se entenda que os juizados especiais tratam de causas de menor complexidade, não se pode negar que, em determinadas situações, o rigor da lei deve ser respeitado, principalmente aquelas proibitivas, cujo rol é taxativo, com expressa vedação legal. De igual forma possui o juizado especial cível rito processual próprio, cuja doutrina denomina como sumaríssima, e a não observância de procedimentos objetivos impõe a extinção do feito, independente de prévia intimação da parte contrária.

A Lei nº 9.099/95 dispõe em seu art. 8º, *in verbis* “Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil”. [grifo nosso]

Nesse sentido, deve-se analisar o dispositivo acima como norma proibitiva na qual não cabe interpretação sistêmica. Existem discussões doutrinárias sobre a possibilidade do preso ser parte nos Juizados Especiais Cíveis, contudo, não trata de mera liberalidade do juiz em entender se deve ou não ser parte, mas de uma vedação que está acima de convicções subjetivas do magistrado.

Não se pode negar a discussão existente no que tange ao preso não poder ser parte nos Juizados Especiais Cíveis. Sabe-se que esta discussão gira em torno de infundadas especulações da razão do legislador entender pela expressa vedação legal. A fundamentação de decisões de declínio de competência está na grande maioria atrelada ao fato de o preso encontrar-se em cárcere, pois seria necessário uma movimentação de todo o sistema prisional, com destacamento de policiais e demais agentes para a condução do preso até a sede do fórum, uma vez que neste rito a participação de pessoa física deve ser presencial, impossível optar por representação. Trata do princípio da pessoalidade imposta pelo art. 9º da Lei nº 9.099/95 replicada no enunciado nº 20 do FONAJE, que reproduz que “o comparecimento pessoal da parte às audiências é obrigatório”.

Para discorrer sobre este tema, é imprescindível abordar acerca da capacidade de parte, amplamente discutida na doutrina quanto do estudo do Direito Processual Civil, contudo, por ser o juizado especial informal, não se encontra posicionamento doutrinário consolidado.

Consoante Edilson da Silva Costa a vedação expressa de o preso ser parte no juizado não está atrelada à possibilidade ou não de estar pessoalmente nas audiências designadas, mas estará na perda ou suspensão do exercício de seus direitos:

Segundo aspecto da capacidade refere-se à capacidade de estar em juízo, isto é, não basta que alguém seja pessoa, é necessário também que esteja no exercício de seus direitos. Esta capacidade, perante a lei civil, costuma ser chamada capacidade de fato. Assim, por exemplo, o menor de idade é pessoa natural e, portanto, capaz de direitos, podendo ser parte, mas não tem ele capacidade

de estar em juízo porque não está no exercício de seus direitos. A capacidade de estar em juízo equivale, portanto, à capacidade de exercício dos direitos, nos termos da lei civil. *Aqueles que, por acaso, não estejam no exercício de seus direitos devem ser representados por via da representação legal.* (grifo nosso).

Assim, o preso não goza da capacidade irrestrita de seus direitos civis, sendo, portanto, o verdadeiro entendimento legislativo à época em excluir o preso de ser parte no Juizado Especial Cível. Logo, deve ser representado em Juízo, esbarrando na vedação expressa imposta pelo artigo 8º acarretando na consequência prevista do inciso IV, do art. 51, ambos da Lei nº 9.099/95, qual seja, a imediata extinção do feito.

Percebe-se que, alguns direitos dos presos ficarão suspensos em virtude do encarceramento até que seja solto e volte a gozar de todos os direitos cíveis disponíveis. Nessa linha, entende Thainara Dias (2020, s/p.):

*Sendo assim, por óbvio alguns direitos ficarão suspensos em virtude da privação do direito de ir e vir diante da situação de cárcere, até que o indivíduo seja solto e possa voltar a desfrutar de todos os direitos que trazem a dignidade da pessoa humana, no entanto alguns direitos são fundamentais não podendo o Estado se ocultar de fornecer o básico para esse atendimento.* (grifo nosso).

Não se trata de uma limitação da garantia constitucional do acesso à justiça garantida ao preso, mas de uma proteção ao próprio preso que deverá se socorrer do procedimento ordinário para fazer valer o seu direito, garantindo o contraditório e a ampla defesa de forma ampla, principalmente quanto à especificação de provas e produção dessas provas.

Malgrado diversas interpretações, o judiciário tem abraçado o tema, na grande maioria interpretando que a exclusão do preso do rol taxativo de possibilidade de ser parte estaria apenas pela impossibilidade de comparecimento pessoal nas audiências. Tem-se, aqui, entendimento jurisprudencial, como exemplo:

*Dada a necessidade de comparecimento pessoal do autor nas audiências do Juizado Especial, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 51, da Lei nº 9.099/1995), seriam exigidos atos concertados com o Juízo da Execução Penal – sem mencionar o estabelecimento penal e uso de escolta policial – para o efetivo comparecimento do autor, o que, é certo, poderia se afastar da desejada celeridade colimada pelos Juizados Especiais.* (TJ-PR – CC: 00091531620188160031 PR 0009153-16.2018.8.16.0031)

Por outra banda, na contramão de entendimento doutrinário e jurisprudencial uma decisão inusitada quanto ao tema chama atenção. Nos autos nº 0006405-65.2021.8.16.0173 em trâmite perante o Juizado Especial Cível da Comarca de Umuarama/PR, entendeu o magistrado que o preso pode ser parte no Juizado Especial Cível fundamentando que o único impedimento estaria na locomoção do preso para as audiências, existindo dificuldades por exigir aparato policial, gerando despesas para o Estado. Por tal razão, complementa a decisão que com o advento da Lei nº 11.419, de 19/11/2006 (lei do processo

eletrônico), bem como pela Lei nº 13.994 de 24 de abril de 2020, alterou a Lei nº 9.099/95<sup>1</sup> para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis que acrescentou o § 2º, ao art. 22, da citada lei. Pela exposição da decisão abaixo o Magistrado ultrapassa os limites impostos, entendendo de forma arbitrária que a vedação expressa quanto à participação do preso se torna superada com os avanços tecnológicos o que permitiria assim a sua participação. Leia-se trechos da decisão:

[...]

7. E, como é sabido, não há empecilho para que o preso participe das audiências virtualmente, uma vez que, por força do disposto no art. 185, § 2º, do Código de Processo Penal, e mais recentemente, por consequência da pandemia da Covid-19, as audiências com pessoas presas passaram a ser realizadas por videoconferências, portanto, os estabelecimentos prisionais foram (e estão) dotados de equipamentos para tal finalidade.

[...]

9. Não há dúvida, portanto, que os tempos são outros e já não se pensa mais o processo como nos idos dos anos 90. Creio até que, diante da possibilidade, legalmente admitida, da realização de audiências virtuais, impedir o preso de ser parte nos Juizados Especiais implicaria em cerceamento de seu direito de acesso ao judiciário garantido constitucionalmente (CF, art. 5º XXXV).

[...]

11. Todavia, com o máximo respeito às decisões superiores, no modesto entendimento deste Magistrado, a nova sistemática estabelecida para as audiências judiciais, possibilitando que sejam realizadas virtualmente, repita-se, torna letra morta a vedação legal a que o preso possa demandar nos Juizados Especiais.

Com respeito à livre interpretação do magistrado, mas nesse ponto merece ser rebatida a argumentação exposta, pois insurge questionar se cabe ao magistrado entender ou não ser letra morta um dispositivo em vigor, cujo rol taxativo impõe expressa vedação legal. Melhor dizendo, o livre convencimento do juiz não é irrestrito assim como entendido pelo Professor Theodoro Jr (2007, p. 476), a saber:

[...] a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos; b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 366) nem as regras sobre presunções legais; c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas, isto é, os dados científicos e culturais do alcance do magistrado são úteis e não podem ser desprezados na decisão da lide; d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários ou divorciados da prova dos autos”.

Neste prisma, conforme acima, entendendo o juiz de pronto ser uma norma vigente letra morta, revogando-a indiretamente fere princípios fundamentais, bem como fere a segurança jurídica trazendo instabilidade ao próprio direito.

Na concepção de Artur Stamford (2000, p. 101): “[...] a segurança não está na fonte, na estrutura normativa, nas condições de validade da norma jurídica,

mas antes, nos modelos, no conteúdo material das fontes, no procedimento, no plano de eficácia.”

Logo, conclui-se que o livre convencimento motivado reflete tão somente as interpretações das normas e das ausências delas trazerem interpretações sistêmicas, mas não compete ao juiz ignorar expressa vedação legal de norma vigente.

Para Cristiano Chaves Farias a interpretação do Magistrado para formação de seu livre convencimento está diretamente ligada aos casos de ausência de norma para o caso, como segue:

“[...] em determinados casos, o legislador estabelece uma ordem preferencial na aplicação da norma legal, tornando subsidiária, residual, a aplicação de determinados preceitos. A partir disso, toda vez que o intérprete não localizar no sistema jurídico a norma jurídica (norma-regra ou norma-princípio) aplicável ao caso concreto, deve promover uma colmatação da norma jurídica (regras e princípios). [...] A integração das normas jurídicas, portanto, serve para colmatar eventual ausência da norma para um caso, sem que isso implique em eventual caráter obrigatório, não vinculando outras decisões em casos análogos”. (2019, p. 139 e 140)

Portanto, a utilização de norma de analogia *legis* será possível apenas nos casos de omissão legal, quando não for regulamentada por lei específica, não sendo o caso da participação do preso como parte nos procedimentos do Juizado Especial Cível.

Em um estado democrático de direito, deve ser respeitada, acima de tudo, as instituições de estado, especificamente o que dispõe o art. 2º do Constituição Federal. Com a devida vênia, importante frisar que no caso em discussão não cabe ao magistrado fazer interpretações sistêmicas e por suas convicções julgar ser letra morta o art. 8º da Lei nº 9.099/95, posto que o dispositivo continua vigente e, além do mais, competiria exclusivamente ao Legislativo a revogação do mesmo.

Não se pode deixar de lado a defesa do direito, a lei não se afasta por mera convicção do magistrado, principalmente daquelas com expressa vedação legal como o rol taxativo do art. 8º da Lei nº 9.099/95. Assim dizendo, deve ser ponderada a separação dos poderes e os seus limites, principalmente a função que cabe, exclusivamente, ao Poder Legislativo e não ao Poder Judiciário em revogar, ainda que indiretamente, entendendo ser letra morta uma norma, que trata, da autonomia do direito e a defesa da legalidade.

Nesse interim, impõe-se análise detida no que dispõe o art. 51, VI da Lei nº 9.099/95, que prevê:

Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei:

[...]

IV- quando sobrevier qualquer dos impedimentos previstos no art. 8º desta Lei.

Note-se que o texto da lei não exclui o preso de ser parte com alguma condição suspensiva, mas simplesmente o exclui de ser parte, determinando, inclusive a imediata extinção do feito, sem análise do mérito.

Para que não restem dúvidas quanto ao tema, observa também que há o Projeto de Lei nº 3.796/19 em tramitação, que discute a possibilidade do réu ser representado em ação movida no Juizado Especial Cível, mas o projeto em questão não faz referência quanto ao preso ou discute a sua permissão de ser parte nos juizados o que demonstra a rigidez das proibições constantes do art. 8º da Lei nº 9.099/95, não sendo letra morta, não há sequer atenção do parlamento neste sentido. Resta reforçado que o Poder Judiciário deve ser um fiel aplicador da legislação vigente e nos casos em que se entende necessário a revogação da lei, como dito, compete exclusivamente ao Poder Legislativo, conforme determina a legislação pátria.

Portanto, caso não seja extinto o processo e acarretando final sentença de mérito sendo parte o preso, a sentença será totalmente nula por ser proferida por juízo absolutamente incompetente. A Jurisprudência é unânime neste sentido em entender que trata de incompetência absoluta, como exemplo o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul TJ-RS – Recurso Cível: 71008129413 RS, conforme ementa:

RECURSO INOMINADO. MUNICÍPIO DE PAROBÉ. RÉU PRESO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA RECONHECIDA. O art. 8º, *caput*, da Lei nº 9099/95, aplicável subsidiariamente aos Juizados Especiais da Fazenda Pública por força do art. 27 da Lei Nº 12.153/09, dispõe que não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil. No caso em tela, o autor estava recolhido na Penitenciária Estadual do Jacuí desde 27.11.2007, não podendo, pois, ser parte perante os Juizados Especiais nos termos do art. 8º, *caput*, da Lei nº 9.099/95. A teor do art. 64, § 1º, do CPC/2015, a incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício. Logo, deve ser reconhecida, de ofício, a incompetência do Juizado Especial da Fazenda Pública, com a consequente redistribuição dos autos ao juízo competente, observando-se o disposto no art. 64, § 4º, do CPC/2015. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA RECONHECIDA DE OFÍCIO. EXAME DO MÉRITO DO RECURSO INOMINADO PREJUDICADO. (Recurso Cível Nº 71008129413, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em 28/03/2019). (TJ-RS – Recurso Cível: 71008129413 RS, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Data de Julgamento: 28/03/2019, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/04/2019)

Outro ponto ainda amplamente debatido está no fato de que é permitido ao preso ser parte no Juizado Especial da Fazenda Pública. Ocorre que a permissão acontece em decorrência da Lei nº 12.153/2009 não trazer o rol taxativo tal qual a Lei nº 9.099/95, havendo, assim, ausência de óbice legal.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (autos nº 0055823-40.2020.8.16.0000) entendeu quanto à possibilidade do preso ser parte, porém o incidente citado analisou exclusivamente no âmbito do Juizado Especial da Fazenda Pública e não no âmbito do Juizado Especial Cível. Segundo o Desembargador Relator Rogério Luis Nielsen Kanayama, a Lei nº 12.153/2009 não possui rol taxativo

tal qual a lei específica do Juizado Especial Cível, não excluindo o preso de ser parte. Vejamos fragmentos da decisão:

Significa dizer, então, que, não obstante seja possível ao intérprete analisar os aspectos temporais, espaciais e até sociais da lei, a interpretação está sempre atrelada à norma. E, na hipótese do art. 5º, I, da Lei nº 12.153/2009, o texto normativo é claro e suficiente quanto à legitimidade de toda e qualquer pessoa física de integrar o polo ativo no Juizado Especial da Fazenda Pública.

