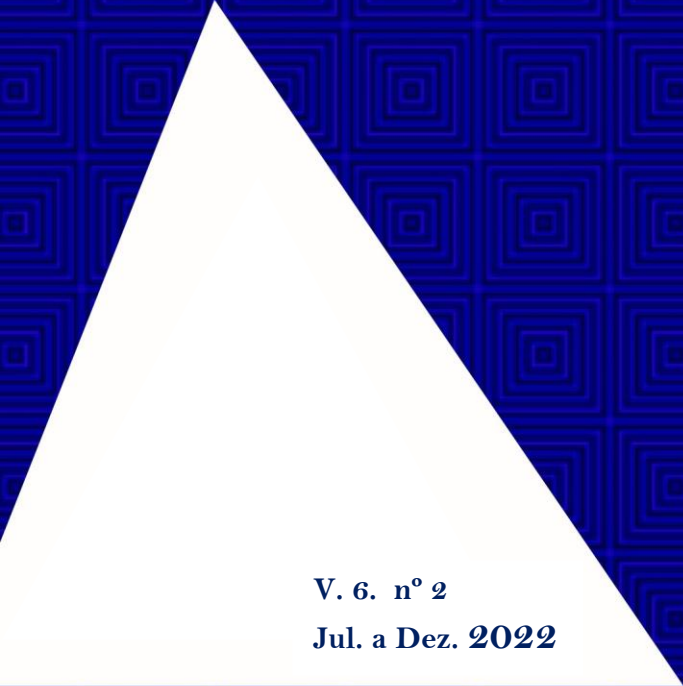
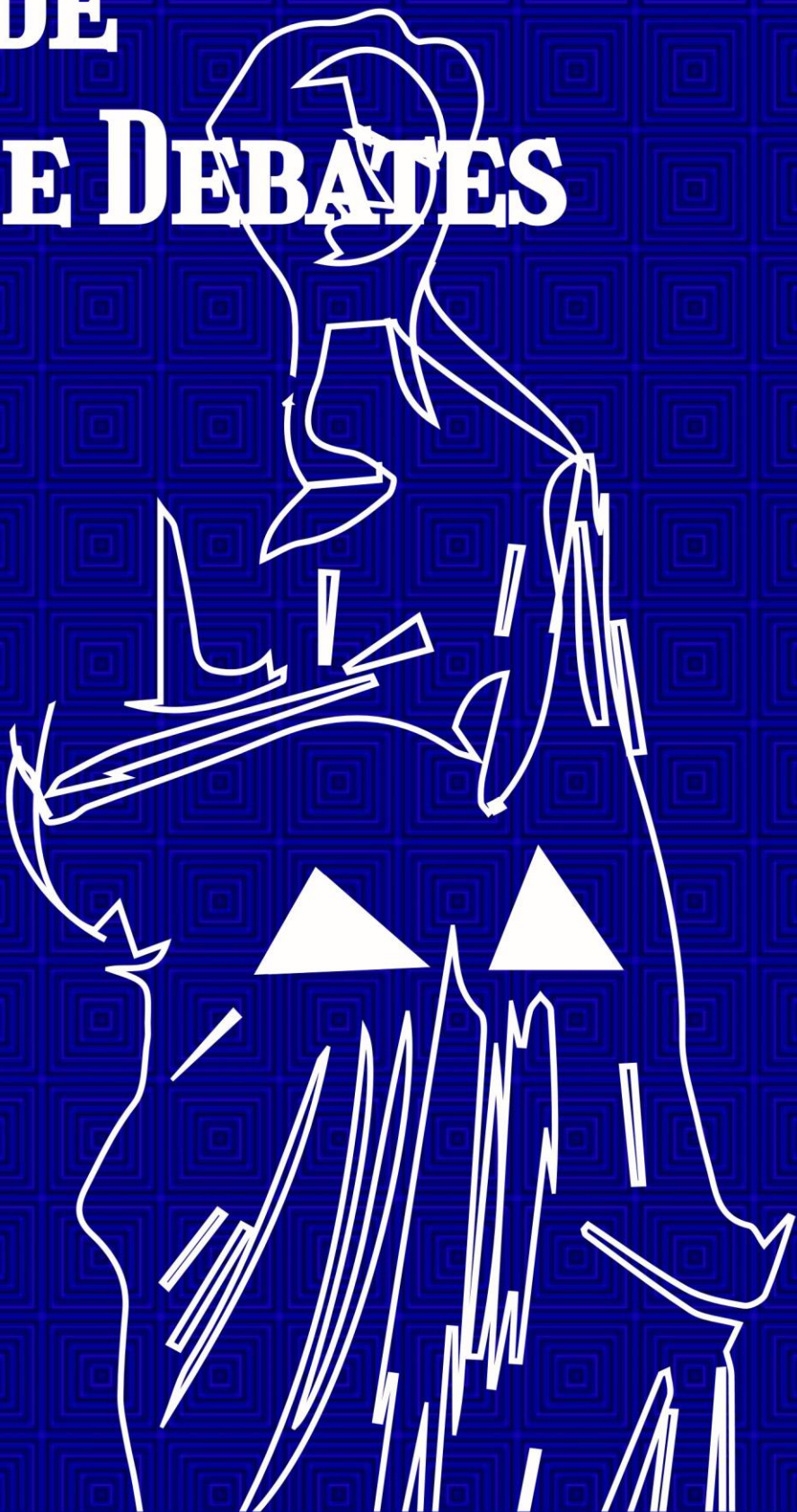


---

# REVISTA DE ESTUDOS E DEBATES



V. 6. nº 2  
Jul. a Dez. 2022



**CEDES**

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

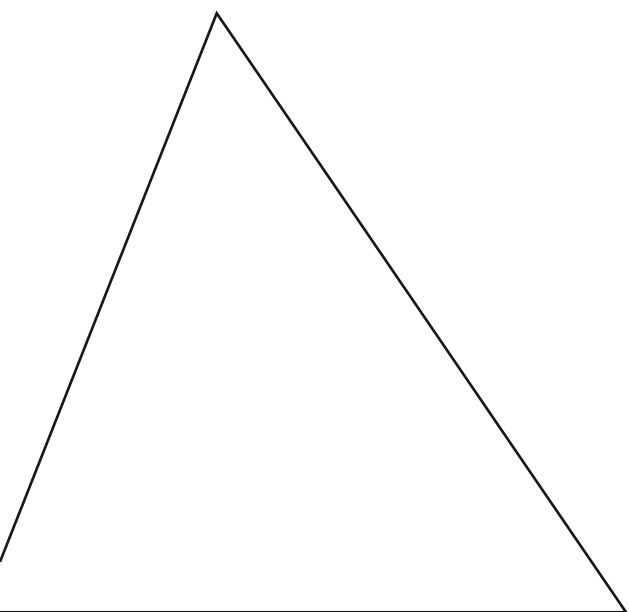
ISSN 2525-2984



---

# REVISTA DE ESTUDOS E DEBATES

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**CEDES**

Centro de Estudos e Debates

## Centro de Estudos e Debates – CEDES – 2022-2023

### Diretor-Geral

Desembargador CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

### Diretor da Área Criminal

Desembargadora MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES (02 a 08/2023)

Desembargador MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA

### Diretor da Área Cível – Direito Público, Direito Privado e Direito Empresarial\*

Desembargador LUCIANO SABÓIA RINALDI DE CARVALHO

### Magistrados integrantes do CEDES

Desembargadora ANA CRISTINA NASCIF DIB MIGUEL

Juiz PAULO ASSED ESTEFAN

Juiz LUIZ ALBERTO CARVALHO ALVES

Juiz GERARDO CARNEVALE NEY DA SILVA

Juiz ANDRÉ RICARDO DE FRANCISCIS RAMOS

Juiz MARCEL LAGUNA DUQUE ESTRADA

Juíza REGINA HELENA FÁBREGAS FERREIRA

Juíza MARIA PAULA GOUVEA GALHARDO

Juíza ANA PAULA NICOLAU CABO

Juiz PAULO MELLO FEIJÓ

Juíza SIMONE DE ARAÚJO ROLIM

Juíza ANA PAULA MONTE FIGUEIREDO PENA BARROS

Juiz GILBERTO DE MELLO NOGUEIRA ABDELHAY JÚNIOR

Juiz MARCOS AUGUSTO RAMOS PEIXOTO

Juiz JOÃO MARCOS DE CASTELLO BRANCO FANTINATO

Juiz LEONARDO DE CASTRO GOMES

Juiz ALBERTO SALOMÃO JUNIOR

Juíza LÚCIA MOTHÉ GLIOCHE

Juiz RUBENS ROBERTO REBELLO CASARA

Juiz ALEXANDRE OLIVEIRA CAMACHO DE FRANÇA

Juíza ANNA ELIZA DUARTE DIAB JORGE

Juiz MARCOS ANTÔNIO RIBEIRO DE MOURA BRITO

Juíza FERNANDA GALLIZA DO AMARAL

Juíza DANIELA BARBOSA ASSUMPÇÃO DE SOUZA

Juíza LUCIANA FIALA DE SIQUEIRA CARVALHO

Juíza MARCIA CORREIA HOLLANDA

Juiz RAFAEL ESTRELA NÓBREGA

Juíza JULIANA KALICHSZTEIN

Juíza SIMONE LOPES DA COSTA

Juiz ALBERTO FRAGA

Juíza ROBERTA BARROUIN CARVALHO DE SOUZA

Juiz BRUNO MONTEIRO RULIÈRE

Juiz DANIEL WERNECK COTTA

Juiz BRUNO ARTHUR MAZZA VACCARI M. MANFRENATTI

Juíza LETÍCIA D'AIUTO DE MORAES FERREIRA MICHELLI

---

\* Diretorias desmembradas por força da Resolução TJ/OE/RJ nº. 10/2023, interinamente ocupadas pelo Des. Luciano Rinaldi, aguardam a nomeação de seus respectivos diretores pela Administração Superior.