Logo, eventuais adversidades – e não impossibilidades, como quer fazer crer o Estado do Paraná – relacionadas ao cumprimento de atos processuais não podem justificar uma interpretação diversa do texto normativo, o qual garante à pessoa presa o direito de litigar no Juizado Especial da Fazenda Pública.

Outrossim, não se pode ignorar que a criação do Sistema dos Juizados Especiais está baseada na democratização do acesso à Justiça e na garantia de uma prestação jurisdicional menos onerosa àqueles que não possuem condições de arcar com os custos diversos que envolvem a tramitação do processo na Justiça Comum.

Destarte, restringir o acesso da pessoa presa ao Juizado Especial da Fazenda Pública, não havendo óbice legal para tanto, é, de fato, limitar o direito constitucional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Por todo o exposto, proponho a fixação da seguinte tese: “a pessoa presa é parte legítima para figurar no polo ativo de demanda ajuizada no Juizado Especial da Fazenda Pública”.

Conforme o decidido acima, fixou-se o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a tese de que “a pessoa presa é parte legítima para figurar no polo ativo de demanda ajuizada no Juizado Especial da Fazenda Pública”, mas pelos fundamentos, repisa-se, por não haver expressa vedação legal na Lei nº 12.153/2009, diferente do que ocorre no art. 8º da Lei nº 9.099/95, não havendo aqui conflitos entre as normas, podendo existir aplicação subsidiária e harmônica entre elas.

---

### CONCLUSÃO

---

Em consonância com decisões recentes e análise detalhada da legislação vigente o tema em questão merece uma atenção minuciosa por parte do aplicador do direito, pois o rol taxativo do art. 8º da Lei nº 9.099/95 encontra-se vigente e não há nenhuma movimentação legislativa para se revogar ou alterar o mesmo. Logo, qualquer interpretação sistêmica fere diretamente o estado democrático de direito e acima de tudo a estabilidade do próprio direito, uma vez que qualquer interpretação análoga diferente do artigo citado acarretaria decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, o que gera total insegurança jurídica.

Não se discute que os tempos são outros, com o avanço tecnológico e a modernização do judiciário é possível a realização de audiências virtuais, mas a expressa vedação do art. 8º da Lei nº 9.099/95 não está atrelada ao princípio da pessoalidade, mas a suspensão ou perda dos direitos civis do preso que o

privará de uma defesa ampla, já que os procedimentos nos Juizados especiais são informais.

Por fim, resta superada a aplicação da mesma regra da recente permissão do preso ser parte no Juizado Especial da Fazenda Pública, pois na Lei nº 12.153/2009 (lei especial) não exclui o preso de ser parte, possibilitando neste caso uma interpretação sistêmica, inclusive quanto a subsidiariedade com a Lei nº 9.099/95, o que possibilita dizer sem sombra de dúvidas que o preso é parte ilegítima em qualquer procedimento do Juizado Especial Cível e que o juizado especial cível é absolutamente incompetente para o processamento e julgamento de todas as ações em que é parte o preso. 

## REFERÊNCIAS

- BRASIL, Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995 (Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm).
- FONAJE, Fórum Nacional de Juizados Especiais. Disponível em <https://www.amb.com.br/fofaje/?p=32>.
- COSTA, Edilson Silva. *A representação da pessoa natural nas audiências dos Juizados Especiais Cíveis estaduais*, 2005. Disponível em: [https:// https://jus.com.br/artigos/7066/a-representacao-da-pessoa-natural-nas-audiencias-dos-juizados-especiais-civeis-estaduais/](https://jus.com.br/artigos/7066/a-representacao-da-pessoa-natural-nas-audiencias-dos-juizados-especiais-civeis-estaduais/). Acesso em: 04 jun. 2022.
- DIAS, Thainara. *Direitos Perdidos e Suspensos na Condição de Preso*, 2020. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/direitos-perdidos-e-suspensos-na-condicao-de-preso/>. Acesso em: 04 jun. 2022.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. TJ-PR – CC: 00091531620188160031 PR 0009153-16.2018.8.16.0031 (Acórdão), Relator: Desembargador Leonel Cunha, Data de Julgamento: 19/03/2019, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 21/03/2019
- BRASIL. TJ-PR – Ação de Indenização PR 0006405-65.2021.8.16.0173 (Decisão Interlocutória), Juiz Jair Antonio Botura, Data da decisão: 04/04/2022, Juizado Especial Cível de Umuarama/PR, Data de Publicação: 10/04/2022
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*, 47. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.
- STAMFORD, Artur. *Decisão judicial: dogmatismo e empirismo*, Curitiba: Juruá, 2000.
- FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVAL, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 17a ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019. p. 139 e 140.
- BRASIL. Assembléia Legislativa. Projeto de Lei nº 3796/2019. Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para tornar possíveis, nos Juizados Especiais Cíveis, a representação do réu em audiências realizadas em comarca diversa daquela em que ele resida e o uso da videoconferência ou de recursos tecnológicos análogos para a prática de atos processuais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210110/>. Acesso em: 05 jun. 2022.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS – Recurso Cível: 71008129413 RS (Acórdão), Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Data de Julgamento: 28/03/2019, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/04/2019)



ARQUIVO PESSOAL

**MICHEL ELIAS DE AZEVEDO OLIVEIRA** é Advogado no Paraná, Presidente da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de Umuarama/PR. Coordenador de Núcleo da Pós-graduação UNIPAR-EAD e Docente do Curso de Direito, Medicina Veterinária, Odontologia, Ciências Contábeis e Educação Física na Universidade Paranaense – UNIPAR. Mestrando em Resolução de Conflitos e Mediação pela Universidad Europea del Atlántico, Espanha. Especialização em Direito Internacional; Especialização em Análise Criminal; Especialização em Docência do Ensino Superior; Especialização em Educação a Distância na formação de Tutores; Especialização em Gestão de Políticas Sociais; Especialização em Metodologia da Filosofia e Sociologia; Especialização em Gestão de Negócios; Especialização em Direito e Família e Sucessão; Especialização em Direito Educacional; Especialização em Direito do Trabalho.

# Condomínios e associações – Privacidade de dados e nomeação de encarregado/DPO

**A figura do Encarregado não seria mais obrigatória para condomínios e associações?**



por LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ

**“Reforçamos a necessidade de discussão, avaliação e estabelecimento de regras para uso de dados pessoais de pessoas físicas, especialmente por quem administra ou mora em um Condomínio ou Associação de Moradores.”**

“Já advertia John Adams, em escrito datado de 1765, afirmando que para preservar a liberdade é preciso que o povo tenha amplo conhecimento do caráter e dos atos dos governantes, o que se constitui em um “direito inquestionável, inalienável e irrevogável, divino”.”  
Maria Lúcia Karam<sup>1</sup>.

**U**m tema que temos observado determinada recorrência, na seara cível imobiliária, envolve a proteção de dados em condomínios e associações, especialmente em virtude da plena vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (“LGPD”)<sup>2</sup>.

Não obstante as diversas possibilidades e aplicações da LGPD ao cotidiano empresarial, é sabido que existem inúmeros pontos de contato da norma aos condomínios e associações, especialmente aqueles de cunho empresarial ou comercial. Mas também observamos fluxo e tratamento de dados que podem atrair a incidência das regras e obrigações da LGPD para condomínios e associações de natureza residencial, por não possuir apenas finalidade particular, pois envolve uma relação mais abrangente, visto que tratam inúmeros dados pessoais de condôminos, moradores, visitantes, bem como, de prestadores de serviço e colaboradores.

Lembramos que o intuito da LGPD é o regramento, regras e obrigação de segurança e imposição de limites aos processos de tratamento de dados pessoais, que podem envolver, dentre outros, a coleta, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência.

Especificamente, para a presente reflexão, interessa-nos o questionamento do tema se a figura do Encarregado (DPO), prevista no inciso VIII do art. 5º, da LGPD, seria ou não obrigatória para condomínios empresariais.

Assim, apresentamos os seguintes esclarecimentos e breves comentários, visando melhor compreender a questão, especialmente em função do atual estado da regulamentação permitir distintas interpretações.

Em primeiro plano, antecipamos nossa opinião de que, como regra geral, entendemos que a indicação do Encarregado pelo tratamento de dados pessoais pelo controlador segue sendo mandatória e obrigatória (art. 41 da LGPD).

E existem alguns argumentos práticos para este posicionamento (e ao fim um importante alerta àqueles que optarem pelo reconhecimento de possível dispensa).

De forma simplista, podemos dizer que existem alguns pontos a serem observados desde o princípio, e o tema gira em torno da Resolução ANPD nº 2<sup>3</sup>, de 27 de janeiro de 2022 do Conselho Diretor da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”) que aprovou o Regulamento de aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte. O Regulamento estabelecido pela Resolução ANPD nº 2/2022 (“Resolução 2/2022”) visa regulamentar a aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte, especificamente com base nas competências previstas no art. 55-J, inciso XVIII<sup>4</sup>, da referida Lei<sup>5</sup>.

A LGPD determina que o Encarregado é a pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) (art. 5º, VIII, LGPD<sup>6</sup>).

Enquanto o art. 41 da LGPD determina a obrigatoriedade de indicação de um Encarregado pelo tratamento de dados pessoais, facultando à ANPD, no § 3º, a possibilidade de editar regras, inclusive de dispensa:

“Do Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais

Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

§ 1º A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador.

§ 2º As atividades do encarregado consistem em: I – aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; II – receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; III – orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e IV – executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

§ 3º A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.”

E neste sentido, veio a Resolução 2/2022 da ANPD. A norma aprova o Regulamento de aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte. Regulamenta determinadas dispensas de regras mais rígidas, mas mantém as linhas mestras da LGPD.

O art. 2º da Resolução<sup>7</sup> qualifica quem são “agentes de tratamento de pequeno porte”, incluindo “entes privados despersonalizados que realizam tratamento de dados pessoais”, o que atrairia a possibilidade de enquadramento de Condomínios e Associações de Moradores em geral para fins das dispensas autorizadas, de procedimentos e inclusive da obrigatoriedade de nomeação de um Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais (DPO).

Mas o mesmo artigo define, ainda, o que seriam “zonas acessíveis ao público”, como espaços abertos ao público, como praças, centros comerciais, vias públicas, estações de ônibus, de metrô e de trem, aeroportos, portos, bibliotecas públicas, dentre outros.

A Resolução 2/2022 da ANPD também preceitua no art. 3º:

“Art. 3º Não poderão se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto neste Regulamento os agentes de tratamento de pequeno porte que:

I – realizem tratamento de alto risco para os titulares, ressalvada a hipótese prevista no art. 8º;

II – aufram receita bruta superior ao limite estabelecido no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 123, de 2006 ou, no caso de startups, no art. 4º, § 1º, I, da Lei Complementar nº 182, de 2021; ou

III – pertençam a grupo econômico de fato ou de direito, cuja receita global ultrapasse os limites referidos no inciso II, conforme o caso.”

Ou seja, se entendermos que o Condomínio realiza tratamento de alto risco – estaria atraindo a incidência do inciso I e, portanto, não poderia se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto no Regulamento.

Por outro lado, se avaliarmos e for constatada que a receita do Condomínio ou Associação de Moradores supera o teto/limite para empresas do simples (receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), seria o caso da incidência do inciso II, elidindo a possibilidade do benefício trazido pela Resolução 2/2022.

E entendemos que uma destas alternativas podem efetivamente ocorrer. Mas, de qualquer forma, a questão não é SE o Encarregado/DPO seria dispensado, e sim QUAL o problema de não ter um. Isso em função do disposto no art. 6º da Resolução nº 2/2022 (dentre outros dispositivos):

*“Art. 6º A dispensa ou flexibilização das obrigações dispostas neste regulamento não isenta os agentes de tratamento de pequeno porte do cumprimento dos demais dispositivos da LGPD, inclusive das bases legais e dos princípios, de outras disposições legais, regulamentares e contratuais relativas à proteção de dados pessoais, bem como direitos dos titulares.” (grifos nossos)*

Noutras palavras, a Resolução 2/2022 não afasta a aplicação ou obrigação de cumprimento da LGPD. Ela tão somente dispensa ou simplifica determinadas regras para certas hipóteses.

A norma registra, desta forma, o “alerta” da Autoridade Nacional de que a dispensa de determinados pontos não exime o cumprimento da LGPD por parte de Condomínio ou Associação de Moradores, por exemplo, no atendimento e solicitações de dados de titulares que deverá ser realizado pelo representante legal (síndico) ou alguém que assuma esta responsabilidade.

Via de regra, responde o condomínio pelo prejuízo causado a terceiros por ação ou omissão do síndico. Responde, também, o síndico perante o condomínio por atos que extrapolam as suas atribuições ou que representem falha, omissão ou negligência de sua parte na condução de suas atribuições. Isso porque o síndico, enquanto representante legal é o responsável pelo cumprimento de regras aplicáveis, atuando interna e externamente para em nome do empreendimento, o que inclui adotar as medidas necessárias para a adequação do condomínio à LGPD e às exigências de privacidade e proteção de dados pessoais.

Especificamente no tocante ao Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais, caso o síndico e a administração entendam que a Resolução 2/2022 é integralmente aplicável, estaria permitida ao Condomínio ou Associação de Moradores a dispensa de indicação do Encarregado, nos termos do seu art. 11<sup>B</sup> (dispensa apenas de indicação e não de cumprimento das obrigações da função).

Todavia, todo agente de tratamento de pequeno porte que não indicar um encarregado deve obrigatoriamente disponibilizar um canal de comunicação com o titular de dados para atender ao disposto na LGPD.

Vale a ressalva, que a indicação de encarregado por parte dos agentes de tratamento de pequeno porte será considerada política de boas práticas e governança para fins de aplicação e gradação da pena imposta pela ANPD em procedimento administrativo, nos termos do disposto no art. 52, §1º, IX da LGPD<sup>9</sup>.

Fica, ainda, um alerta de que a Resolução 2/2022 estabelece em seu art. 5º<sup>10</sup> é obrigação do agente de tratamento de pequeno porte, quando solicitado pela ANPD, comprovar que se enquadra nas disposições do art. 2º (definições) e do art. 3º (exclusão do benefício do tratamento jurídico diferenciado) da norma em até 15 (quinze) dias. Ou seja, a autoridade poderá intimar o Condomínio ou Associação de Moradores para que preste esclarecimentos relacionados ao enquadramento do mesmo as dispensas previstas ou questionar razões de porque não se considerou enquadrado.

Reforçamos a necessidade de discussão, avaliação e estabelecimento de regras para uso de dados pessoais de pessoas físicas, especialmente por quem administra ou mora em um Condomínio ou Associação de Moradores. A questão fica ainda mais importante se considerarmos que as sanções podem envolver desde advertências, suspensões das atividades de tratamento e ordens para eliminação de dados, até a aplicação de multas no valor mínimo de 2% (dois por cento) da receita, limitada ao total de R\$ 50 milhões.

Por fim, advertimos aqueles que serão os responsáveis pela atuação como canal de comunicação entre titulares de dados, controladores, a APND e mercado em geral, que é de extrema importância o cadastramento no Sistema de Peticionamento Eletrônico do Sistema SEI, dado que o sistema somente pode ser utilizado pelos usuários externos, devidamente cadastrados. Ou seja, não deixe para o último dia do prazo para realizar o cadastro, pois o prazo para liberar o cadastro do usuário externo é de até 3 (três) dias úteis após o recebimento da documentação e caso sejam verificadas pendências, o cadastro não será liberado e o solicitante será informado por e-mail para as devidas providências. Recomendamos consultar o “Manual do Usuário Externo – Peticionamento Eletrônico” e as informações disponíveis em [www.gov.br/secretariageral/pt-br/sei-peticionamento-eletronico](http://www.gov.br/secretariageral/pt-br/sei-peticionamento-eletronico).

Seja qual for a decisão dos condôminos, síndico ou administração, é essencial que seja desenvolvida uma eficaz e específica “Política de Privacidade e de Tratamento de Dados Pessoais”, observando as regras e normativas da LGPD, publicando e dando o máximo de publicidade a todas as partes que se relacionem ou venham a se relacionar com o empreendimento, tornando acessível a todos – moradores, colaboradores, prestadores de serviços e até visitantes. 

## NOTAS

- 1 KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a Liberdade – Volume 4 – Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 3.
- 2 Lei nº 13709, de 14 de agosto de 2019. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em 30.jul.2022.
- 3 Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022. Aprova o Regulamento de aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para agentes de tratamento de pequeno porte. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019>. Acesso em 30.jul.2022.
- 4 Lei nº 13709, de 14 de agosto de 2019 – LGPD. “Art. 55-J. Compete à ANPD: (...) XVIII – editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei. (...)”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em 30.jul.2022
- 5 Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022. “Art. 1º Este regulamento tem por objetivo regulamentar a aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para agentes de tratamento de pequeno porte, com base nas competências previstas no art. 55-J, inciso XVIII, da referida Lei.”. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019>. Acesso em 30.jul.2022.
- 6 Lei nº 13709, de 14 de agosto de 2019 – LGPD. “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VIII – encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal

de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em 30.jul.2022.

- 7 Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022. “Art. 2º Para efeitos deste regulamento são adotadas as seguintes definições: I – agentes de tratamento de pequeno porte: microempresas, empresas de pequeno porte, startups, pessoas jurídicas de direito privado, inclusive sem fins lucrativos, nos termos da legislação vigente, bem como pessoas naturais e entes privados despersonalizados que realizam tratamento de dados pessoais, assumindo obrigações típicas de controlador ou de operador; II – microempresas e empresas de pequeno porte: sociedade empresária, sociedade simples, sociedade limitada unipessoal, nos termos do art. 41 da Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021, e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), incluído o microempreendedor individual, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, que se enquadre nos termos do art. 3º e 18-A, §1º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; III -startups: organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados, que atendam aos critérios previstos no Capítulo II da Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021; e IV – zonas acessíveis ao público: espaços abertos ao público, como praças, centros comerciais, vias públicas, estações de ônibus, de metrô e de trem, aeroportos, portos, bibliotecas públicas, dentre outros.”. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019> . Acesso em 30.jul.2022.
- 8 Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022. “Do Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais – Art. 11. Os agentes de tratamento de pequeno porte não são obrigados a indicar o encarregado pelo tratamento de dados pessoais exigido no art. 41 da LGPD. § 1º O agente de tratamento de pequeno porte que não indicar um encarregado deve disponibilizar um canal de comunicação com o titular de dados para atender o disposto no art. 41, § 2º, I da LGPD. § 2º A indicação de encarregado por parte dos agentes de tratamento de pequeno porte será considerada política de boas práticas e governança para fins do disposto no art. 52, §1º, IX da LGPD.”. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019> . Acesso em 30.jul.2022.
- 9 Lei nº 13709, de 14 de agosto de 2019 – LGPD. “Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: (...) § 1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios: (...) IX – a adoção de política de boas práticas e governança;”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm) . Acesso em 30.jul.2022.
- 10 Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022. “Art. 5º Caberá ao agente de tratamento de pequeno porte, quando solicitado pela ANPD, comprovar que se enquadra nas disposições do art. 2º e do art. 3º deste regulamento em até quinze dias.”. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019> . Acesso em 30.jul.2022.

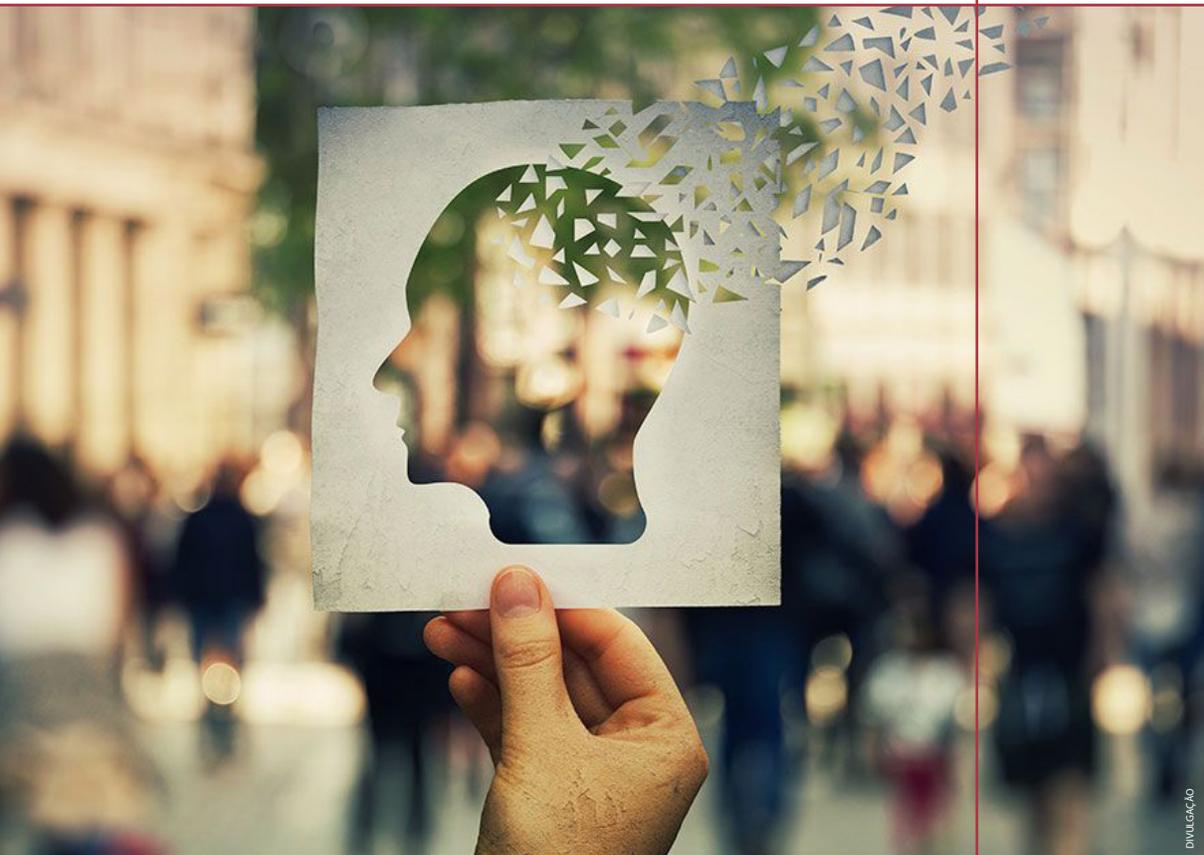


ARQUIVO PESSOAL

**LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ** é Advogado e Consultor em São Paulo, Brasil. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (2019); Certificate Program in Advanced Topics in Business Strategy University of La Verne – Califórnia (2018); Mestre em Relações Internacionais pelo Programa Santiago Dantas, do convênio das Universidades UNESP/UNICAMP/PUC-SP (2010); Mestre em Direito e Integração da América Latina pelo PROLAM – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo – USP (2010); Pós-graduado em Direito Societário – LLM – Direito Societário, do INSPER (São Paulo) (2005); Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Dentre outras obras, autor do livro “Acordo de Quotistas – Análise do instituto do Acordo de Acionistas previsto na Lei nº 6.404/1976 e sua aplicabilidade nas Sociedades Limitadas à Luz do Novo Código Civil brasileiro, com contribuições da Teoria dos Jogos”. São Paulo: IOB-Thomson, 2007; do livro “Commercial and Economic Law in Brazil”. Holanda: Wolters Kluwer – Law & Business, 2012 (ISBN 978-90-411-4088-3) e do livro “Defesa da Concorrência no Mercosul – Sob uma Perspectiva das Relações Internacionais e do Direito”. São Paulo: Almedina, 2013 (ISBN 978-856-31-8233-3).

# A palavra da vítima mediante as falsas memórias no crime de estupro de vulnerável

POR DENIS CARAMIGO VENTURA



**“O assunto é complexo e demanda muito mais estudos sobre ele, entretanto, serve o presente para reflexão e debate, pois somente assim teremos como combater de forma sólida e efetiva as questões tormentosas que aparecem diante dos nossos olhos a cada segundo.”**

Certo é que em muitos casos de violência sexual a palavra da vítima é a única prova a seu favor e, quando identificado, em desfavor do acusado, porém, tal prova deve ser analisada com muita cautela para que a imputação criminal a alguém seja apurada de forma a não cometer nenhuma injustiça para quem quer que seja.

Como bem estabelece o professor Aury Lopes Jr<sup>1</sup> “A palavra da vítima constitui uma prova bastante sensível, em que devem ser recusados os dois extremos: não se pode endeusar, mas também não se pode – *a priori* – demonizar e desprezar”.

A vivência prática nos possibilita tecer algumas considerações acerca de tal importante tema, porém, longe de esgotar o assunto, precisamos, cada vez mais, estar antenados com o que acontece no dia a dia do judiciário brasileiro buscando, sempre, a justiça dentro daquilo que a lei nos permite atuar.

O crime de estupro de vulnerável tem previsão expressa no *art. 217-A* do Código Penal:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Aqui vamos nos concentrar nos vulneráveis descritos no *caput* do artigo, ou seja, nos menores de 14 anos.

Não são raros os casos de estupro de vulnerável que são noticiados à autoridade policial anos após o suposto crime ter sido cometido e isso se dá, em grande escala, pelo objeto do presente esboço, as falsas memórias.

Assim sendo, aqui é onde residem os maiores estragos na vida daquela pessoa que está sendo acusada não falsamente, mas por uma situação que na cabeça da suposta vítima, realmente existiu. Infelizmente encontramos diuturnamente em nossa caminhada profissional casos assim e nem sempre eles são tratados da forma como, diga-se, deveriam.

As falsas memórias não são mentiras contadas pela vítima, pois a pessoa acredita naquilo que ela está relatando por entender que fora vítima de um crime sexual por uma situação (nunca) vivenciada e por diversos motivos. A mentira, geralmente, é um ato consciente. Como estamos tratando das falsas memórias de uma suposta vítima de crime sexual, serão nelas que iremos continuar focados.

Quando uma acusação de crime sexual paira sobre o indivíduo que realmente praticou o delito, os efeitos já são devastadores, imagina pra quem nada fez e mesmo assim figura como autor de um possível crime sexual cometido.

Mediante a nossa experiência adquirida, surge a desconfiança da família, amigos, o psicológico fica doente refletindo na saúde física, o trabalho não rende, a vida social começa a deixar de existir, pensamentos suicidas surgem, pois a vontade de viver desaparece e nasce um rótulo que jamais se apagará: o de estuprador!

Ainda que lá na frente o procedimento investigatório seja arquivado ou se prove a sua inocência em juízo, o rótulo de estuprador estará tatuado na alma da pessoa que foi, injustamente, acusada e a desconfiança (ainda que de forma implícita) de todos aqueles que souberam do fato permanecerá sem ser esquecida.

Dessa forma, é de suma importância o tratamento dado à palavra da vítima quando esta for a única prova do suposto crime cometido, analisando todo o contexto da situação sem nenhum juízo de valor sobre a imputação, pois ela pode ser verdadeira, mentirosa ou (no caso em comento) “verdadeiramente falsa”.