**Revista de Estudos e Debates. V. 6 – n. 2**  
**ISSN 2525-2984**

**Capa:**

Laura Pinheiro Design Gráfico

**Diagramação:**

CEDES

**Expediente:**

**Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Estudos e Debates - CEDES

Av. Erasmo Braga, 115, sala 413 - Bloco F – Lâmina I

Centro - 20.026-090 – Rio de Janeiro - RJ

(21) 3133-4407 - [cedes@tjrj.jus.br](mailto:cedes@tjrj.jus.br)

## **Apresentação**

É com grande satisfação e indisfarçável alegria que apresento este editorial, que marca a publicação da **Revista de Estudos e Debates**, primeira em minha gestão como Diretor Geral.

Inicialmente, destaco a minha honra em presidir este Centro de Estudos e Debates, ao qual já me sentia vinculado, até porque o integrei em anos passados, na qualidade de Diretor da Área Cível, sem contar com minha participação enquanto magistrado singular. Portanto, motivos não faltam para expressar a satisfação e a alegria de hoje assumir a direção geral do CEDES.

A equipe dirigente de nosso CEDES, nessa gestão, é composta pelos ilustres Colegas DES. LUCIANO SABÓIA RINALDI DE CARVALHO, na Direção da Área Cível e DES. MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES que, a pedido, foi substituída pelo também brilhante Colega DES. MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA, na Direção da Área Criminal.

Iniciados os trabalhos na atual gestão, detectou-se, primeiramente, a necessidade de adequar a estrutura interna de nosso Centro de Estudos, à estrutura interna recém alterada do Tribunal de Justiça. Verificou-se, ainda, a necessidade de inclusão de estagiários ao nosso quadro de pessoal, possibilitando, assim, uma maior amplitude na área fim, que é relativa a estudos e pesquisas.

Então, foi proposta a alteração da Resolução que instituiu o CEDES (Resolução TJ/OE/RJ 04/2001). A proposta foi aprovada pelo Órgão Especial, restando a estrutura interna do nosso Centro de Estudos assim configurada: Diretor-Geral; Diretor da Área de Direito Privado; Diretor da Área de Direito Público; Diretor da Área de Direito Empresarial e Diretor da Área Criminal. Em complemento, a modificação da resolução referida autorizou que o CEDES passasse a contar em seus quadros com quatro estagiários, sendo dois cedidos pelo Tribunal de Justiça e dois pela Escola da Magistratura – EMERJ.

Estas alterações retratam o espírito empreendedor e dinâmico de nossa atual equipe de trabalho, sempre pensando em engrandecer nosso Centro de Estudos, agregando valores e funcionalidades que permitam o desenvolvimento de um trabalho eficiente e de qualidade, que esteja à altura da grandeza de nosso Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A Revista é consequência desse trabalho, que envolve principalmente os juízes integrantes do CEDES, sempre incansáveis em suas participações. Sem a colaboração dos juízes, esta revista jamais poderia ser editada.

Ademais, darmos à estampa o presente volume da **Revista de Estudos e Debates** é também motivo de orgulho e reconhecimento, que são também os sentimentos de nosso colegiado dirigente: em primeiro lugar porque cada nova edição bem-sucedida da nossa Revista representa a consolidação deste periódico no meio jurídico fluminense; depois porque se constitui como incontestável superação de nossos autores que, com redobrada diligência, estão sempre a operar no limite de suas capacidades, assoberbados pela crescente demanda que oprime Poder Judiciário de nosso Estado.

No presente volume, o **Juiz Marcos Augusto Ramos Peixoto** se debruça sobre o que terá sido, certamente, a mais delicada questão que este Centro de Estudos enfrentou, no âmbito criminal: a do exame da Súmula 70, de nosso Tribunal. Com coragem, munido de sólidos argumentos, o magistrado, que é titular da 37ª Vara Criminal, opina no sentido do cancelamento do referido enunciado, vigente, entre nós, há mais de 20 anos.

Tema aflitivo e de grande alcance social, o **Juiz Marcos Antônio Ribeiro de Moura Brito**, douto titular da 29ª Vara Cível, aborda a questão de uma escolha: a propósito da taxatividade ou da exemplificariade do Rol de Procedimentos em Eventos e Saúde, da Agência Nacional de Saúde (ANS); o magistrado analisa nesse texto os problemas advindos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pela taxatividade e, em seguida, os possíveis efeitos da edição da Lei nº 14.454/2022.

Em texto de cariz teórico, epistemológico e interdisciplinar a **Juíza Marcia Correia Hollanda**, titular da 47ª Vara Cível e insigne coordenadora do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e Ações Coletivas – NUGEPAC, aborda matéria de extrema importância para o estabelecimento da Justiça, a partir do exame do “dever de fundamentação”, mormente a da indispensável necessidade da motivação, a que toda a decisão judicial deve estar adstrita.

O problema do cômputo em dobro do período de pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), a partir de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), foi abordado pelo eminente **Juiz Bruno Monteiro Rulière**; com larga experiência no campo da execução penal, o magistrado nos apresenta o posicionamento das câmaras criminais do TJRJ em extensa pesquisa jurisprudencial.

O **Des. Antonio Carlos Esteves Torres**, com a maestria que lhe é própria, a partir de artigo de autoria de Sua Excelência o Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, publicado em O Globo (“Não se pode calar a alegria de um torcedor”: 27/03/20230), propõe uma análise sociológica a respeito da crescente onda de violência nos estádios de futebol, assinalando o vigilante papel do Poder Judiciário Fluminense, no combate a este fenômeno, que é mundial.

Tendo por horizonte os alarmantes atentados às escolas no Brasil, a douta **Juíza Gracia Cristina Moreira do Rosário**, magistrada Titular da 1ª Vara de Órfãos e Sucessões, defende que uma mudança na Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260/2016), a par de uma redefinição do tipo, concorreria positivamente não apenas para ampliação dos mecanismos de defesa nacional, como também para dissuasão de novas tentativas de crimes dessa espécie.

Finalmente, mas não menos importante, articulistas convidadas encerram a presente edição: a **Conselheira Marianna Montebello Willeman**, que chefiou a nossa Corte de Contas no período 2019-2020, e a **Dra. Sara Jane Leite de Farias**, com rara profundidade, analisam os efeitos do conceito de consensualidade, originado a partir do CPC de 2015, aplicado à seara administrativa, em especial ao campo das licitações e dos contratos.

Certo de que os textos que constituem o presente volume inserem-se magistralmente no projeto editorial que orienta a Revista de Estudos e Debates – o da pluralidade de enfoques que se proponham a visitar os mais variados domínios do direito –, sem esquecer de apresentar nossos agradecimentos aos eminentes autores, que sem ônus ofereceram ao CEDES seus trabalhos, desejo a todos uma proveitosa leitura.

**Des. Carlos Santos de Oliveira**  
Diretor-Geral do CEDES

## SUMÁRIO

- 9 **SOBRE O INDISPENSÁVEL CANCELAMENTO DO ENUNCIADO 70 DA SÚMULA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
*Marcos A. R. Peixoto*
- 22 **A QUESTÃO DA TAXATIVIDADE OU EXEMPLIFICARIEDADE DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS À LUZ DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 14.454/22: PRIMEIRAS IMPRESSÕES**  
*Marcos Antônio Ribeiro de Moura Brito*
- 44 **PROCESSO CONSTITUCIONAL E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL**  
*Marcia Correia Hollanda*
- 63 **AS MEDIDAS PROVISÓRIAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH) EM RELAÇÃO AO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO (IPPS)**  
*Bruno Monteiro Rulière*
- 86 **ESPORTE E VIOLÊNCIA**  
*Antonio Carlos Esteves Torres*
- 91 **A IMPORTÂNCIA DE UMA REDEFINIÇÃO DO REGRAMENTO DA LEI ANTITERRORISMO PARA A SEGURANÇA PÚBLICA**  
*Gracia Cristina Moreira do Rosário*
- 107 **OS DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS COMO PRESSUPOSTO DE APLICAÇÃO DA CONSENSUALIDADE NA NLCC**  
*Marianna Montebello Willeman*  
*Sara Jane Leite de Farias*



## **SOBRE O INDISPENSÁVEL CANCELAMENTO DO ENUNCIADO 70 DA SÚMULA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

*Marcos A. R. Peixoto<sup>1</sup>*

**O** enunciado 70 da Súmula deste Tribunal encontra-se assim redigido:

**“O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.**

Esta redação foi aprovada por unanimidade pelo Órgão Especial junto a outros seis enunciados de natureza penal e processual penal no contexto do Processo de Uniformização de Jurisprudência nº. 2002.203.00001 no ano de 2003, em acórdão publicado em 2004, valendo lembrar que, embora o aresto não traga maiores fundamentações ou subsídios acerca dos debates então travados, o enunciado foi erigido originariamente no contexto das contendas então existentes e depois progressivamente superadas em torno da questão da utilização do policial condutor do flagrante como testemunha quando, para determinados crimes (como o de tráfico de entorpecentes), já havia uma natural dificuldade em arrolar quem, realmente, era testemunha do fato e não um dos envolvidos na abordagem que resultou na prisão.