Obviamente que qualquer crime de conotação sexual deve ser combatido veementemente dentro da legalidade processual, porém, quando houver dúvidas acerca da materialidade e autoria do delito, o tratamento deve ser o mais técnico e polido possível, sob pena de danos irreversíveis a um inocente acusado injustamente.

Nas palavras do professor e desembargador do TJSP Guilherme de Souza Nucci<sup>2</sup> “Nunca será demais destacar a necessidade de delicada convivência entre a devida tutela da dignidade sexual da vítima em confronto com o princípio da presunção de inocência do acusado (*in dubio pro reo*).

Não é de hoje que crianças e adolescentes possuem acesso quase que ilimitado à informação de todo tipo possível, principalmente pela internet por meio de suas infindáveis ramificações e, assim, muitos casos de falsas memórias acabam surgindo dia após dia, pois uma situação que tomam ciência nos dias atuais por meio de algum canal de comunicação como, por exemplo, um pai, avô...que estuprou realmente a filha, neta...faz com que ela comece a voltar no tempo (mentalmente) pra ver se aquilo que está vendo hoje não acontecera consigo da mesma forma no passado.

Há de se ressaltar, para que possamos prosseguir, que no crime de estupro de vulnerável não se exige nenhuma violência ou grave ameaça contra a vítima e, muito menos, conjunção carnal para que o crime ocorra, bastando, somente, qualquer prática de atos libidinosos.

Situação comum de grande incidência ultimamente é a que vamos relatar: a criança ou adolescente (menor de 14 anos) vê uma reportagem onde o avô, pai, tio...realmente cometeu o crime praticando atos libidinosos, como passar as mãos nos seios da neta, filha, sobrinha...No exemplo que estamos citando, houve realmente o crime, pois a passada de mão foi com fins libidinosos com o objetivo de saciar a lascívia do autor.

A criança ou adolescente vendo a reportagem se impressiona com aquilo e começa a buscar em sua mente algo parecido para ver se não fora também

vítima de algum crime sexual no passado e, assim, começa o martírio de muitas pessoas.

Muitas lembranças certamente irão remeter a um tio, padrinho, pai, avô que em algum momento esteve com ela no colo, piscina, em cima de um cavalo, moto, bicicleta, dentro de um veículo e que realmente tiveram algum contato físico, porém, sem nenhuma conotação sexual. Nunca é demais lembrar que atos libidinosos são aqueles que satisfazem a lascívia do autor e, assim, um carinho feito, uma passada de mão, um beijo dado...sem que contenha algum teor sexual, não pode ser enquadrado como crime.

Infelizmente situação como as descritas acima acontecem todos os dias por meio de falsas memórias da suposta vítima que em sua concepção fora abusada sexualmente no passado, pois não tem maturidade para discernir sobre o que é ou não tipificado como crime.

Muitas falsas memórias também são implantadas por membros da própria família por interesses diversos (patrimônio, guarda de filhos, vingança, interesses pessoais de diversas ordens, doenças mentais...) e isso acaba por inflar, ainda mais, a fértil imaginação da criança ou adolescente.

Claro que não estamos tentando impor à vítima tal discernimento sobre o real e o imaginário, mas fazendo um alerta aos sujeitos envolvidos na apuração da suposta infração penal, como psicólogo(a)s, policiais, promotor(a)s, juíze(a)s, advogado(a)s e conselheiro(a)s tutelares para que seja colhida a prova no momento correto e oportuno (por meio do depoimento especial) sem nenhuma mácula.

O assunto é complexo e demanda muito mais estudos sobre ele, entretanto, serve o presente para reflexão e debate, pois somente assim teremos como combater de forma sólida e efetiva as questões tormentosas que aparecem diante dos nossos olhos a cada segundo.

“O homem mais honesto, o mais respeitado, pode ser vítima da Justiça. Você é bom pai, bom marido, bom cidadão e anda de cabeça erguida. Você pensa que jamais terá de prestar contas aos magistrados de seu país. Que nenhuma fatalidade poderá fazê-lo passar por desonesto ou criminoso. Entretanto, esta fatalidade existe e tem um nome: o erro judiciário. Nada é mais falso do que pensar que o erro judiciário só atinge pessoas de má estrela, pois ele desaba igualmente sobre os afortunados e sobre os humildes”. (René Floriot) ✍

## NOTAS

- 1 Direito processual penal / Aury Lopes Jr. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 516.
- 2 Tratado de crimes sexuais / Guilherme de Souza Nucci. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 51/52.



**DENIS CARAMIGO VENTURA** é Advogado criminalista.



## Caso Americanas: qual a saída legal para os pequenos investidores?

POR JORGE CALAZANS

**L**ogo após a divulgação da fraude contábil envolvendo as Lojas Americanas, que revelou um rombo de cerca de R\$ 20 bilhões, grandes bancos e fundos de investimentos já se preparam para acionarem a Justiça na tentativa de reaverem seus investimentos. Contudo, não só de grandes investidores é formada a companhia. Milhares de pequenos investidores foram igualmente vítimas dessa bilionária fraude. A dúvida que surge, então, é se essas pessoas físicas que empenharam recursos em ações da empresa também podem fazer o mesmo caminho e ingressarem na Justiça com o mesmo objetivo que as instituições financeiras e grandes sócios da empresa?

A resposta a essa dúvida é sim.

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (Lei do Mercado de Capitais),



a Lei das Sociedades Anônimas (LSA) e regulamentos da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que dispõem de complexo sistema de responsabilização por atos ilícitos e não preveem a responsabilização direta da companhia em relação aos pequenos investidores, não se pode afastar a responsabilidade criminal dos agentes envolvidos e os efeitos gerados por uma eventual condenação, dentre elas o dever de indenizar o dano causado, conforme artigo 91 do Código Penal.

Neste caso de fraude contábil das Lojas Americanas, ante tudo que está vindo à tona, podemos elencar a suposta prática dos crimes de manipulação do mercado (art. 27-C) e uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D), denominado como crime de insider trading, por parte dos controladores da companhia, previstos na Lei nº 6.385/1976 (incluído pela Lei nº 10.303/2001), que teve alteração substancial pela Lei nº 13.506/2017, no âmbito penal.

Importante ressaltar que esses dispositivos legais amparam o pequeno investidor. Assim, os danos ou prejuízos causados a eles no valor de suas ações em razão da manipulação/distorção devem ser buscados no juízo competente e a pretensão ao buscar indenização pela lesão causada ao seu patrimônio contemplada nos efeitos da condenação criminal dos eventualmente responsabilizados criminalmente pelo prejuízo.

Atualmente, a companhia entrou com pedido de Recuperação Judicial, mas esse pedido não deve desencorajar quem, por menor que seja a quantidade de ações adquiridas, decide seguir o exemplo dos grandes investidores ao buscar reparação por meio da Justiça. 





# Identificador de Entidades Jurídicas Global é ferramenta útil na tomada de decisões empresariais

POR NAILIA AGUADO RIBEIRO FRANCO

**“O Identificador de Entidade Jurídica permite uma tomada de decisões mais inteligente, menos onerosa e mais confiável sobre com quem queremos fazer negócios.”**

Cada vez mais, em um mundo globalizado, encontramos a necessidade de instrumentos internacionais para validar documentos e informações de países diferentes – um dos institutos mais conhecidos nessa linha é a Apostila de Haia, empregada para o reconhecimento de documentos estrangeiros em território nacional.

Além desse, outro mecanismo que pode auxiliar as empresas a validarem e enviarem informações societárias é o LEI, ou Identificador de Entidade Jurídica (Legal Entity Identifier). Esse recurso foi criado em 2011 a pedido do G20 ao Conselho de Estabilidade Financeira (Financial Stability Board, ou FSB) para identificar, de maneira única e sem ambiguidades, os participantes envolvidos em transações financeiras.

Tal identificador é representado por um código de 20 caracteres, incluindo letras e números, que permite constatar, de forma clara e única, entidades jurídicas que participam de transações financeiras. Desenvolvido pela GLEIF (Global Legal Entity Identifier Foundation), fundada para este fim em 2014, e com base na norma ISO17442, o LEI é composto por informações padronizadas que são disponibilizadas ao público e regularmente verificadas, de acordo com procedimentos e protocolos do Comitê de Supervisão Regulatória, composto por autoridades públicas do mundo inteiro.

Cada LEI engloba informações sobre a estrutura de controle das entidades, possibilitando responder perguntas importantes, principalmente no mundo corporativo, como ‘quem é quem’ (dados de nível um) e ‘quem controla quem’ (dados de nível dois).

De forma resumida, dados de nível um são: nome oficial e endereço registrado de uma entidade jurídica, informações constantes no cartão profissional disponível nos dados de referência do LEI. Por sua vez, os dados de nível dois englobam as controladoras diretas e finais das entidades jurídicas, fornecidas pelas entidades jurídicas ao indicarem a sua “controladora pela consolidação contábil direta” e sua “controladora pela consolidação contábil final”.

Além de poder ser considerado como um diretório global, promovendo uma grande melhoria na transparência do mercado mundial, o LEI ampara os objetivos de estabilidade financeira, promovendo a integridade do mercado e, concomitantemente, colabora com a redução de abusos de mercado e fraudes financeiras. Nesse sentido, vale indicar que a instituição do LEI apoia uma maior qualidade e exatidão de dados financeiros em geral.

Para acessar tais informações, é preciso em primeiro lugar identificar as entidades emissoras de LEIs que existem ao redor do mundo. De qualquer maneira, como forma de fomentar o benefício para toda a comunidade empresarial criado com a implementação de tal sistema, empresas são motivadas a participar do processo para obter seu próprio LEI por meio das entidades emissoras, não limitadas portanto ao território nacional. Para identificar se uma entidade é ou não emissora de LEI, basta entrar no site do GLEIF, que é de fácil consulta: <https://www.gleif.org/en>.

Em termos mais específicos, o identificador em questão pode ser utilizado nas mais diversas situações, como por exemplo, ao fornecer informações de maneira concentrada e de fácil acesso, diminuindo o tempo e custo de determinadas transações. Especialmente nos casos em que se faz necessário validar documentos de órgãos de registros, que precisariam ser apostilados por serem derivados de outros países, gerando economia em processos rotineiros de empresas, inclusive em due diligencies.

Segundo o GLEIF, no caso de financiamentos comerciais, os bancos poderiam economizar até US\$ 500 milhões por ano globalmente usando o LEI na emissão de cartas de crédito. Nessa linha, o GLEIF informa que os bancos estão começando a utilizar o identificador como uma maneira eficaz para a integração do cliente, em particular em atividades que envolvem procedimentos de conhecer o seu cliente (KYC).

É possível ainda encontrar mais exemplos relacionados ao mercado de capitais, transações comerciais e extensão do crédito comercial de aplicação prática no Livro Branco publicado pela McKinsey & Company e pela GLEIF, intitulado “O Identificador da Entidade Jurídica: O Valor da Identificação Única da Contraparte (The Legal Entity Identifier: The Value of the Unique Counterparty ID)”. Apesar de não tratar de forma exaustiva da aplicação do LEI, a partir das hipóteses levantadas é possível enxergar como é ampla a aplicação da ferramenta. Em outras palavras, o LEI permite uma tomada de decisões mais inteligente, menos onerosa e mais confiável sobre com quem queremos fazer negócios. 



**NAILIA AGUADO RIBEIRO FRANCO** é Advogada.

# Sanções em licitações e contratos – A febre punitiva

POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

“A licitação e o contrato são, pressupostamente e até demonstração em contrário, *atos jurídicos perfeitos*, se produzidos na forma da lei que os rege. Estão, assim e nessa condição, imunes a alterações legislativas posteriores quer para melhor, quer para pior a qualquer das partes, valendo-lhes a regra regedora originária até a produção do seu último efeito.”

**N**a qualidade de “substantivistas” do direito administrativo e das licitações não nutrimos simpatia nenhuma pelo penalismo, as punibilidades, as reprimendas e as punições genericamente consideradas, ainda que inegavelmente existam licitantes e fornecedores merecedores todo o rigor das penas, das punibilidades, das reprimendas e das punições, genérica ou especificamente consideradas, e em grande número. A esses, sem qualquer embargo, valha todo o rigor da regra penal.

Sem leniência indevida, o que entretanto não desce pela garganta – como o palito daquele prosaico sanduíche – é o verdadeiro *culto* que se observa pela matéria penal dentro do vasto escopo administrativo das licitações e dos contratos administrativos, seja qual for a lei do momento.

Observa-se no serviço público com inquietante frequência uma sanha punitiva desassombrada pelos fiscais e gestores, tão fora de propósito quão inconveniente e que é perceptível por vezes já nos editais, mas sobretudo no comportamento aqueles agentes condutores da licitação e da execução dos contratos, a evocarem a figura do grande inquisidor ou a de fiscais de prisões nazistas..<sup>1</sup>

Quem prefere antes cuidar da punição, esse agente, longe de técnica jurídica, muita vez carrega recalques, insatisfações e incorrespondências pessoais e funcionais, todas as que o impulsionam,

meio sem ele se dar conta, a disciplinar – antes mesmo da operação licitatória e da execução contratual – as regras penais específicas de cada certame.

Agem como se as só normas da própria lei regedora já não foram bastantes para assegurar o arrependimento do mau particular que visa se locupletar do dinheiro público.

Devem parecer insuficientes ou brandas por demais, mesmo que dentre elas figure a da declaração de inidoneidade para licitar e contratar em todo o país com o poder público – algo frequentemente capaz de sepultar as empresas dedicadas a contratos públicos.

Licitação e contrato não devem nem podem ser um tango triste, uma novela trágica ou um pesadelo negocial para nenhuma das partes.

Ao invés de planejar com cuidado máximo a punição do mau licitante ou contratado preferimos sempre, antes daquilo, procurar disciplinar o prestigiamiento do particular que tenha desempenho elogiável e recomendável. É mais sadio e mais proveitoso que disparar caças às bruxas e vacinação ou prevenção pesada contra potenciais infratores.

Os comerciantes e os prestadores mal intencionados – e os existem muitos, repita-se – merecem toda reprimenda da regra, mas sua simples existência não pode ter condão de contaminar todo o universo dos fornecedores, que na sua vasta maioria são idôneos e honestos de propósito.

Tal qual na teoria os atos administrativos gozam de presunção de idoneidade, imagina-se que emprestar semelhante confiabilidade aos licitantes será mais recomendável que deles desconfiar sempre e a todo tempo como se foram serpentes sempre a ponto de desferir o bote – como faz aliás a própria legislação de licitações quanto aos agentes públicos, por vezes nitidamente pressupondo contra a sua idoneidade.

Sem prejuízo de cautela e de vigilância quanto aos valores públicos recomenda-se *confiar antes de desconfiar*, até porque é difícil conceber que a Administração queira, vise ou pretenda contratar pessoas de quem desconfie.

Será tão perigoso, ou tão ousado?

Ao fim e ao cabo, indaga-se para quê serve em licitações a – amiúde exagerada e excessiva – fase da *habilitação*, senão para se avaliar a idoneidade jurídica, técnica, financeira, trabalhista e fiscal do licitante? Mesmo que atualmente se habilite apenas o vencedor da parte competitiva do certame, continua a habilitação servindo exclusivamente para isso.

Um certame em que mais se cuide das penas do que da execução do objeto parece já começar muito mal, e um contratado de que logo de partida se desconfie não terá muito estímulo para oferecer o melhor que pode.

Sem qualquer ingenuidade, um edital de licitação, e uma minuta de contrato, não se prestam a desfilarem negativismos gratuitos, nem a abrigar sombrias previsões como se a catástrofe fosse certa e inevitável.

Qualquer comportamento de desmesurada prevenção contra possíveis reveses e aferrado a excesso de cautela possivelmente *atrairá o problema*, na medida em que o igual atrai o igual. Desconfiar das sombras é – sempre – uma péssima política.

A matéria penal das leis de licitações sempre enseja dúvidas e incertezas de variada natureza. Nesta transição de leis que se dará em abril de 2023 existe motivo para ainda mais questionamentos.

Alguns pontos iniciais a abordar:

- estamos em janeiro de 2.023. Até abril de 2.023 o ente licitador escolherá a Lei nº 8.666/93 *ou* a Lei nº 14.133/21 para reger a sua licitação. Escolhendo a Lei nº 8.666/93 deve com ela permanecer até a produção do último efeito da última prorrogação do contrato que gerar.

Nessa hipótese a Lei nº 14.133/21 simplesmente inexistente, como se nunca tivesse sido publicada. Nenhuma das suas disposições se aplica ou se transmite à licitação e ao contrato iniciados e portanto regidos pela Lei nº 8.666/93;

- sendo assim, nenhum dispositivo penal da nova lei se aplica a licitação ou a contrato regido pela velha lei, a conhecida Lei nº 8.666/93, nesta data de janeiro de 2.023 ainda vigente. Nada de novo a nova lei trouxe, até o dia de hoje, para as licitações nem para os contratos regidos pela velha (mas ainda vigente) Lei nº 8.666/93<sup>2</sup>;

- ninguém procure, também, nem na lei do pregão presencial (Lei nº 10.520/02) nem no decreto do pregão eletrônico (Decreto nº 10.024/19), ambos os quais ainda em vigor, matéria penal aplicável às licitações regidas nem pela Lei nº 8.666/93 nem, acaso, pela nova Lei nº 14.133/21;

- é comum se observarem em pregões presenciais e eletrônicos pretensões punitivas pelo ente contratante baseadas nos arts. 89 a 98 da Lei nº 8.666/93, cumuladas ou combinadas com penas previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/02;

- e é também frequente se observarem pregões eletrônicos no decorrer dos quais, ou já na execução dos respectivos contratos, o ente licitador tenta aplicar penas da lei de licitações combinadas com as penas do Decreto nº 10.024/19.

Uma semelhante salada penal equivale a tentar aplicar a alguém as penas do Código Penal, combinadas com as do código napoleônico, cumuladas com as do código de Hamurabi, agravadas pela lei do talião e rematadas por algum outro dispositivo penal perdido nas trevas da história, talvez indígena ou viking.

Tal atitude não faz o menor sentido nem tem o menor cabimento jurídico, histórico, institucional, lógico nem operacional, ao lado da desumanidade implícita.

Mas infelizmente em tempos recentes tem parecido que, em sendo para punir alguém, literalmente *vale tudo* no âmbito da Administração pública – quando a verdade é bem a inversa!

Com todo efeito, não existe em direito alguma província ou matéria mais rígida, apertada, regrada e disciplinada que a penal, uma vez que se cuida de valores elevadíssimos do cidadão, como a liberdade, a honra, a reputação e a renomada, a credibilidade, tudo o de que o cidadão vive e se sustenta.

Formalmente quanto a isso avulta a imprescindível tipicidade da infração penal, que significa o enquadramento da conduta de alguém n'algum tipo penal preexistente, especificado e descrito na lei, se se o quiser apenar.

Sem essa rigorosa tipificação da conduta como criminosa crime nenhum existirá, conforme assegura a Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXIX, e o art. 1º do Código Penal brasileiro.

Tudo isso faz parecer que, além de em decoração e em vestuário, também em enquadramento penal *o menos é mais*, para desespero dos carrascos vestidos de agentes públicos que assombram a Administração pública, e que auxiliam a sociedade tanto quanto uma broncopneumonia dupla.

Não é porque a lei muda após ter sido iniciada uma licitação, ou após ter sido assinado um contrato, que o rumo daquela licitação, ou a execução daquele contrato, poderão sofrer alteração.

A Constituição, art. 5º, inc. XXXVI, abrangendo preceito secular da antiga lei de introdução ao Código Civil (LICC), que atualmente se denomina lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), assegura em cláusula pétreia que a (nova) lei não prejudica ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

A licitação e o contrato são, pressupostamente e até demonstração em contrário, *atos jurídicos perfeitos*, se produzidos na forma da lei que os rege. Estão, assim e nessa condição, imunes a alterações legislativas posteriores quer para melhor, quer para pior a qualquer das partes, valendo-lhes a regra regedora originária até a produção do seu último efeito.

Não foi por outro motivo que a própria Lei nº 14.133/21 previu que

Art. 190 O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

Não poderia ser diferente, nem seria.

A segurança jurídica e institucional do cidadão depende fundamentalmente de princípios como este, sem os quais um estado não se pode dizer civilizado.

Então, nessa conformidade as regras penais enfeixadas na lei que rege o certame e o contrato não se comunicam nem se estendem até atos ou contratos que não foram regidos pela mesma lei.

Ao aplicador não é dado tentar “melhorar” por conta própria e a seu talante o rol penal de nenhuma lei, por mais ódio e raiva que acumule contra os maus e perniciosos fornecedores. Devagar com o andor, cavalheiro...

Direito, sobretudo o penal, não é nem pode ser tido como a festa do caqui, a casa da sogra ou uma terra devastada e de ninguém. Hitler emprestava retroatividade, prejudicial e não benéfica, à lei penal que editava. Mas não é um exemplo a seguir.

E não será demais recordar a antiga fórmula de que o único homem livre é o escravo da lei, porque essa é a garantia de todos contra todos, e segurança de todos em prol de todos.

E se registre, mais ainda, que também o inferno dos aplicadores da lei está repleto de boas intenções. 🚩

## NOTAS

- 1 Uma só ilustração disso afirmado: certa feita em um curso fomos indagados sobre o cabimento da pena de declaração de inidoneidade a fornecedores de uma pequena cidade interiorana, eis que se recusavam repetidamente a fornecer orçamentos para orientar a formação do orçamento oficial de um ente local. O indagante entendia que aqueles fornecedores abusavam do poder público...
- 2 A velha lei nesta data ainda é boa. Consoante asseverava José Vasconcellos, existe muita velha boa.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.

# A relevância da Telemedicina

POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

**“A modalidade, que surgiu de forma excepcional em decorrência da pandemia e vingou em seus propósitos, veio demonstrar que o conhecimento científico, proporcionado pela tecnologia de ponta, consegue utilizar as ferramentas disponíveis para ampliar o acesso integral, igualitário e universal da saúde às áreas desassistidas e carentes de atendimentos especializados.”**

Quando da decretação do estado pandêmico – período que restringiu e em muito a locomoção e aglomeração das pessoas – o governo brasileiro autorizou, pela Lei nº 13.979/20, excepcionalmente e em caráter emergencial, profissionais da saúde a utilizarem a área digital para atendimento opcional aos pacientes que necessitassem de tais serviços.

Daí que – na sequência e ainda na vigência do Estado de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) – foi publicada a Lei nº 13.989/20, que dispõe sobre o uso da Telemedicina durante a pandemia e conferiu ao Conselho Federal de Medicina a legitimidade para regulamentar a matéria.

O Conselho Federal de Medicina, por seu turno, baixou a Resolução nº 2314/2022, com a finalidade de disciplinar o exercício profissional médico, incluindo no atendimento as boas práticas recomendadas ética e legalmente. Define-se a Telemedicina como o exercício da medicina mediado por Tecnologias Digitais, de Informação e de Comunicação (TDICs), para fins de assistência, educação, pesquisa, prevenção de doenças e lesões, gestão e promoção

de saúde, e inaugura os canais de teleatendimentos médicos: Teleconsulta, Teleinterconsulta, Telediagnóstico, Telecirurgia, Telemonitoramento ou Televigilância, Teletriagem e Teleconsultoria.

No estertor do ano 2022, o presidente Jair Bolsonaro sancionou a Lei nº 14.510/22, que altera a Lei 8080/1990, autorizando e regulamentando a também chamada Telessaúde, que consiste na utilização da melhor tecnologia para a prestação de serviços de saúde a distância, com a transmissão segura de dados e informações de saúde, por meio de textos, de sons, de imagens da informação e da comunicação, envolvendo a transmissão de dados, informações, documentos e exames de pacientes, de forma sigilosa e segura.

A modalidade, que surgiu de forma excepcional em decorrência da pandemia e vingou em seus propósitos, veio demonstrar que o conhecimento científico, proporcionado pela tecnologia de ponta, consegue utilizar as ferramentas disponíveis para ampliar o acesso integral, igualitário e universal da saúde às áreas desassistidas e carentes de atendimentos especializados.

É certo que o atendimento remoto, em termos de facilidade para o profissional da saúde, não pode ser comparado com o presencial, em que terá melhores condições para emitir um diagnóstico e prescrever o tratamento, após realizar o exame no paciente. Mas não deixa de ser uma alternativa válida e com qualidade já demonstrada para diminuir as intermináveis filas de espera, assim como de proporcionar um atendimento especializado para os pacientes que dependem de uma opinião médica mais abalizada. Além do que é forçoso afirmar que a avaliação técnica a distância exige muito mais interação do médico com o paciente, além de prolongar o tempo da consulta para se alcançar uma decisão correta por parte do profissional

A *novatio legis* alcança a prestação remota de serviços relacionados a todas as profissões da área da saúde e estabelece, com relação a elas, os princípios norteadores da dignidade e valorização do profissional de saúde, da autonomia do mesmo de ofertar assistência segura e com qualidade ao paciente no âmbito das atribuições legais de cada profissão, resguardando sempre a confidencialidade dos dados.

Por outro lado, com relação ao paciente, determina a obrigatoriedade da apresentação do termo de consentimento livre e esclarecido assinado por ele ou por seu representante legal, o direito de recusar o atendimento na modalidade telessaúde, mas com garantia de atendimento presencial sempre que solicitado, além da promoção da universalização do acesso às ações e aos serviços de saúde.

A lei que regulamenta a telemedicina em todo território nacional já impulsionou a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo a envidar esforços para a implantação da nova ferramenta, que poderá atingir considerável índice de resolatividade, com enfoque inicial à atenção primária à saúde, ofertando ao cidadão atendimento compatível com a dignidade prevista constitucionalmente. 



**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR** é Promotor de Justiça aposentado, Mestre em Direito Público, Pós-Doutorado em Ciências da Saúde, Advogado, sócio fundador do escritório Eudes Quintino Sociedade de Advogados.



## Contratação de remanescente nas estatais: pressupostos e condicionantes

POR CLÁUDIO MALDANER BULAWSKI, MATHEUS VIANA FERREIRA E POLLYANA DA SILVA ALCÂNTARA

**“Tendo em vista que o assunto demanda atenção especial em virtude da fiscalização realizada pelos tribunais de contas nesses processos de contratação pública, cabe aos agentes incumbidos de tais contratações conhecer e empregar de forma devida os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a fim de tornar mais segura a tomada de decisão e evitar futuras responsabilizações.”**

---

**A** Constituição da República de 1988 estabelece, no art. 37, *caput*, que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No inciso XXI do mesmo dispositivo consta que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Tal previsão constitucional foi regulamentada pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A partir da publicação da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, a Carta Magna passou a dispor, em seu art. 173, § 1º, inciso III, que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

O comando para que o legislador infraconstitucional regulasse o referido estatuto somente foi atendido com a publicação da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

A Lei nº 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais, dispõe sobre o regime licitatório e contratual aplicável às empresas públicas, sociedades de economia mista e às suas subsidiárias. Trata, em seu Capítulo I, Seção I, da exigência de licitação e dos casos de dispensa e inexigibilidade.

A Lei das Estatais perfilha regime de licitações dispensáveis similar ao da Lei nº 8.666/1993. À vista disso, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais podem ser estendidos, no que couber, às situações encaradas no domínio da Lei nº 13.303/2016, exceto nos casos em que a nova redação apresente algum componente específico ou quando interpretação diversa se revelar mais apropriada às atividades desenvolvidas pelas empresas estatais.