---

<sup>1</sup> Juiz Titular da 37ª Vara Criminal. Magistrado integrante do Centro de Estudos e Debates - CEDES

Pois bem, primeiramente é importante ressaltar que os depoimentos unicamente de policiais militares devem ser apreciados e considerados sempre com **redobrada cautela** face ao **concreto** risco sempre existente no sentido de que estejam a tentar encobrir eventuais irregularidades com o objetivo de legitimar suas atuações, possuindo, assim, à toda evidência, **direto** interesse no deslinde da ação criminal respectiva.

Não há dúvida que não se pode inquirar os depoimentos de policiais de forma **apriorística** como insinceros, maliciosos, mentirosos (ou coisas piores), porém também é certo que em cada caso concreto há de se aplicar detida, meticulosa análise de seus depoimentos a fim de evitar que o Poder Judiciário corrobore atitudes ilegais dando ensejo a condenações espúrias.

Cumprе salientar que o ora signatário comunga do entendimento no sentido de que “o depoimento de policial é válido como qualquer outro, podendo servir de base para sentença condenatória, mormente quando a Defesa não apresenta no curso da instrução qualquer tipo de prova que possa levar o julgador a desconsiderá-lo” (7ª Cam. Crim. TJERJ, Ap.Crim.2575/2007, acórdão unânime, 27/09/2007, Rel. Des. Geraldo Prado). Entrementes – sobretudo depois de inúmeras e lamentáveis notícias de operações policiais flagrantemente inconstitucionais pelas mais variadas razões – impõe-se a aplicação deste entendimento *cum grano salis*, i.e., com um grão de sal, **cuidadosamente**.

Não por outro motivo, i.e., visando buscar **corroboração externa** aos depoimentos **exclusivos** de policiais, desde 2009, sobretudo em razão do grave incremento na **letalidade** das ações policiais no Estado do Rio de Janeiro (atingindo o mórbido ápice – até este momento – com **1814 mortes no ano de 2019**<sup>2</sup>), a Lei Estadual 5.588/2009 passou a exigir a instalação de câmeras de vídeo nas viaturas policiais, sendo esta lei alterada em 2021 pela Lei Estadual 9.298 que, além disso, passou também a exigir a instalação de câmeras **corporais** para “monitoramento e registro das ações individuais dos agentes de segurança pública” (artigo 1º), o que deixa com a devida vênia **patente** a absoluta fragilidade, mais ainda nos dias atuais, do enunciado 70.

De fato, para que tenhamos o ensejo de formular decretos condenatórios com base na comprovação feita em cada processo **acima de qualquer dúvida razoável** que pudesse conduzir à absolvição, mostra-se **indispensável**, de modo a subtrair das mãos exclusivas de policiais o poder quase que absoluto de condenar seja lá quem eles quiserem (um desafeto? Um rival? Um mero desconhecido simplesmente porque é pobre, preto, morador de comunidade

---

<sup>2</sup> Dados contidos na publicação Segurança Pública em Números 2020, do Instituto de Segurança Pública, autarquia vinculada diretamente à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Rio de Janeiro, disponível em [http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp\\_imagens/Uploads/SegurancaemNumeros2020.pdf](http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/SegurancaemNumeros2020.pdf). Acesso em 11/07/2023.

carente e estava no local errado na hora errada?), que haja um **mínimo de corroboração externa** aos depoimentos, ou seja, que não nos atenhamos a aferir **somente** a congruência interna, i.e., a **fiabilidade** dos testemunhos – muito fácil de ser atingida, diga-se de passagem, bastando, v.g., que releiam antes da audiência os termos do Registro de Ocorrência ou seus depoimentos em Delegacia – mas, isto sim, venham os depoimentos respaldados em **prova outra**, mínima que seja, que não eles próprios em um verdadeiro círculo vicioso de retro-corroborações internas à própria instituição policial – aquilo que Marcelo Semer<sup>3</sup> bem designou como “prova ancorada”, qual seja, aquela que sempre retorna ao mesmo ponto de ancoragem, à mesma origem, i.e., o **próprio policial**, seja ao seu testemunho, ao reconhecimento do réu pelo policial, à confissão do acusado colhida pelo policial, etc.

**Fiabilidade e corroboração** são, exatamente, as duas pedras de toque para a análise adequada, sob o prisma da melhor epistemologia jurídica, de informações prestadas por informantes ou testemunhas de modo a verificar sua aptidão a uma condenação, valendo lembrar as palavras de José Luis Ramírez Ortiz (em tradução livre):

(...) a aptidão probatória de um relato não se pode verificar nem contrastar tomando por base o próprio relato; essa verificação há de encontrar apoio em elementos externos.<sup>4</sup>

Também esta é a lição de Vitor de Paula Ramos em livro especificamente voltado para a análise epistêmica da prova testemunhal:

(...) não se pode, como faz o Direito, simplesmente presumir que tudo o que diz a testemunha é verdadeiro, salvo prova em contrário. Afinal, a adoção de uma versão presuntivista do testemunho acaba por afastar o Direito de uma busca pela verdade rigorosa, colocando para dentro do processo uma série de “conhecimentos” sem qualquer qualidade epistêmica verificada ou verificável.

---

<sup>3</sup> SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019.

<sup>4</sup> No original: “(...) la virtualidad probatoria de un relato no puede verificarse ni contrastarse sobre la base del mismo relato; esa verificación ha de encontrar apoyo en elementos externos” – ORTIZ, José Luis Ramírez. *El testimonio único de la víctima em el proceso penal desde la perspectiva de género*, p. 40. Disponível em <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/download/22288/26046>. Acesso em 18/06/2019.

Partindo-se de uma lógica não presuntivista do testemunho, a valoração da prova testemunhal deverá dar-se sempre em cotejo com as demais provas dos autos(...).<sup>5</sup>

E mais à frente prossegue:

Feita a valoração individual da prova testemunhal, com efeito negativo, o seu valor não pode jamais ser avaliado individualmente, devendo tal prova sempre ser cotejada com os demais elementos probatórios dos autos, quando presentes, a fim de que os fatos narrados sejam, quando possível, confirmados. Tudo mediante critérios de valoração racional. Quando não houver possibilidade de confirmação daquilo que é dito pela testemunha, entretanto, a confiabilidade da informação obtida será baixíssima, uma vez que não se poderá ter qualquer forma de controle seguro a respeito(...).<sup>6</sup>

No entanto, como sustenta Janaina Matida,

o estado atual de coisas reflete radical desprezo a considerações como estas. Para ser mais exata, uma ida às decisões judiciais dos tempos atuais nos mostra que a presunção de veracidade do que o policial afirma ter ocorrido desempenha papel de destaque na determinação dos fatos. A conhecida súmula 70, formulada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pretende exatamente cristalizar esse entendimento, apaziguando eventuais questionamentos quanto à sua suficiência probatória para as decisões condenatórias.<sup>7</sup>

Conforme afirma Salo de Carvalho,

---

<sup>5</sup> RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 135

<sup>6</sup> *Idem*. Op. cit., p. 136

<sup>7</sup> MATIDA, Janaina. “O valor probatório da palavra do policial”. No prelo.

se no plano ideal e abstrato a Súmula 70 do TJERJ poderia estar em harmonia com a principiologia que instrumentaliza a forma de atuação da administração pública, marcada pelos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, no plano real e concreto pode produzir distorções e legitimar atos opostos a sua perspectiva racionalizadora.<sup>8</sup>

Perceba-se que aqui **não** se afirma peremptoriamente que policiais ouvidos em Juízo **necessariamente** faltarão com a verdade. De modo algum. É da grave **possibilidade** da mentira conjugada à **absoluta inviabilidade** de sua aferição através de elementos outros que não aqueles próprios testemunhos (a chamada **falseabilidade**) que decorre a dúvida a tornar impositivo o cancelamento do enunciado 70.

Nas palavras, novamente, de Salo de Carvalho,

não se quer, repita-se, generalizar a desconfiança a todos os relatos policiais prestados em juízo. Como se sabe, existem policiais militares dignos e que resistem às situações de violência e às práticas corruptivas. No entanto, os dados concretos do cotidiano das instituições policiais apresentados igualmente não permitem uma generalização da conclusão oposta, ou seja, não permitem que se tenha como máxima indiscutível a credibilidade dos depoimentos policiais, como acaba acontecendo no momento em que a Súmula 70 é incorporada acriticamente nos procedimentos judiciais.<sup>9</sup>

Estamos já há duas décadas em pleno século XXI, ou seja, quase um quarto do século já se foi. Todos os cidadãos de classe média possuem aparelhos de telefonia celular capazes de fazer gravações e, se não se pode, por evidente, exigir que policiais, em meio a diligências naturalmente tensas e por vezes altamente conturbadas, saquem de seus celulares para fotografar ou filmar suspeitos ou agressores, já passou da hora de se instrumentalizar as polícias de modo a

---

<sup>8</sup> CARVALHO, Salo. “Depoimentos Policiais e Regras de Experiência no Juízo de Tipicidade dos Crimes dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06: o caso Rafael Braga”. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-rafael-braga.pdf>>. Acesso em 02/04/2020.