No presente artigo, abordar-se-á a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, hipótese de licitação dispensável consubstanciada no art. 29, inciso VI, da Lei nº 13.303/2016, a fim de contribuir para a elucidação do tema e a evolução de debates científicos.

---

## **DA CONTRATAÇÃO DE REMANESCENTE DE OBRA, SERVIÇO OU FORNECIMENTO**

---

Notoriamente, as contratações diretas, seja por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, constituem exceção, dado que a regra é licitar, com o intuito

de se obter a melhor proposta para a Administração. Eis o motivo pelo qual a doutrina recomenda cautela quando da exceção ao dever de licitar. Veja-se:

(...) a opção pelo caminho da contratação direta deve ser avaliada com cautela, a fim de evitar equívocos e, conseqüentemente, possíveis demandas administrativas e judiciais contra os profissionais responsáveis pela definição das diretrizes do processo. (ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*, 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 253).

A ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento administrativo prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível. Somente em hipóteses-limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação dos valores a cuja realização se orienta a atividade administrativa.

Nas etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em um momento inicial, a administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, (...). (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 391).

Dentre as possibilidades de dispensa de licitação, encontra-se aquela prevista no art. 29, inciso VI, da Lei nº 13.303/2016. Confira-se:

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

[...]

VI – na contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

Assim como defendido por Joel de Menezes Niebuhr, “a rigor jurídico, essa hipótese não merece a qualificação de dispensa de licitação pública, porque houve licitação pública, em razão da qual é que se celebra o contrato”<sup>1</sup>. E acrescenta:

O legislador, pura e simplesmente, autorizou a Administração a aproveitar o segundo classificado e, assim, sucessivamente, diante de rescisão de contrato, que comumente implica prejuízos ao interesse público, entre os quais aquele que se pretenda evitar: o da paralisação da obra, serviço ou fornecimento até que se faça nova licitação e novo contrato.<sup>2</sup>

O mencionado autor arremata que “(...) o dispositivo, aproveitando licitação já ultimada, confere instrumento para contornar os malefícios de rescisão contratual, permitindo a contratação direta e, pois, imediata, dos demais classificados”<sup>3</sup>.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho ensina que “rigorosamente, não se caracteriza contratação direta. Houve uma licitação, de que derivarão duas (ou mais) contratações. A primeira foi rescindida. A segunda faz-se nos termos do resultado obtido na licitação”<sup>4</sup>.

Ademais, de acordo com a mais abalizada doutrina:

A contratação direta do remanescente do objeto não é legítima quando constatado, pela própria empresa estatal (princípio da autotutela) ou por provocação de terceiro, que o procedimento licitatório continha vícios insanáveis. Seria, então, impositiva a anulação de ofício do procedimento e do contrato dele decorrente, competindo à empresa estatal promover nova licitação, escoimada dos vícios que deram causa à anulação da licitação anterior.<sup>5</sup>

Vale esclarecer que a Administração não tem a obrigação de adotar a solução apontada no dispositivo legal, até porque pode entender que tal medida é inconveniente, além de que os licitantes não estão obrigados a aceitar a contratação para execução do remanescente.

Sobre esse aspecto, a Lei nº 13.303/2016 previu, em seu art. 29, § 1º, uma exceção, nos seguintes termos:

Art. 29. (...)

§ 1º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do inciso VI do caput, a empresa pública e a sociedade de economia mista poderão convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

Dessa forma, na ausência de aceitação das mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido, os licitantes podem ser contratados de acordo com os valores por eles propostos, desde que observada a ordem de classificação do certame licitatório e dentro do orçamento estimado pela estatal.

Então, de acordo com as normas supracitadas e com a doutrina<sup>6</sup>, os pressupostos para esse tipo de contratação direta são os seguintes:

- a) existência de remanescente de obra, de serviço ou fornecimento a ser executado;
- b) rescisão contratual;
- c) contrato encerrado advindo de certame licitatório.

A hipótese de licitação dispensável em questão ainda deve observar os seguintes condicionantes:

d) observância da classificação do certame anterior na convocação de licitantes remanescentes;

e) aceitação quanto à manutenção das condições avençadas, inclusive quanto ao preço.

---

## **Da análise dos pressupostos e condicionantes da contratação**

---

### ***Existência de remanescente de obra, de serviço ou fornecimento a ser executado***

---

Leciona Marçal Justen Filho que, na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993<sup>7</sup>, “a contratação se fará de acordo com o remanescente que resta a ser executado. Logo, poderá ser parcial. O valor do contrato deverá ser adaptado, não apenas para atualizar o preço a ser pago ao novo contratado como, também, para abater as parcelas executadas na vigência do contrato anterior”<sup>8</sup>.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União também merece ser trazida à baila:

9.2. dar ciência à <omissis> sobre a contratação direta de remanescente de serviço *por prazo superior ao que efetivamente remanesceu do contrato rescindido*, identificada no Processo Administrativo 25265.004611/2012-99 (Contratação Direta 01/2012), *o que afronta o disposto na Lei 8.666/1993, art. 24, inciso XI*, com vistas à adoção de providências internas que previnam novas ocorrências da espécie; (Acórdão nº 379/2017 – Plenário) [grifos acrescidos]

Portanto, nas contratações de remanescentes de obra, serviço ou fornecimento, a data de término da vigência do novo contrato deve ser fixada de acordo com o prazo do contrato rescindido<sup>9</sup>, sem prejuízo das prorrogações seguintes com fulcro no art. 71 da Lei nº 13.303/2016. Ou seja, deve ser considerada a soma da vigência alcançada pelo contrato rescindido com a daquela fruto da contratação direta.

Vale esclarecer que se considera remanescente o prazo restante para completar o período de duração do contrato rescindido.

Dúvida acerca da contratação direta com fulcro no art. 29, inciso VI, da Lei nº 13.303/2016 costuma surgir quando o licitante vencedor, não obstante tenha assinado o instrumento contratual, deixa de iniciar a execução deste, levando-o à rescisão. Nesse caso, o remanescente seria o objeto integral do contrato.

A partir de uma interpretação literal dos dispositivos da Lei das Estatais, não há previsão expressa no sentido de autorizar a contratação direta do remanescente nos moldes acima apontados, mas tão-somente nos casos em que o contrato já estiver devidamente rescindido, restando um remanescente, e não um total do objeto. Ou, no caso da previsão do art. 75, § 2º<sup>10</sup>, quando o convocado não assina o termo de contrato no prazo e nas condições estabelecidos.

Tendo em vista que a finalidade dos mencionados dispositivos legais é evitar os infortúnios da rescisão contratual ou da desistência do contratado,

autorizando a convocação e eventual contratação do próximo classificado, impedindo, deste modo, a paralisação da obra, serviço ou fornecimento até que se instaure um novo processo de contratação pública e seja assinado um novo contrato, cabe citar o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o tema:

O comando contido no art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, pode ser utilizado, por analogia, para fundamentar a contratação de licitante remanescente, observada a ordem de classificação, quando a empresa vencedora do certame assinar o contrato e, antes de iniciar os serviços, desistir do ajuste, desde que o novo contrato possua igual prazo e contenha as mesmas condições propostas pelo primeiro classificado. (Acórdão 740/2013-Plenário, TC 016.087/2012-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 3.4.2013, Informativo de Licitações e Contratos nº 146; Acórdão 2737/2016 Plenário, Pedido de Reexame, Relator Ministro Vital do Rêgo, Informativo de Licitações e Contratos nº 308, de 14/11/2016)

Por conseguinte, considerando que a intenção precípua desses dispositivos é atender com a devida eficiência a necessidade da Administração, e que a situação fática ora apresentada é parecida com aquela tutelada pela legislação, tem-se que é oportuna a aplicação, por analogia, do disposto nos arts. 29, inciso VI, e 75, § 2º, ambos da Lei nº 13.303/2016 nos casos em que o licitante vencedor assina o contrato e desiste de executar o ajuste sem ter iniciado a execução do objeto.

A título de exemplo, o Regulamento de Licitações e Contratos da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), versão 2.0, em consonância com o entendimento da doutrina e da jurisprudência da Corte de Contas, prevê expressamente em seu art. 79, inciso VI, a possibilidade de “contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, ainda que a execução do contrato não tenha sido iniciada, (...)”.

### ***Rescisão contratual***

O art. 29, inciso VI, da Lei das Estatais exige que algum contrato tenha sido celebrado com o licitante vencedor e, mais tarde, rescindido. A esse respeito, veja-se o que pondera Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>11</sup>:

O contrato chegou a ser firmado com o licitante vencedor e a obra, serviço ou fornecimento chegou a ter início. Concretamente, o ajuste teve efeitos no mundo dos fatos, não se podendo mais utilizar a faculdade prevista no art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

*Tendo ou não operado efeitos, havendo a necessidade da rescisão, deverá a Administração promover o acerto de contas e, se for o caso, a aplicação de penalidades.*

Se a rescisão foi promovida pela Administração em virtude de falência ou concordata da contratada, concluindo-se pela possibilidade da contratação direta com base nesse permissivo legal.

*Efetivamente, a lei não alude à causa da rescisão do contrato, podendo esta, decorrer de ato da Administração, de culpa do contratado ou até de caso fortuito ou força maior que inviabilize a prestação do objeto pelo contratado. Em todos os casos, poderá a Administração servir-se desse permissivo para a contratação direta. (grifos acrescidos)*

Existe uma outra circunstância que, ainda que não se refira especificamente à rescisão contratual, merece ser analisada: a ausência de interesse da contratada em fazer nova prorrogação de avença de prestação de serviços de natureza continuada autoriza a realização de dispensa de licitação para contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento.

Nesse caso, a Administração poderá adotar conduta já admitida pelo Tribunal de Contas da União no regime da Lei nº 8.666/1993:

*A ausência de interesse da contratada em fazer nova prorrogação de avença de prestação de serviços de natureza continuada autoriza a realização de dispensa de licitação para contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento (art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993), desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço.*

O Plenário apreciou relatório de auditoria com objetivo examinar a regularidade dos procedimentos em contratações de bens e serviços pela Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen), no âmbito de Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC). Entre outras ocorrências, a equipe de fiscalização apontou como achado de auditoria a “*contratação direta com aplicação irregular do embasamento legal no inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666/93*”, pois empresa fora contratada para manutenção dos bens móveis e imóveis dos prédios da sede da Cnen em decorrência da rescisão do contrato firmado com a vencedora do pregão eletrônico, que informara, pouco antes do término da vigência do ajuste, não poder continuar prestando os serviços. Com amparo no Acórdão 819/2014 Plenário, que, em situação similar, considerou irregular uma nova contratação fundamentada no inciso XI do art. 24 da Lei 8.666/93, a unidade técnica entendeu que o embasamento legal adotado não poderia ser aplicado, por se tratar de contrato de prestação continuada, com prazo de doze meses, que se encontrava no seu segundo ano de prestação, de modo que o contrato original teria sido plenamente executado. Assim, propôs a unidade instrutiva dar ciência à Cnen de que a celebração do contrato em questão afrontara o citado dispositivo legal e o entendimento do mencionado acórdão, uma vez que o contrato anterior tratava de serviço continuado já em sua primeira prorrogação de doze meses, não havendo, portanto, a situação de serviço remanescente. O relator, por sua vez, ponderou que a comunicação quanto à impossibilidade de prorrogação contratual fora realizada pela empresa então contratada a menos de um mês do encerramento da vigência do contrato, inexistindo tempo suficiente para a realização de novo procedimento licitatório. Ademais, destacou o Acórdão 412/2008 Plenário, que teria considerado regular contratação similar. Assim, tendo sido atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante

vencedor, inclusive quanto ao preço, concluiu o relator que a contratação com base no art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993 fora regular e que o achado poderia ser afastado, dispensando-se a ciência proposta, no que foi acompanhado pelo Colegiado. (Acórdão 1134/2017 Plenário, Auditoria, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman.) [grifos acrescentados]

Cabe ainda mencionar que a legislação não traz qualquer impeditivo para a realização de uma nova contratação de remanescente, firmada na sequência de uma segunda rescisão contratual, contanto que os requisitos da legislação sejam atendidos. O novo contrato deverá observar “a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido”<sup>12</sup>.

A Lei nº 13.303/2016 também não prevê a exigência de que seja formalizada a extinção do contrato anterior para que somente após seja iniciado o novo processo de contratação pública para a contratação do remanescente. A tramitação simultânea da rescisão do ajuste em vigor e da nova contratação obsta a solução de continuidade, além de viabilizar um melhor planejamento.

---

### ***Contrato encerrado advindo de certame licitatório***

---

A hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 29, inciso VI, da Lei nº 13.303/2016 pressupõe que o contrato rescindido advenha de certame licitatório.

Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres, em recente análise sobre o tema, esclarecem que:

Portanto, não há se falar em utilização da hipótese do art. 29, VI, *no bojo de contratações ocorridas por dispensa ou inexigibilidade de licitação*, tendo em vista que a Lei expressamente a condiciona ao atendimento da “ordem de classificação da licitação anterior”.<sup>13</sup> (grifos acrescentados)

Salienta-se que, para os fins do dispositivo em comento, “(...) não há prazo de validade da licitação anterior: durante todo o curso do contrato, a faculdade de convocar os licitantes remanescentes continua existindo latente, em proveito da Administração, nos casos de rescisão contratual”<sup>14</sup>.

---

### ***Observância da ordem de classificação do certame anterior***

---

A observância da ordem de classificação do certame anterior na convocação de licitantes remanescentes condiciona a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento. Nesse particular, assim leciona Joel de Menezes Niebühr<sup>15</sup>:

Por derradeiro, advirta-se que a dispensa encartada no inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666/93 autoriza a contratação dos demais licitantes, *de acordo com a ordem de classificação. À Administração é vedado contratar terceiros que não tenham*

*participado da licitação. Portanto, em termos práticos, se apenas um licitante ocorreu ao certame, assinou o contrato e depois o mesmo foi rescindido, a hipótese de dispensa do inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666/93 não se aplica. Repita-se que ela depende da existência de outros licitantes, porque somente eles é que podem ser contratados, em conformidade com a ordem de classificação.* (grifos acrescidos)

Portanto, a convocação dos licitantes classificados na licitação anterior, com atendimento rígido à ordem de classificação, é um requisito indispensável para a realização de contratação com esteio no art. 29, inciso VI, da Lei nº 13.303/2016.

---

### ***Aceitação quanto à manutenção das condições avençadas, inclusive quanto ao preço***

---

De acordo com o entendimento da Corte de Contas, ao licitante segundo colocado simplesmente é dada a opção de aceitar ou não a assunção integral da proposta formulada pelo primeiro colocado. Destaque-se: a assunção integral da proposta do primeiro colocado. A proposta do segundo colocado é totalmente afastada. Somente dessa forma será cumprida a *intentio legis* (Acórdão nº 552/2014 – Plenário).

Sobre essa questão, Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres explicam que:

Quanto ao necessário respeito às condições anteriores, compreendemos não ser lógico que se exija do licitante remanescente a manutenção da integralidade da planilha de custos da empresa vencedora, em especial quando se trata de serviços de natureza continuada com cessão de mão-de-obra. *Imaginando hipótese em que o licitante convocado integre regime tributário distinto, esse fato não há de impedir a sua contratação se, com o ajuste de suas alíquotas e margem de lucro, os preços unitário e global forem mantidos.*<sup>16</sup> (grifos acrescidos)

O Tribunal de Contas da União, nessa mesma linha de raciocínio, esclarece que:

Enunciado: A contratação direta de remanescente de obra, serviço ou fornecimento decorrente de rescisão contratual (art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993) requer a manutenção das condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto aos preços unitários, devidamente corrigidos, e não apenas a adoção do mesmo preço global. (Acórdão 1443/2018 Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler.)

A contratação direta de remanescente de obra decorrente de rescisão contratual (art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993) apenas se aplica quando houver parcelas faltantes para executar, não quando a má-execução por parte do contratado anterior ou a inépcia do projeto impuserem adoção de providências não previstas no contrato original. Havendo necessidade de corrigir, emendar ou substituir elementos relevantes de projeto ou de parcelas executadas incorretamente

pelo contratante anterior, deverá realizar-se nova licitação, visando a sanar tais defeitos. (Acórdão 2830/2016 Plenário, Relator Ministra Ana Arraes).

Vale ainda acentuar que a Lei das Estatais, diversamente da Lei nº 8.666/1993, exige a aceitação das mesmas condições do contrato rescindido e não das mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor.

Dessa forma, Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres defendem que *“o licitante que aceitar a contratação remanescente terá direito à repactuação nas mesmas condições e prazos a que fazia jus a empresa inicialmente contratada”*<sup>17</sup>.

A Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 05/2017, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, apresenta dispositivo que estabelece o dever de que os preços sejam corrigidos antes do início da contratação:

Art. 60. A empresa contratada para a execução de remanescente de serviço tem direito à repactuação nas mesmas condições e prazos a que fazia jus a empresa anteriormente contratada, *devendo os seus preços serem corrigidos antes do início da contratação*, conforme determina o inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993. (grifos acrescidos)

Vale lembrar ainda que, conforme previsto no § 1º do art. 29 da Lei das Estatais, na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do inciso VI do caput do referido art. 29, a estatal poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

A vedação a que se contrate o remanescente com valor superior ao orçamento estimado para a contratação advém do disposto no inciso IV do art. 56 da Lei nº 13.303/2016, o qual proíbe a aceitação de lances e propostas que se encontrem acima do orçamento estimado para a contratação.

---

## **Da comprovação das exigências habilitatórias e contratuais**

---

Acerca da comprovação das exigências habilitatórias e contratuais elencadas no instrumento convocatório anterior, leciona Joel de Menezes Niebuhr<sup>18</sup>:

Advirta-se que a aplicação da hipótese de dispensa de licitação preconizada no inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666/93 em relação a contratos decorrentes da modalidade pregão guarda especificidades que requerem a atenção dos agentes administrativos.

Sucedem que, nas licitações promovidas sob a égide das modalidades tradicionais da Lei nº 8.666/93, a comissão de licitação verifica a habilitação e a aceitabilidade das propostas de todos os licitantes. Isto é, o segundo colocado na

licitação foi habilitado e a sua proposta foi aceita. Em vista disso, se o contrato firmado com o primeiro colocado for rescindido, não há nada que obste a convocação do segundo colocado para que ele dê continuidade ao remanescente contratual, desde que, reacentua-se, ele aceite as mesmas condições ofertadas pelo vencedor da licitação.

Entretanto, na modalidade pregão é diferente, porquanto o pregoeiro não analisa inteiramente a aceitabilidade das propostas nem, tampouco, verifica as condições de habilitação dos demais licitantes afora do vencedor da etapa de lances. *Logo, se o contrato, firmado com o vencedor da licitação, é rescindido, não é possível convocar diretamente o segundo colocado para firmar contrato com ele. É necessário, antes, requerer dele a apresentação de todos os documentos de habilitação. Somente depois disto e desde que o segundo colocado apresente todos os documentos exigidos outrora pelo edital é que se pode convocá-lo para assinar o contrato.* (grifos acrescidos)

No que tange às condições de habilitação, elas deverão ser mantidas durante toda a execução contratual, nos termos do art. 69, inciso IX, da Lei nº 13.303/2016.

Cabe ao Administrador, pois, zelar pela efetiva manutenção dessas condições na ocasião da contratação.

Ressalte-se que é essencial, também, a declaração relativa ao cumprimento do disposto no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição da República.

Pois bem, cumpre registrar que caberá ao gestor/fiscal do contrato diligenciar no sentido de que todas as condições de habilitação sejam mantidas até o término do mesmo.

Por fim, vale frisar que, quando o procedimento licitatório contenha vícios insanáveis, constatados pela própria empresa estatal, não é cabível a contratação direta do remanescente do objeto, devendo a Administração realizar novo procedimento de contratação livre dos defeitos verificados na licitação anterior.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como restou demonstrado, a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, hipótese de licitação dispensável prevista no art. 29, inciso VI, da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), pode causar insegurança quanto ao seu adequado enquadramento legal e à devida instrução processual.

Tendo em vista que o assunto demanda atenção especial em virtude da fiscalização realizada pelos tribunais de contas nesses processos de contratação pública, cabe aos agentes incumbidos de tais contratações conhecer e empregar de forma devida os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a fim de tornar mais segura a tomada de decisão e evitar futuras responsabilizações.

Neste artigo, buscou-se dirimir dúvidas acerca do cabimento da contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de acordo com a Lei nº 13.303/2016, por meio da análise dos pressupostos e condicionantes dessa hipótese de licitação dispensável e com ênfase nos posicionamentos das cortes de contas.

Diante do exposto, observa-se que o legislador previu a contratação direta do objeto remanescente como um mecanismo para garantir a atividade administrativa, evitando, assim, a solução de continuidade na execução de obras, prestação de serviços ou fornecimento de bens. 

## NOTAS

- 1 NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e Contratos das Estatais*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 77.
- 2 *Ibid.*, p. 77.
- 3 *Ibid.*, p. 77.
- 4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei nº 8.666/1993*. 16. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 435.
- 5 JUNIOR, Jessé Torres Pereira; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. *Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei nº 13.303/16*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p. 182.
- 6 BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- 7 Que corresponde àquela prevista no art. 29, inciso VI, da Lei nº 13.303/2016.
- 8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei 8.666/1993*. 16. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 435.
- 9 1.7. Determinar à Imprensa Nacional que, nas contratações de remanescentes de obra, serviço ou fornecimento com fundamento no inciso XI do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, fixe a data de término da vigência do novo contrato de acordo com o prazo do contrato rescindido. (Acórdão TCU nº 2725/2008 – 1ª Câmara)
- 10 Art. 75. A empresa pública e a sociedade de economia mista convocarão o licitante vencedor ou o destinatário de contratação com dispensa ou inexigibilidade de licitação para assinar o termo de contrato, observados o prazo e as condições estabelecidos, sob pena de decadência do direito à contratação.  
§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado 1 (uma) vez, por igual período.  
§ 2º É facultado à empresa pública ou à sociedade de economia mista, quando o convocado não assinar o termo de contrato no prazo e nas condições estabelecidos:  
I – convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados em conformidade com o instrumento convocatório;  
II – revogar a licitação. (grifos acrescidos)
- 11 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. volume 6. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 336.
- 12 Lei nº 13.303/2016, art. 29, inciso VI.
- 13 BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- 14 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. volume 6. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 335 e 336.
- 15 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 4. ed., revista e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 285.
- 16 BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Salvador: JusPodivm, 2018.

- 17 BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- 18 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 4. ed., revista e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 285.

## REFERÊNCIAS

- BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017 (Atualizada)*. Disponível em: < <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>>. Acesso em: 01 nov. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.134/2017 – Plenário. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1134%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1134%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca)>. Acesso em: 22 out. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.443/2018 – Plenário. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1443%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1443%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca)>. Acesso em: 22 out. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.793/2011 – Plenário. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1793%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1793%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca)>. Acesso em: 23 out. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.725/2008 – 1ª Câmara. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2725%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2725%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca)>. Acesso em: 21 out. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.737/2016 – Plenário. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2737%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2737%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca)>. Acesso em: 21 out. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.830/2016 – Plenário. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2830%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2830%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca)>. Acesso em: 23 out. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 379/2017 – Plenário. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A379%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A379%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca). Acesso em: 21 out. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 552/2014 – Plenário. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACOR](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACOR)

DAO%253A552%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 740/2013 – Plenário. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A740%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A740%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=99858e70-0618-11ea-9bd5-c118279d8dca)>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm)>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 12 out. 2019.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. Resolução nº 155, de 28 de abril de 2022. Aprova a reformulação do Regulamento de Licitações e Contratos da Ebserh. Regulamento de Licitações e Contratos da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – Ebserh. Define e disciplina os procedimentos de contratação de bens, serviços e obras, de alienação de bens e de formalização de convênios no âmbito da Ebserh, nos termos da Lei nº 13.303/2016 e do Decreto nº 8.945/2016. Publicado no Boletim de Serviço nº 1301, de 3 de maio de 2022. Disponível em: <[rlice\\_rev2022\\_final\\_28-04-22.pdf](rlice_rev2022_final_28-04-22.pdf) (www.gov.br)>. Acesso em: 14 nov. 2022.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. volume 6. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei 8.666/1993*. 16. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

JUNIOR, Jessé Torres Pereira; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. *Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei nº 13.303/16*. Belo Horizonte. Fórum, 2018.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 4. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e Contratos das Estatais*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.



ARQUIVO PESSOAL

**CLÁUDIO MALDANER BULAWSKI** é Advogado. Chefe do Setor Jurídico de Bens da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Anhanguera. Pós-graduando em Licitações e Contratos pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS).



ARQUIVO PESSOAL

**MATHEUS VIANA FERREIRA** é Advogado. Chefe de Setor Jurídico de Serviços da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh). Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pós-graduado com treinamento em Serviço – Modalidade Residência Jurídica – pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Legale. Pós-graduado em Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) pela Faculdade Legale. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense – UFF.



ARQUIVO PESSOAL

**POLLYANA DA SILVA ALCÂNTARA** é Advogada. Chefe de Serviço Jurídico de Consultivo Administrativo da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh). Graduada em Direito pela PUC Minas (2009). Pós-graduanda em LGPD, Privacidade e Proteção de Dados pela UERJ. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen (2021), em Direito Público pela PUC Minas (2019) e em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho (2013).



# O consentimento do morador e a violação do domicílio – A posição do Superior Tribunal de Justiça

POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

**“Trata-se de uma decisão correta e fruto de uma visão garantista e constitucional do processo penal, pois, como se sabe, nos termos da Constituição Federal, “a casa é asilo inviolável do indivíduo”.”**

**A** Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça absolveu um acusado por crime de tráfico de drogas por considerar ilícitas as provas colhidas após a entrada de agentes policiais em sua residência, em virtude da existência de evidente “constrangimento ambiental/circunstancial”.

Para o colegiado, não houve fundadas razões, tampouco comprovação de consentimento válido para a realização da busca domiciliar, após o morador ter sido preso em flagrante, na rua, por porte ilegal de arma de fogo (e não por tráfico de drogas).

No caso concreto, houve uma denúncia anônima de que o réu estaria armado em via pública, fato efetivamente confirmado pelos policiais que, diante do flagrante de porte de arma, prenderam-no; ocorre que, ao serem informados de que o preso possuía antecedentes criminais por tráfico de drogas, dirigiram-se e adentraram à residência, após um suposto consentimento do preso.

Ao entrarem, e com a ajuda de cães farejadores, foi encontrada uma quantidade de droga, tendo sido o réu denunciado e condenado pelos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao analisar uma revisão criminal interposta pelo condenado (Revisão Criminal nº 2102510-91.2022.8.26.0000), manteve a condenação por ambos os delitos, sob o argumento de que ele teria autorizado a entrada dos policiais em sua casa, entendendo que havia materialidade e autoria comprovadas do tráfico de drogas, o que legitimaria o ingresso da polícia sem mandado judicial.

A defesa, então, impetrou uma ordem de habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça (Habeas Corpus nº. 762932), oportunidade em que foi concedida a ordem, reconhecendo-se a nulidade das provas obtidas por meio do ingresso no domicílio do paciente, bem como de todas as que delas derivaram, e absolvendo o acusado pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, ficando ressalvada, todavia, a condenação pelo delito do art. 14 da Lei nº 10.826/2003, contra o qual, aliás, não se insurgiu a defesa.