<sup>9</sup> CARVALHO, Salo. Op. Cit.

que **todas** as suas intervenções sejam **gravadas**, bastando a adaptação de câmeras aos uniformes policiais de maneira que ao menos um agente de cada guarnição esteja assim preparado para filmar toda a diligência.

É isto ou permanecer indefinidamente no mesmíssimo *status quo* probatório do século XIX, agora piorado já que policiais militares brasileiros infelizmente sujeitam-se aos mais variados revezes e perigos, sendo lamentavelmente uma das polícias no mundo que mais mata e **morre**, tudo isto para produzir provas epistemologicamente inconsistentes e insuficientes de forma a ensejar a condenação de eventuais criminosos com certeza processual minimamente respaldada em prova isenta.

Não por outras razões tem o **Supremo Tribunal Federal** travado uma verdadeira (e **inacreditável**, porque **inaceitável**) queda de braços com o Governo do Estado do Rio de Janeiro na ADPF 635/RJ visando a implantação de câmeras corporais em **todos** os Batalhões da Polícia Militar, sendo um dos últimos movimentos dessa disputa a divulgação de cronograma, pelo Estado, para cumprimento da ordem judicial, em meio ao Plano Estadual de Redução de Letalidade em Decorrência de Intervenção Policial objeto do Decreto Estadual 48.272/22.

De fato, nos embargos declaratórios opostos à decisão liminar referendada em Plenário na ADPF 635/RJ decidiu o **Supremo Tribunal Federal**, em fevereiro de 2022 (o que foi cumprido somente **em parte** pelo Estado do Rio de Janeiro até este momento),

por maioria e nos termos do voto do Relator, considerando que a legislação estadual vai ao encontro da pretensão da parte requerente, deferir o pedido constante do item “j” da petição inicial, para determinar que o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos, vencidos os Ministros André Mendonça e Nunes Marques.

Mais recentemente, a seu turno, a 6ª Turma do **Superior Tribunal de Justiça**, no corpo do aresto proferido, por unanimidade, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 742112/SP, teve o ensejo de dispor (grifei):

Por último, quanto à palavra do policial, cabe dizer o seguinte. Muito embora não haja óbice a que o testemunho policial seja elevado a elemento probatório, claro está que sobre ele, assim como qualquer outra declaração, pesa a necessidade de ser **corroborado por elementos independentes** que apontem no mesmo sentido. Não é porque um policial alega que *p* ocorreu que a justiça criminal deva, automática e acriticamente acreditar que *p* é verdadeiro.

O mesmo **Superior Tribunal de Justiça** fez constar, ainda mais recentemente através de sua 5ª Turma, de forma expressa na ementa do acórdão lavrado no Agravo em Recurso Especial 1.936.393/RJ (grifei):

*Omissis*

2. O testemunho prestado em juízo pelo policial deve ser valorado, assim como acontece com a prova testemunhal em geral, conforme critérios de **coerência interna, coerência externa e sintonia com as demais provas dos autos**, não atendidos na hipótese. Inteligência dos arts. 155 e 202 do CPP.

*Omissis*

Esse processo, originado na 2ª Vara Criminal da Comarca de São João de Meriti com o número 0087737-72.2019.8.19.0001, poderia bem ser tomado como **paradigmático** em torno do necessário cancelamento do enunciado 70. Nele, em primeiro grau de jurisdição o colega juiz proferiu sentença absolvendo o denunciado quanto às imputações das práticas dos injustos penais previstos nos artigos 33 *caput* e 35 *c/c.* 40, VI, da Lei nº 11.343/2006 após minuciosa análise da prova coligida, sustentando no contexto daqueles autos em sua sentença proferida em dezembro de 2019 a seguinte passagem:

Finda a instrução criminal, em análise aos depoimentos prestados em Juízo, verifico que não se demonstraram aptos a comprovar os fatos narrados na denúncia, deixando de corroborar a acusação formulada pelo Ministério Público, impossibilitando a expedição

de um decreto condenatório em desfavor do acusado. Sendo assim, **diante do depoimento prestado pelos policiais militares em Juízo pairou uma dúvida razoável quanto a autoria delitiva.**

Não contentando-se com a sentença absolutória, recorreu o Ministério Público sendo o processo distribuído à 2ª Câmara Criminal de nosso Tribunal que, **expressamente referindo-se ao enunciado 70**, deu provimento, por maioria, ao apelo em março de 2021 mediante aresto assim ementado (grifei):

APELAÇÃO. Artigos 33 e 35, c/c 40, VI, todos da Lei 11.343/06. Absolvição, com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Condenação nos termos da denúncia.

1. Induvidosas a materialidade e a autoria do crime de tráfico ilícito de drogas, demonstradas pelas provas técnicas acostadas aos autos, bem como pela segura prova oral produzida. Os relatos dos policiais militares responsáveis pelo flagrante, foram uníssonos no sentido de que estavam em operação, em local dominado pela facção criminosa comando vermelho, quando prenderam o acusado, que apontou aonde estavam as drogas. As condições da prisão, assim como a diversidade, natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, 260 pinos de pó branco, com as inscrições "Favelinha da Linha R\$ 5, 15 e 30", contendo 100g de cannabis sativa l, deixaram evidente sua destinação de mercancia, estando as drogas embaladas, prontas para a venda. O fato de as drogas não estarem nas mãos do réu, não enseja o descrédito dos policiais e consequente absolvição, até porque foi o próprio réu quem apontou o local em que elas estavam. **Os depoimentos dos policiais não podem ser desconsiderados para fins de embasar a condenação, quando não se aponta qualquer irregularidade ou ilegalidade capaz de infirmá-los, em conformidade com a Súmula nº 70, do TJRJ.** Desta forma, a condenação do acusado



pelo crime do artigo 33, caput, da Lei Antidrogas é medida que se impõe.

2. Para a configuração do crime previsto no artigo 35, da Lei 11.343/06, é necessário que se demonstre, de forma cabal, que há associação do acusado com outros agentes com o escopo de traficar drogas, em caráter estável e permanente. Não restou comprovado que o recorrente estava associado a outros indivíduos para o tráfico de drogas. É possível que estivesse, mas não houve certeza dessa associação.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(0087737-72.2019.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). KÁTIA MARIA AMARAL JANGUTTA - Julgamento: 28/07/2020 - SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL)

A Defensoria Pública, depois disto, interpôs Recurso Especial em favor do acusado, inadmitido inicialmente, isto em abril de 2021, contra o que opôs Agravo que então seguiu ao Superior Tribunal de Justiça.

Já naquela Corte superior foi, pela sua Quinta Turma, conferido integral provimento ao Agravo em Recurso Especial em magnífico acórdão, como dito, relatado pelo Min. Ribeiro Dantas e cuja ementa em seu inteiro teor é a seguinte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE NOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO EM FLAGRANTE. DESATENDIMENTO AOS CRITÉRIOS DE COERÊNCIA INTERNA, COERÊNCIA EXTERNA E SINTONIA COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. DESTAQUE A VISÃO MINORITÁRIA DO MINISTRO RELATOR QUANTO À IMPOSSIBILIDADE DE A CONDENAÇÃO SE FUNDAMENTAR EXCLUSIVAMENTE NA PALAVRA DO POLICIAL. UNANIMIDADE, DE TODO MODO, QUANTO À NECESSIDADE DE ABSOLVIÇÃO DO

RÉU. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE RESTAURAR A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.

1. Os depoimentos judiciais dos agentes policiais que efetuaram a prisão do réu em flagrante apresentam inconsistências, detectadas pela sentença absolutória, que não foram adequadamente ponderadas no acórdão recorrido.

2. O testemunho prestado em juízo pelo policial deve ser valorado, assim como acontece com a prova testemunhal em geral, conforme critérios de coerência interna, coerência externa e sintonia com as demais provas dos autos, não atendidos na hipótese. Inteligência dos arts. 155 e 202 do CPP.

3. Ressalta-se a visão minoritária do Ministro Relator, acompanhada pelo Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, segundo a qual a palavra do agente policial quanto aos fatos que afirma ter testemunhado o acusado praticar não é suficiente para a demonstração de nenhum elemento do crime em uma sentença condenatória. É necessária, para tanto, sua corroboração mediante a apresentação de gravação dos mesmos fatos em áudio e vídeo.

4. Embora não tenha prevalecido no julgamento essa compreensão restritiva do Ministro Relator sobre a necessidade de corroboração audiovisual do testemunho policial, foi unânime a votação pela absolvição do réu, por insuficiência de provas, na forma do art. 386, V e VII, do CPP.

5. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de restaurar a sentença absolutória.

No corpo de seu, repito, brilhante voto adotado como acórdão, o Min. Ribeiro Dantas após traçar considerações iniciais em torno da controvérsia assim delimitando-a, passando à análise abstrata do depoimento de policiais e sua confiabilidade objetiva inicia por apontar aspectos do que intitulou em subitem específico do aresto como “brutalidade policial, letalidade e tortura no Brasil”, salientando em seguida dificuldades epistêmicas do testemunho policial,

ressaltando adiante o aspecto envolvendo a presunção de não culpabilidade e a inversão do ônus da prova gerado por tais testemunhos, enfrentando depois disto o tema dos sistemas de valoração da prova, justificação racional das decisões e *standards* probatórios até alcançar o que chamou de “análise racional da hipótese acusatória amparada no testemunho policial com os critérios propostos” onde, dentre outras passagens, podemos ler a que segue:

(...) não significa dizer, evidentemente, que acredito que a polícia mente e falsifica provas na maioria dos casos; penso, como disse antes, que se trata de uma situação relativamente incomum. No entanto, não é possível desconsiderá-la como irrelevante ou como uma simples fantasia do acusado, porque a brutalíssima estrutura policial de nosso país cria, pelo menos, um risco objetivo considerável de que isso aconteça.

E prossegue (grifo no original):

De toda maneira, o maior problema da condenação fundada somente no depoimento policial encontra-se no terceiro critério – o da **falseabilidade**.

Se afirmamos que a condenação pode buscar espeque unicamente em tal testemunho, afirmamos, na prática, que o depoimento policial é presumido verdadeiro, cabendo ao réu provar sua falsidade, e isso já foi bem explicado acima. O problema é que, na absoluta maioria dos casos, será simplesmente impossível para o acusado inocente provar uma eventual mentira dos policiais que o tenham acusado injustamente.

Formula o magistrado então a seguinte indagação: “o que um acusado inocente pode fazer para demonstrar que foi vítima de uma armação, ou que é mentiroso o depoimento dos policiais que o acusam?”. E dá a resposta (grifei):

(...) para basicamente todos os réus do país, é um sonoro “**nada**”: o acusado será condenado e, mesmo inocente, será trancafiado no

cárcere, provavelmente terá de aderir a uma organização criminosa para sobreviver à dura realidade da prisão e verá destruídos todos os projetos de vida que construiu até então. Sem a apresentação de provas adicionais no processo por parte da acusação, é impossível que a defesa encontre alguma linha investigativa para que possa apurar a conduta dos policiais, até porque nenhum juiz lhe concederá, exemplificativamente, um mandado de busca e apreensão para verificar se o quartel a que são vinculados os policiais dispõe dos famosos “kit flagrante” ou similares.

Temos juízes experientes com anos de profissão e, porque não dizer, de **aprendizados** diários no exercício da judicatura. E todos, absolutamente **todos** (tenho certeza) já deparamo-nos com policiais que deliberadamente, pelas mais variadas e recônditas razões, mentiam e, por mera sorte (do acusado), com um deslize aqui, outro ali, da parte deles ou de ao menos um deles, conseguimos perceber o embuste. Ocorre que a boa ou má sorte de denunciados num processo penal democrático orientado pela melhor epistemologia jurídica não pode ficar relegada à ocorrência ou não do tal deslize da parte de um policial corrupto, ou a um ou outro promotor mais atento na produção da prova munido da verdadeira missão de fazer Justiça (e não meramente produzir condenações), ou a magistrados que optam por esmiuçar os testemunhos para tentar encontrar falhas – as quais mesmo assim não encontrarão sendo o teatro bem montado e ensaiado, sendo ilusório (para não usar palavra mais forte) pensar o contrário.

Um processo penal democrático orientado pela melhor epistemologia jurídica **impõe** que, para fazermos verdadeiramente **Justiça** não nos contentemos com tão pouco nem com tamanho risco, contribuindo os magistrados, não bastasse a produção em série de condenações injustas, de maneira decisiva não só para o hiperencarceramento, como para fornecer mão de obra barata às organizações criminosas, pois se um culpado pela prática de tráfico fatalmente, na grande maioria das situações, já estava vinculado a uma ou outra organização ilícita ainda que de maneira tênue e não estável, o inocente lançado ao cárcere **forçosamente** terá de optar por uma delas, passando a integrar todo o jogo de extorsões, chantagens e outros tantos ilícitos que daí decorrem, inclusive envolvendo a família do injustamente condenado.

Em suma, com a devida vênia, ao contrário do quanto firmado no enunciado 70, paulatinamente as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal vão se orientando no sentido de que o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de

autoridades policiais e seus agentes **desautoriza** a condenação não havendo, além de **fiabilidade** e **coerência interna**, também **corroboração externa** a tais testemunhos de modo a que se possa entendê-los em sintonia com **outras provas** dos autos que não somente aqueles próprios depoimentos que, desta feita, passam a ser **falseáveis** pelo próprio Estado, inclusive sob pena da configuração de **perda de uma chance probatória**, preponderando o *in dubio pro reo*.

Vale ressaltar alfim que ao se adotar o entendimento aqui exposto **pouco ou nada mudará na prática forense criminal** no seguinte sentido: magistrados, no exercício de seu mister, continuarão a analisar as provas produzidas em processos criminais com a devida atenção para, em seguida, fundamentadamente decidirem, no mérito, quanto à procedência total, parcial ou improcedência das pretensões condenatórias deduzidas em Juízo seja pelo Ministério Público, seja por querelantes, evitando-se, tão somente, que seja utilizado o enunciado 70 como **argumento de autoridade** de ordem meramente retórica e ao mesmo tempo falaciosa já que incondizente com a mais elementar realidade fática: autoridades policiais e seus agentes lamentavelmente podem mentir, pelos mais variados motivos, e nem sempre tal fator será perceptível ao mais cuidadoso, atento e experiente dos magistrados, logo, suas exclusivas palavras não podem ensejar condenações gerando, de per si, uma grave inversão do ônus probatório, submetendo réus a uma prova quase diabólica no sentido de que **não** praticaram o que afirmam os policiais que, de forma evidente e insofismável, possuem interesse direto em sustentar as idoneidades, legitimidades, legalidades e constitucionalidades de suas próprias ações, inclusive sob pena de responderem pela prática de ilícitos penais e administrativos com risco de perda do cargo.

De todo o exposto, sem perder de vista o dever de coerência e integridade da jurisdição, não parecendo razoável que súmula de Tribunal estadual afronte a mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, passados vinte anos desde a aprovação pelo Órgão Especial do enunciado 70 de sua Súmula, impõe-se, com a devida vênia, a **superação** (*overruling*) do entendimento, com o seu **cancelamento**.

**A QUESTÃO DA TAXATIVIDADE OU EXEMPLIFICARIEDADE DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS À LUZ DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 14.454/22: PRIMEIRAS IMPRESSÕES**

Marcos Antônio Ribeiro de Moura Brito<sup>1</sup>

**Introdução**

O presente artigo, dados os limites e objetivos a que se propõe, não pretende esgotar ou aprofundar a questão relativa à natureza *taxativa* ou *exemplificativa* do *Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde*, regulamentado pela Agência Nacional de Saúde - ANS<sup>2</sup>; o seu escopo é bem mais modesto, visando apenas promover uma revisão do que recentemente ocorreu nessa matéria, mormente à vista da promulgação da Lei nº 14.454/22.

Por esse motivo, optei por apresentar as minhas primeiras impressões sobre o tema, detendo-me no modo pelo qual o assunto foi tratado na Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS, nos Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nº 1.886.929 e nº 1.889.704 e na Lei nº 14.454/22, sempre com menção aos mais recentes julgados do *Superior Tribunal de Justiça* e do *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* que abordaram a controvérsia.

Com isso, espero ser capaz de, mesmo que em pequena medida, colaborar com os debates que naturalmente serão travados acerca desse tópico.

---

<sup>1</sup> Juiz Titular da 29ª Vara Cível. Magistrado integrante do Centro de Estudos e Debates - CEDES

<sup>2</sup> Atualmente se encontra em vigor a Resolução Normativa- RN nº 465/21, que atualizou o referido rol.

### *Recapitulando fatos de interesse*

Como cediço, o alcance do *Rol de Procedimentos em Eventos e Saúde*, juntamente com as controvérsias referentes aos reajustes de mensalidades, constituem o fator mais significativo quando se trata da judicialização da saúde suplementar.

A despeito disso, o tema era pacífico nos tribunais porque o *Superior Tribunal de Justiça*, por suas Turmas de Direito Privado, cristalizara o entendimento de que se tratava de rol meramente exemplificativo, o que acarretava, como efeito cascata, a adoção desse entendimento pelas Instâncias Ordinárias.

Entretanto, o Tribunal da Cidadania, por sua Colenda 4ª Turma, em 10 de dezembro de 2019, passou a considerar como taxativo o referido rol, decisão tomada nos autos do Recurso Especial nº 1.733.013/PR.

Abriu-se, a partir de então, uma divergência entre as 3ª e 4ª Turmas do *Superior Tribunal de Justiça*, posto que a primeira manteve a jurisprudência anterior, controvérsia que acabou desembocando no julgamento dos Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nº 1.886.929 e nº 1.889.704, por meio dos quais a Segunda Seção concluiu que a natureza do referido rol de procedimentos era a da *taxatividade mitigada*.

Entre os julgamentos do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, ocorrido em dezembro de 2019, e dos Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nº 1.886.929 e nº 1.889.704, datados de 08 de junho de 2022, a *Agência Nacional de Saúde – ANS* editou a Resolução Normativa – RN nº 465, de 24 de fevereiro de 2021, que expressamente declarou a taxatividade do rol, em seu artigo 2º, *verbis*:

“Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde”.