Segundo o relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, “o caso não trata de averiguação de informações consistentes sobre a existência de drogas no local, pois não foi feita referência à prévia investigação, tampouco à movimentação típica de tráfico”, ressaltando que a denúncia anônima que gerou a atuação policial não citou a presença de drogas no imóvel, mas apenas de arma de fogo em via pública distante do domicílio.

No seu voto, o relator destacou que o Supremo Tribunal Federal já definiu “que o ingresso forçado em domicílio, sem mandado judicial, apenas é legítimo quando há fundadas razões, justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, de que está ocorrendo situação de flagrante delito no interior da residência.”

No mesmo sentido, o relator apontou o Recurso Especial nº 1.574.681, julgado pela Sexta Turma, no qual não foi admitido que a mera constatação de situação de flagrância, após a entrada na casa, justificasse a medida. Outrossim, foi citado o entendimento adotado no Habeas Corpus nº 598.051, também da Sexta Turma, e reafirmado no Habeas Corpus nº. 616.584, da Quinta Turma, que levou em consideração alguns requisitos para validade do ingresso policial nesses casos, por exemplo, declaração assinada da pessoa que autorizou a ação e registro da operação em áudio/vídeo.

Assim, segundo ele, “não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, a partir de mera capacidade intuitiva,

entrar de maneira forçada na residência de alguém”, lembrando “que o direito à inviolabilidade não protege apenas o alvo da atuação policial, mas também todos os moradores do local.”

Para o Ministro, “caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que havia em curso na residência uma clara situação de comércio de droga, a autorizar o ingresso domiciliar sem consentimento válido do morador.”

Ao contrário, “não houve, no caso dos autos, nenhuma comprovação do consentimento para o ingresso em domicílio”, salientando-se que “naquele momento da prisão, mesmo sem coação direta e explícita sobre o acusado, o fato de o indivíduo já estar detido, sem advogado, diante de dois policiais armados, poderia macular a validade de eventual consentimento, em virtude de um constrangimento ambiental/circunstancial.”

Por fim, o Ministro Rogerio Schiatti Cruz destacou que, se no direito civil (na teoria dos negócios jurídicos) todas as circunstâncias que possam influir na liberdade da manifestação de vontade devem ser consideradas, na esfera penal isso deve ser observado com maior cautela, pois trata de direitos indisponíveis em uma relação manifestamente desigual entre o cidadão e o Estado.<sup>1</sup>

Observa-se que no voto do relator destaca-se a citação de trecho bastante pertinente da obra de Aury Lopes Jr., a saber:

“Uma questão bastante problemática da busca e apreensão em residências ocorre quando a autoridade policial realiza a busca, sem autorização judicial, mas a partir do ‘consentimento do preso’ (prisão cautelar) ou quando justifica a partir da existência de “flagrante delito”. Especialmente neste último caso, nas situações de crimes permanentes por tráfico de drogas ou porte ilegal de arma, em geral não têm merecido a devida atenção por parte da doutrina e jurisprudência, e, por isso, faremos uma breve análise da complexidade que envolve essas situações:

“a) consentimento viciado: quando alguém está cautelarmente preso (prisão preventiva ou temporária) ou em flagrante e é conduzido pela autoridade policial até sua residência, ‘consentindo’ que os policiais ingressem no seu interior e façam a busca e apreensão, entendemos que há uma inequívoca ilegalidade, pois estamos diante de um consentimento viciado, inválido portanto. É insuficiente o consentimento dado nessa situação, por força da intimidação ambiental ou situacional a que está submetido o agente. Deve-se considerar viciado o consentimento dado nestas situações e, portanto, ilegal a busca domiciliar, pois há um inegável constrangimento situacional. Analisando um caso desses, o Tribunal Supremo da Espanha (STS, 13 de junho de 1992) entendeu na mesma linha, ou seja, de que o detido não está em condições de expressar livremente sua vontade e existe uma “intimidação ambiental” que macula o ato: o problema radica em saber se um detido ou preso está em condições de expressar sua vontade favoravelmente a busca e apreensão, em razão precisamente da privação de liberdade a que está submetido, o que conduziria a afirmar que se

trata de uma vontade viciada por uma intimidação sui generis... e dizemos sui generis porque o temor racional e fundado de sofrer um mal iminente e grave em sua pessoa e bens, ou pessoa e bens de seu cônjuge, descendentes ou ascendentes, não nasce de um comportamento de quem formula o convite ou pedido de autorização para realizar a busca com o consentimento do agente, senão da situação mesma de preso, isto é, de uma intimidação ambiental (grifo e tradução nossa).

“Corretíssima a decisão, de modo que a busca e apreensão em domicílio de imputado cautelarmente preso somente pode ser realizada com mandado judicial. Há uma presunção de vício de consentimento em decorrência da situação em que se encontra.”<sup>2</sup>

A propósito, “desconstruindo a afirmativa que deve ser analisada frente às narrativas comuns aos autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, descobre-se que, em regra, não há uma situação de flagrância comprovadamente constatada antes da invasão de domicílio, o que a torna ilegal, violadora de direito fundamental. Porém, como em um passe de mágica juridicamente insustentável, por uma convalidação judicial, a apreensão de objetos ou substâncias que sejam proibidos ou indicativos da prática de crime e a prisão daquele(s) a quem pertença(m) travestem de legalidade uma ação essencialmente – e originariamente – violadora de direito fundamental.”<sup>3</sup>

Como se vê, trata-se de uma decisão correta e fruto de uma visão garantista e constitucional do processo penal, pois, como se sabe, nos termos da Constituição Federal, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.” Ademais, dispõe serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos.” (art. 5º, XI e LVI). 

---

## NOTAS

---

- 1 Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/23012023-E-nulo-o-consentimento-para-ingresso-da-policia-em-residencia-apos-prisao-em-flagrante-por-motivo-diverso.aspx>. Acesso em 24 de janeiro de 2023. Para ler o inteiro teor do acórdão: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=171568916&registro\\_numero=202202485430&peticao\\_numero=&publicacao\\_data=20221130&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=171568916&registro_numero=202202485430&peticao_numero=&publicacao_data=20221130&formato=PDF).
- 2 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: SaraivaJur, 2021, p. 573.
- 3 Godoy, Arion Escorsin de; Costa, Domingos Barroso da. *Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de droga*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5797/>. Acesso em 18 de julho de 2014.



**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA** é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS. Pós-graduado pela Universidade de Salamanca.

# Filtro de relevância: EC 125/22. Considerações gerais

POR BRUNA MIRELLA FIORE BRAGHETTO

**“O filtro de relevância gerará segurança jurídica, estabilidade econômica, além de desafogamento do STJ, afastando-se a ideia de que a corte superior se trata de um verdadeiro Tribunal Superior de Apelação. O que se espera com isso é um Tribunal mais ágil e eficiente, cujas decisões sirvam com um vetor de conduta definitivo ao jurisdicionado.”**

**A** Constituição Federal garante isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados e, neste passo, o STJ foi criado com a função de uniformizar a jurisprudência sobre a legislação infraconstitucional.

Desta forma, ao contrário do que é costumeiramente entendido pelos cidadãos, o STJ não deve ser encarado como a terceira instância do Poder Judiciário, mas sim uma corte destinada a garantir a aplicação do Direito de forma igual para todos aqueles que se encontram na mesma situação jurídica.

Sem dúvidas, não deve ser visto com naturalidade processos que refletem fatos semelhantes e, por outro lado, os jurisdicionados obtêm respostas díspares do Estado, muitas vezes dentro do mesmo Tribunal de Justiça.

Neste passo, o filtro de relevância foi criado pela EC 125/22 com a função de reafirmar o espírito do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil

O filtro da relevância é um requisito, mais um pressuposto de admissibilidade do recurso especial, ao lado daqueles que já são conhecidos. O objetivo é otimizar o gerenciamento da corte superior, lembrando que no ano de 2022 entraram no superior tribunal 400 mil recursos para julgamento entre os 33 Ministros existentes.

O texto aprovado estabelece o que deverá ser obrigatoriamente analisado pelos ministros: ações penais, de inelegibilidade e improbidade

administrativa, causas que envolvam valores superiores a 500 salários mínimos (hoje mais de R\$ 694 mil) e decisões que contrariem a jurisprudência do tribunal superior.

Os críticos da emenda avaliam que o STJ dará as costas aos mais vulneráveis, pois em razão do valor o Tribunal ficaria elitizado. Porém, a presunção de relevância deve ser vista como mais uma garantia do jurisdicionado, pois em relação aos temas apontados como relevantes, bem como processos envolvendo valores acima de 500 salários mínimos, o recurso não será afastado por ausência deste requisito, o que não significa que obrigatoriamente será conhecido, podendo esbarrar na falta de preenchimento de outros determinações legais, por exemplo a súmula 7 STJ.

Em relação a outras situações jurídicas não incluídas na emenda, o recurso deverá demonstrar a relevância da questão, o que em médio prazo poderá conferir mais qualidade ao sistema, evitando o “recorta e cola”, valorando a argumentação capaz de gerar grau de convencimento.

Ademais, o rol da ementa é exemplificativo. A lei previu que podem ser criadas outras hipóteses pelo legislador, de forma que a comunidade jurídica já se mobiliza para colocar outros temas no aludido filtro, como por exemplo ações coletivas que envolvam direito ambiental.

Importante lembrar que a lei regulamentadora da emenda ainda não foi desenvolvida e deverá dar respostas às elocubrações atuais, estabelecendo regra clara e expressa para, com os outros requisitos, definir as causas que serão levadas ao julgamento pelo STJ.

Contudo, já existe orientação de doutrinadores para que se demonstre desde já a presença da relevância da questão federal nos recursos especiais, pois, embora não se possa exigir o tópico respectivo no recurso em processos anteriores à ementa, quando definida a tese de que determinado assunto é relevante, ela pode ser desde já aplicada aos processos do acervo do STJ.

Encarando o filtro de forma positiva, acredita-se que ele será um instrumento que deverá ser utilizado como porta de entrada para formação de precedentes nos mesmos moldes do STE, cujo reconhecimento da relevância significa a formação de um precedente.

Desta forma, o STJ deve utilizar-se do filtro não apenas para gerenciar a quantidade abusiva de recursos, mas também com a ideia de dar resposta única para questões jurídicas, formando decisões estáveis.

Além disso, alguns doutrinadores defendem que será extinto o recurso especial repetitivo, a exemplo do STE, onde não existe o repetitivo. Na medida em que haverá temas de relevância, o recurso repetitivo perderia o sentido. Porém, tal questão dependerá da lei regulamentadora.

Por fim, acredita-se que o filtro de relevância gerará segurança jurídica, estabilidade econômica, além de desafogamento do STJ, afastando-se a ideia de que a corte superior se trata de um verdadeiro Tribunal Superior de Apelação. O que se espera com isso é um Tribunal mais ágil e eficiente, cujas decisões sirvam com um vetor de conduta definitivo ao jurisdicionado. 



**BRUNA MIRELLA FIORE BRAGHETTO** cursou MBA em Direito Corporativo e Compliance e Pós-Graduada em Processo Civil e Direito Civil pela Escola Paulista de Direito. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Santos. Advogada, Palestrante e Instrutora In company. Autora de artigos e professora convidada para cursos e eventos.

# Carf e o braço de ferro entre empresários e a classe política

POR EDUARDO BONATES

**A** polêmica Medida Provisória que recriou o voto de qualidade no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) e permitiu o desempate das votações a favor do Governo Federal continua gerando atrito entre o Ministro da Fazenda e o empresariado brasileiro. A MP visa aumentar a arrecadação da União, já que estão pendentes de julgamento casos bilionários de grandes companhias.

O Sindicato dos Auditores Fiscais da Receita Federal (Sindifisco Nacional), após apoiar a Medida Provisória 1.160/2023, informou que somente em 2022 o desempate a favor dos contribuintes fez o Governo Federal perder R\$ 25,3 bilhões em receitas.

Os empresários obviamente reagiram e já entregaram ao Ministro da Fazenda, Fernando Haddad, propostas alternativas sobre o voto de qualidade. O Conselho Federal da OAB também apresentou uma ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, com pedido de suspensão imediata da medida. No mês de janeiro, representantes dos empresários também se movimentaram para barrar no Congresso essa MP.

No entanto, para piorar a situação dos contribuintes, o Ministro da Fazenda ganhou um forte apoio após o Fórum dos Governadores divulgar um manifesto em defesa da MP. O ato foi assinado por 21 dos 27 governadores e o principal argumento seria de que o voto de qualidade no Carf supostamente ratificaria o princípio constitucional da supremacia do interesse público sobre o particular.

O Carf já sentiu o tamanho da celeuma e as sessões que deveriam acontecer nos dias 7 a 9 de fevereiro foram suspensas pelo presidente do colegiado. Segundo Carlos Higino Ribeiro de Alencar, a decisão foi tomada para que as negociações entre poderes Executivo, Judiciário e Legislativo sejam finalizadas.

O tamanho dos valores envolvidos, o interesse do Governo Federal em se apossar dessas receitas e entrada em cena dos Governadores (que obviamente visam replicar em seus estados essa MP) nos levam a conclusão de que essa será uma batalha duríssima para os contribuintes. Os empresários precisam fazer trincheiras no STF e no Congresso. Prevejo relâmpagos e trovoadas em Brasília nos próximos meses. ✍️



ARQUIVO PESSOAL

**EDUARDO BONATES** é Advogado especialista em Contencioso Tributário e Zona Franca de Manaus.



# FALAR LIBERTA

**A sua voz pode mudar a história da violência sexual infantil.**

## #NÃOSECALE

**Queremos ouvir você.**

**UMA  
VOZ**

**CHAMA  
OUTRA**