Finalmente, em 21 de setembro de 2022, foi promulgada a Lei nº 14.454/22, tratando exatamente do tema, e aparentemente em contradição ao que foi disposto pela ANS e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

*Das conclusões do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nº 1.886.929 e nº 1.889.704 face aos termos da Lei nº 14.454/22 no que tange à taxatividade ou exemplificabilidade do rol de procedimentos da ANS*

Considerando a extensão dos julgados e a brevidade que deve comandar estes apontamentos, dispense-me de transcrevê-los na íntegra e contento-me com reproduzir os seguintes trechos de sua ementa:

“10. Diante desse cenário e buscando uma posição equilibrada e ponderada, conforme o entendimento atual da Quarta Turma, a cobertura de tratamentos, exames ou procedimentos não previstos no Rol da ANS somente pode ser admitida, de forma pontual, quando demonstrada a efetiva necessidade, por meio de prova técnica produzida nos autos, não bastando apenas a prescrição do médico ou odontólogo que acompanha o paciente, devendo ser observados, prioritariamente, os contidos no Rol de cobertura mínima. Deveras, como assentado pela Corte Especial na esfera de recurso repetitivo, REsp n. 1.124.552/RS, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. Ressaltou-se nesse precedente que: a) não é possível a ilegítima invasão do magistrado em seara técnica à qual não é afeito; b) sem dirimir a questão técnica, uma ou outra conclusão dependerá unicamente do ponto de vista do julgador, manifestado quase que de forma ideológica, por vez às cegas e desprendido da prova dos autos; c) nenhuma das partes pode ficar ao alvedrio de valorações superficiais” (sublinhei).

“11. Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com



tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS (sublinhei).

Percebe-se que, de acordo com o que foi decidido, o rol é, em regra, *taxativo*, de modo que a operadora de plano ou seguro saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista. Excepcionalmente, *será possível a cobertura indicada pelo médico-odontólogo assistente, desde que: a) não exista substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS; b) a incorporação do procedimento indicado não tenha sido expressamente indeferida pela ANS; c) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; d) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais e estrangeiros; e e) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área de saúde.*

Importante assinalar que, pelos termos da redação, os requisitos possibilitadores da *excepcional* admissão da cobertura de tratamento não previsto no *rol* da ANS são *cumulativos*,

ou seja, devem estar todos presentes para que se possa reconhecê-la, assunto que retomarei mais adiante.

### ***Da superveniência da Lei n° 14.454, de 21 de setembro de 2022***

A Lei n° 14.454, de 21 de setembro de 2022, publicada na referida data, a partir da qual passou a ter vigência (art. 3º), acresceu os parágrafos 12 e 13 ao artigo 10 da Lei n° 9.656/98, *verbis*:

§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais”. (NR)

Com a superveniência da Lei n° 14.454/2022, foi suscitada, perante a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, *Questão de Ordem* no Recurso Especial n° 1.882.957/SP, da relatoria da Eminente Ministra Nancy Andrichi, com vistas à instauração de Incidente de Assunção de Competência para que se estabelecesse uma orientação acerca das consequências decorrentes da alteração legislativa, mas a questão foi rejeitada ao fundamento de que a matéria há de ser submetida a debates, fazendo-se necessário um entendimento firme e sedimentado, nos termos do § 4º do artigo 927 do Código de Processo Civil. Faço notar que, durante o julgamento,

foi ventilado que a mudança legislativa teria estabelecido a natureza *exemplificativa mitigada* do rol (informativo nº 764, de 28 de fevereiro de 2023).

Nos autos do Recurso Especial nº 2.019.618/SP, da 3ª Turma, o *Superior Tribunal de Justiça* parece indicar que a Lei nº 14.454/22 instituiu um *rol exemplificativo* com condicionantes.

Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. OBRIGAÇÃO DE A OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE CUSTEAR MEDICAMENTO IMPORTADO NÃO REGISTRADO NA ANVISA. ATENDIMENTO AO CONCEITO DE SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIAS (SBE) DO ROL TAXATIVO MITIGADO E DO ROL EXEMPLIFICATIVO COM CONDICIONANTES. TEMA 990. APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) ENTRE A HIPÓTESE CONCRETA DOS AUTOS COM A QUESTÃO DECIDIDA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL DA CLÁUSULA CONTRATUAL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 16/09/2019, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 23/11/2021 e atribuído ao gabinete em 25/08/2022.
2. O propósito recursal consiste em decidir sobre (i) a obrigação de a operadora de plano de saúde custear medicamento importado para o tratamento da doença que acomete a beneficiária, o qual, não consta no rol da ANS e, apesar de não registrado pela ANVISA, possui autorização para importação; e (ii) o cabimento da compensação por dano moral.
3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.
4. A prescrição do tratamento medicamentoso pelo médico assistente da beneficiária-recorrida está amparada no conceito de

saúde baseada em evidências - SBE, em consonância seja com a tese da taxatividade mitigada do rol da ANS, firmada pela Segunda Seção, no julgamento dos EREsp 1.886.929/SP e dos EREsp 1.889.704/SP (DJe 03/08/2022), seja com a tese do rol exemplificativo com condicionantes, da Lei nº 14.454/2022.

5. Segundo o entendimento consolidado pela 2ª Seção no julgamento do REsp 1.712.163/SP e do REsp 1.726.563/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos, "as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA" (Tema 990 - julgado em 01/09/2020, DJe de 09/09/2020).

6. A autorização da ANVISA para a importação do medicamento para uso próprio, sob prescrição médica, é medida que, embora não substitua o devido registro, evidencia a segurança sanitária do fármaco, porquanto pressupõe a análise da Agência Reguladora quanto à sua segurança e eficácia, além de excluir a tipicidade das condutas previstas no art. 10, IV, da Lei 6.437/77, bem como nos arts. 12 c/c 66 da Lei 6.360/76.

7. Necessária a realização da distinção (*distinguishing*) entre o entendimento firmado no precedente vinculante e a hipótese concreta dos autos, na qual o medicamento (PURODIOL 200mg/ml) prescrito à beneficiária do plano de saúde, embora se trate de fármaco importado ainda não registrado pela ANVISA, teve a sua importação autorizada pela referida Agência Nacional, sendo, pois, de cobertura obrigatória pela operadora de plano de saúde.

8. A orientação adotada pela jurisprudência desta Corte é a de ser possível, em determinadas situações fáticas, afastar a presunção de dano moral na hipótese em que a recusa de cobertura pelo plano de saúde decorrer de dúvida razoável na interpretação do contrato, por não configurar conduta ilícita capaz de ensejar o dever de compensação.

9. Hipótese em que a atuação da operadora esta revestida de aparente legalidade, a afastar a ocorrência do ato ilícito caracterizador do dano moral.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp n. 2.019.618/SP, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 29/11/2022, DJe de 1/12/2022).

Ao que tudo indica, o *Superior Tribunal de Justiça* vai se encaminhando no sentido de que o rol, com a nova lei, passou a ser *exemplificativo mitigado* ou *com condicionantes*.

O *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, por seu turno, tem decidido que o rol é exemplificativo:

Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer. Decisão agravada deferitória da tutela de urgência para determinar que o Réu autorize e custeie o procedimento cirúrgico para transplante bilateral de pulmão. Manutenção. Agravado diagnosticado com fibrose pulmonar progressiva. Laudo médico atestando a necessidade e urgência do procedimento. Presença dos requisitos do artigo 300 do CPC.

1. À luz da Lei nº 14.454/2002, o rol de procedimentos e medicamentos da ANS é uma listagem de cobertura mínima obrigatória para os planos de saúde, não havendo que se falar em rol taxativo. O rol é exemplificativo.

2. O Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu art. 47, que "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor", sendo que o art. 51, em seus incisos IV e XV, considera nulas de pleno direito, as cláusulas que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade" e que "estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor". Súmula 340, TJRJ.

3. Havendo cobertura contratual para a doença, considera-se abusiva a restrição ou limitação de procedimentos, tratamentos médicos, número de sessões, ou meios indicados pelo médico da parte, sendo dele a prerrogativa de escolher o método ou técnica adequados para o tratamento do paciente.

4. Na perspectiva das relações consumeristas, é ônus das operadoras de saúde a comprovação da ineficácia do tratamento ou procedimento prescrito por médico, ou, a inexistência de recomendações pela CONITEC ou de, ao menos, um órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais, tudo conforme disposto no art. 10, § 13, I e II da Lei 14.454/2022.

5. Multa aplicada de forma correta, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Súmulas 210 e 340 do TJRJ.

6. Precedentes deste Tribunal

7. Desprovimento do recurso.

(0029928-88.2023.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO - Julgamento: 22/06/2023 - DECIMA NONA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 25ª Câmara Cível)

APELAÇÃO CÍVEL. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO "LECTRUM". SENTENÇA QUE CONFIRMOU A TUTELA DE URGÊNCIA PARA CUSTEIO DO TRATAMENTO E CONDENOU A APELADA A PAGAR AO APELANTE O VALOR DE R\$ 15.000,00 A TÍTULO DE DANOS MORAIS. ACERTO DO DECISUM, QUE SE MANTÉM. Incontrovérsia nos autos quanto aos fatos de a menor ANA ser beneficiária de contrato de assistência médico-hospitalar fornecido pela operadora-apelante (fls. 18); de que em 2021, com sete anos de idade, ela foi diagnosticada com puberdade precoce central (CID 10: E 228) (fls. 38); de que, diante do quadro, os

profissionais que lhe assistiam indicaram tratamento com o medicamento acetato de leuprorrelina ("Lectrum") (fls. 41); de que houve negativa de cobertura por parte da operadora, ao fundamento ausência de previsão contratual e legal (fls. 46). Operadora que, em seu recurso, insistiu na tese de que não estava obrigada a custear o procedimento objeto da lide porquanto ele não se encontrar expressamente previsto no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar, o qual teria caráter exaustivo. Validade de cláusula contratual que restringe a cobertura de determinadas doenças. Todavia, é vedado à operadora, caso cubra o tratamento da doença, limitar os procedimentos, técnicas e materiais a serem utilizados pelo médico assistente para alcançar os mais efetivos resultados. Contrato firmado entre as partes não excluiu expressamente o tratamento da doença apresentada pela apelada, de modo que não existe qualquer respaldo para a negativa. Súmula nº 340/TJRJ. Laudo médico adunado aos autos que não só especificou o CID do caso, como ainda esclareceu as consequências que poderiam advir em caso de não tratamento ("menarca precoce, com repercussão psicológica, além de perda estatural pelo fechamento precoce da cartilagem de crescimento"). Apelante que não desincumbiu de seu ônus processual de produzir prova técnica apta a infirmar a conclusão do laudo médico em questão. Rol de procedimentos da ANS que possui caráter meramente exemplificativo de cobertura mínima. Medicação prescrita que é essencial e adequada ao êxito do tratamento médico, sob pena de desvirtuar a própria finalidade do contrato, que é a preservação da vida e da incolumidade do paciente. Lei nº 14.454/2022, que acrescentou o § 13 ao art. 10 da Lei nº 9.656/1998 e estabeleceu, assim, que o rol de procedimentos e eventos editado pela ANS possui caráter exemplificativo, e não taxativo. Pontue-se, finalmente, que é firme o entendimento jurisprudencial de que cabe ao médico e não ao operador do plano a indicação do tratamento capaz de atender as necessidades e tratar o quadro clínico do paciente, sobretudo no presente caso, com o

objetivo de proporcionar ao paciente a maior probabilidade de êxito para melhorar sua qualidade de vida e evitar possíveis pioras do quadro de desenvolvimento físico e psicológico. Súmulas nº 210 e 211/ TJRJ. Acerto da sentença ao reconhecer a obrigatoriedade de cobertura. Danos morais que se deram in re ipsa, surgidos da própria falha por parte da operadora na prestação de seus serviços em conduta violadora de direitos da personalidade da vítima. Quantum reparatório. Utilização do método bifásico para arbitramento. Valorização, na primeira fase, do interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria. Destaque, na segunda fase, de circunstâncias próprias do caso concreto, relacionadas à gravidade do fato em si, às consequências para a vítima e à situação econômica do ofensor. Vítima que contava à época com sete anos de idade e foi diagnosticada com puberdade precoce, pelo que lhe foi receitado por seu médico o ativo objeto da lide. Apelada que é das maiores operadoras de plano de saúde do país e reiteradamente nega cobertura a procedimentos prescritos a seus clientes. Compensação corretamente fixada em R\$ 15.000,00 apta a atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e em sintonia com precedentes da Corte. Majoração dos honorários, pela sucumbência recursal, para 15% sobre o valor da condenação. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(0002075-44.2021.8.19.0075 - APELAÇÃO. Des(a). ALCIDES DA FONSECA NETO - Julgamento: 13/07/2023 - SETIMA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 12ª CÂMARA CÍVEL)

Parece-me que a melhor interpretação do texto se dá no sentido de que o rol é *exemplificativo* (§ 12), sendo certo que, no caso de não estar o procedimento previsto no referido rol, ainda assim deve ser autorizado pela operadora, desde que: *a) exista a comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou b) existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema*



*Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.*

Conveniente ressaltar que, ao contrário do que se deu no julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que a excepcionalidade da admissão de procedimento fora do rol da ANS dependia de requisitos *cumulativos*, assunto de que tratei linhas acima, a lei impõe requisitos *alternativos*, ou seja, basta que um deles se faça presente para que a cobertura seja obrigatória.

Por isso, considero existir grande contraste entre o que foi decidido pelo *Superior Tribunal de Justiça* e o que foi disposto pelo legislador.

Isso porque, para o Tribunal da Cidadania, se houvesse, *no rol, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista ou, não havendo, existisse substituto terapêutico, não se acataria a indicação do médico-odontólogo assistente, ressalvada as hipóteses especialíssimas enumeradas no acórdão.*

O legislador inverteu essa lógica; *há que preponderar a indicação do médico-odontólogo assistente de procedimento não relacionado no rol, mesmo que este contemple procedimento vinculado àquela doença ou substituto terapêutico, exigindo-se, todavia, as especificidades trazidas no § 13.*

E mais: os requisitos traçados pelo *Superior Tribunal de Justiça* para o reconhecimento da excepcionalidade de cobertura fora do rol de atendimentos são *cumulativos*, ao passo que o § 13 da lei em comento enuncia requisitos *alternativos*, bastando ver que, no primeiro caso, as condições são encadeadas e terminam com o conectivo “e”; na segunda hipótese, os incisos do § 13 são separados pelo conectivo “ou”.

### ***Da superação ou OVERRULING***

Acerca do período transcorrido entre o julgamento dos Embargos de Divergência pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça e a promulgação da nova lei, parece-me que não há que se falar em direito intertemporal porque a decisão do *Superior Tribunal de Justiça* (tivesse ou não efeito vinculante<sup>3</sup>) não constituía texto legal em seu sentido estrito, ou seja, não estava em vigência, mas deveria ou não (a depender do entendimento) ser aplicada vinculativamente aos casos posteriores à publicação do acórdão.

---

<sup>3</sup> Discutir a força de vinculação das decisões proferidas nos Embargos de Divergência demandaria um novo artigo e em nada contribuiria para as conclusões do presente trabalho.

Ocorre que, com a promulgação da Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022, deu-se a *superação (overruling)* do precedente, eis que tal *padrão decisório* ficou desfalcado das circunstâncias fáticas e jurídicas que o sustentavam, não sendo mais possível a interpretação de que o rol seja taxativo ou taxativo mitigado.

Como cada juiz ou tribunal pode reconhecer e declarar o *overruling*, desde que fundamente a sua decisão, aos processos não julgados – parece-me - não se aplicará o antigo precedente, respeitando-se apenas, e se o caso, a coisa julgada.

#### ***Do artigo 2º da Resolução Normativa RN 465/21 da ANS em face da Lei nº 14.454/22.***

Como referido acima, a *Resolução Normativa RN 465/21 da ANS* expressamente declarou que o *Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde* que atualizava possuía natureza *taxativa*, o que já é bastante questionável porque o legislador apenas conferiu à agência “**o exercício do poder regulamentar sobre procedimentos, eventos e medicamentos que por disposição legal (incisos I a X do art. 10 da Lei n. 9.656/98) estão fora da cobertura médico-ambulatorial-hospitalar**”<sup>4</sup>, ressaltando-se que “**a norma infralegal, por taxativa disposição constitucional (CRFB, art. 84, IV) não permite a restrição do conteúdo das disposições legais, destinando-se, em rigor, exclusivamente à sua fiel execução**”<sup>5</sup>.

Seja como for, mesmo que se atribuísse força normativa ao artigo 2º da Resolução RN nº 465/21 da ANS, a sua incompatibilidade frente à Lei nº 14.454/22 acarretaria a sua revogação, nos termos do § 1º do Decreto-Lei nº 4.657/42.

#### ***Do ônus da prova***

Assentada a premissa de que o *rol tem natureza exemplificativa*, a questão mais tormentosa passa a ser aquela que diz respeito a quem cabe comprovar que o tratamento proposto, por não se inserir do rol da ANS, *a) possui a comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou b) se funde em recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista*

---

<sup>4</sup> PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos**. Saraiva, 2020, pág. 159.

<sup>5</sup> MADUREIRA, Cláudio e GARCIA, Leonardo de Medeiros, *apud* PEREIRA, Daniel de Macedo Alves, *op.cit.*, págs. 159 e 160.

*recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.*

O problema se torna ainda mais agravado se considerarmos que, com grande frequência, os pedidos são feitos em sede de tutela de urgência, em situações limite em que os juízes se veem obrigados a proferir decisões sem maiores subsídios de ordem técnica.

A despeito das normas de direito de saúde complementar que inequivocamente incidem sobre a espécie, parece-me que deve preponderar o fato de que, *na maior parte das vezes*, a relação entre usuário e operadora de plano de saúde é de consumo, razão pela qual o ônus da prova de que, no caso concreto, o direito à cobertura não assiste ao usuário, mas, na verdade, é da operadora do plano (além do que a prova a ser produzida é bem fácil para a operadora e quase impossível para o consumidor).

Entendo que o mínimo que o consumidor precisa provar é que, de acordo com o seu médico-odontólogo assistente, o procedimento escolhido é o mais indicado e apto ao tratamento da enfermidade ou condição do paciente; toda a demais prova incumbe à operadora do plano.

Nos contratos de plano de saúde não sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor (administrados por entidade de autogestão), o ônus da prova relativo à ausência dos requisitos do § 13 do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 (incluído pela Lei nº 14.454/22) incumbe à operadora do plano de saúde, considerando-se que a ela, em razão de sua *expertise*, é bastante fácil o acesso aos elementos probatórios, ao contrário do que se dá com o usuário, para o qual a obtenção de tais elementos é extremamente difícil (carga dinâmica do ônus da prova – art. 373, § 1º, do CPC).

Registro que, em sede de tutela de urgência, já havia precedentes do *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, mesmo antes da Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022, esposando o entendimento de que os documentos que instruem a exordial, uma vez que demonstrem ser o tratamento proposto o mais indicado, bem como que a hipótese é de emergência, já autorizam o deferimento da tutela de urgência, sendo certo que eventual ausência dos requisitos previstos no § 13 do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 deverá ser comprovada pela operadora, mediante dilação probatória, inexistindo perigo de irreversibilidade da medida porque a questão poderá ser eventualmente resolvida no plano financeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. DEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA, PARA DETERMINAR AO RÉU QUE AUTORIZA A INTERNAÇÃO

DO AUTOR, EM DIA E LOCAL PREVIAMENTE DESIGNADOS, BEM COMO TODO O MATERIAL NECESSÁRIO PARA A REALIZAÇÃO DO ATO, SOB PENA DE MULTA COMINATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO DE ALGUNS DOS MATERIAIS, POR NÃO ATENDEREM ÀS DIRETRIZES PREVISTAS NO ROL DA ANS. PACIENTE, MENOR IMPÚBERE, PORTADOR DE SÍNDROME DE WOLFF-PARKINSON-WHITE, NECESSITANDO SER SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO INDICADO NO LAUDO MÉDICO ACOSTADO AOS AUTOS DE ORIGEM, O QUAL, APARENTEMENTE, ENCONTRA-SE PREVISTO NO ROL DE COBERTURA MÍNIMA OBRIGATÓRIA ESTABELECIDO PELA ANS. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE EXCLUI O CUSTEIO DOS MEIOS E MATERIAIS NECESSÁRIOS AO MELHOR DESEMPENHO DO TRATAMENTO DA DOENÇA. ESCOLHA DO TRATAMENTO QUE CABE AO MÉDICO ASSISTENTE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº 211 E 340, DESTES E. TJRJ. RECUSA INDEVIDA POR PARTE DA RÉ. TAXATIVIDADE DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS, RECONHECIDA PELO C. STJ, QUE, CONTUDO, COMPORTA EXCEÇÕES. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA VERGASTADA, CONSISTENTES NA PROBABILIDADE DO DIREITO E NO PERIGO DE DANO, COM BASE NOS DOCUMENTOS ATÉ ENTÃO APRESENTADOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 300, DO CPC/15. AUSÊNCIA DE IRREVERSIDADE DA MEDIDA. QUESTÃO QUE PODERÁ SER EVENTUALMENTE RESOLVIDA NO PLANO FINANCEIRO. APLICAÇÃO DO ART. 302, I, DO CPC/15. SOLUÇÃO QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU À EVIDENTE

PROVA DOS AUTOS. SÚMULA Nº 59, DESTE E. TJRJ. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(0053541-74.2022.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). MAURO DICKSTEIN - Julgamento: 27/10/2022 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)

Quanto à fixação do ônus da prova na fase do saneamento do feito, para direcionar o julgamento da causa, entendeu o *Tribunal Fluminense* que incumbe à operadora do plano de saúde demonstrar que não se encontram presentes os requisitos excepcionais que autorizariam a recusa:

APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. AUTORA QUE PLEITEIA O FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO INFLIXIMBE 100MG, BEM COMO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, CONFIRMANDO A TUTELA ANTERIORMENTE CONCEDIDA, PARA CONDENAR A RÉ AO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO PLEITEADO, AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO DE CUNHO MORAL NO IMPORTE DE R\$8.000,00 (OITO MIL REAIS), ALÉM DE CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM R\$2.000,00 (DOIS MIL REAIS), NOS TERMOS DO ART.85, §8ª DO CPC. INCONFORMISMO DE AMBAS AS PARTES. AUTORA QUE SUSTENTA A NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DO DANO MORAL, ANTE O CARÁTER PREVENTIVO E PEDAGÓGICO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL, BEM COMO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PLANO DE SAÚDE QUE, POR SUA VEZ, ASSEVERA A LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS, A TAXATIVIDADE DO ROL

DA ANS, NÃO TENDO PRATICADO QUALQUER CONDUTA IRREGULAR A DEFLAGRAR INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, CUJO ARBITRAMENTO SE DEU EM VALOR DESPROPORCIONAL. POR FIM, AFIRMA A IMPOSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE, DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS POR APRECIACÃO EQUITATIVA, DEVENDO SER ARBITRADOS EM CONSONÂNCIA COM O ART. 85, §2º DO CPC. PRETENSÃO RECURSAL DA AUTORA QUE NÃO MERECE PROSPERAR, ASSISTINDO RAZÃO EM PARTE, NO ENTANTO, À RÉ. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUTORA QUE É PORTADORA DE RETOCOLITE ULCERATIVA, COM ACOMETIMENTO RETOSSIGMOIDEANO. NEGATIVA DE COBERTURA QUE SE REVELA ABUSIVA. PLANO DE SAÚDE QUE PODE ESTABELEECER AS DOENÇAS QUE TERÃO COBERTURA, MAS NÃO O TIPO DE TRATAMENTO A SER UTILIZADO. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 211 DA SÚMULA DESTE TRIBUNAL. ART. 51, IV, E § 1º DO CDC. SÚMULA 340 DO TJRJ. TAXATIVIDADE DO ROL DA ANS QUE ADMITE EXCEÇÕES, ANTES MESMO DO ADVENTO DA LEI 14.454/2022 QUE CONFERIU NATUREZA EXEMPLIFICATIVA A ALUDIDO ROL, NOS TERMOS DO ART.10, §13 DE REFERIDO TEXTO LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SUBSTITUTO TERAPÊUTICO PELO PLANO DE SAÚDE, ÔNUS ESSE QUE SE LHE IMPUNHA, SENDO INQUESTIONÁVEL A EFICÁCIA DO TRATAMENTO COM O MEDICAMENTO APONTADO PELO MÉDICO ASSISTENTE QUE, INCLUSIVE, POSSUI REGISTRO VÁLIDO JUNTO À ANVISA. TAMPOUCO O PLANO DE SAÚDE INDICOU PROCEDIMENTO INSERIDO NO ROL DA ANS QUE, NO CASO CONCRETO, SEJA EFICAZ, EFETIVO E SEGURO PARA COMBATER A

ENFERMIDADE QUE ACOMETE A AUTORA. LAUDO MÉDICO QUE DEVE PREVALECER. DANO MORAL IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO ADEQUADAMENTE FIXADO, ENCONTRANDO-SE DE ACORDO COM OS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RELATIVAMENTE AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, VERIFICA-SE QUE ASSISTE RAZÃO AO PLANO DE SAÚDE, EIS QUE NÃO INCIDE NA HIPÓTESE O §8º DO ART. 85 DO CPC, SENDO CERTO QUE, COMO VISTO, HOUVE CONDENAÇÃO DA OPERADORA EM VERBA INDENIZATÓRIA, DEVENDO SER APLICADO, IN CASU, O §2º DO ART. 85 DO CPC, SENDO O VALOR DA CONDENAÇÃO, POIS, A RESPECTIVA BASE DE CÁLCULO. DESPROVIMENTO DO RECURSO DA AUTORA E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DA RÉ.

(0021160-10.2018.8.19.0208 - APELAÇÃO. Des(a). ALVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA - Julgamento: 01/11/2022 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)

Obviamente, deve o juiz, ao sanear o feito, conceder à operadora do plano de saúde ampla possibilidade de produção de provas, sem o que restarão violados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição da República).

### **De recente julgado do Supremo Tribunal Federal que parece corroborar os apontamentos até aqui apresentados<sup>6</sup>**

Por meio de seu sítio na rede mundial de computadores, o Supremo Tribunal Federal comunicou que foi determinado o arquivamento das ações que tratavam do rol de cobertura dos planos de saúde por entenderem os Srs. Ministros, por maioria, que, com a edição da Lei nº 14.454/22, a questão foi solucionada pelo Poder Legislativo.

---

<sup>6</sup> Colaboração da Eminente Juíza Cristina de Araújo Góes Lajchter que me deu a conhecer a existência da decisão.

Reproduzo a notícia:

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), na sessão virtual encerrada em 9/11, determinou o arquivamento das ações que tratavam do rol de cobertura dos planos de saúde. A matéria era tratada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7193 e nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 986 e 990, mas, com a edição da Lei 14.454/2022, que disciplinou a matéria, a maioria do Plenário entendeu que a questão foi solucionada pelo Poder Legislativo.

Nas ações, o Podemos, a Rede Sustentabilidade e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) questionavam dispositivos das Leis 9.961/2000 e 9.656/1998 e da Resolução Normativa 465/2021 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que tratam dos procedimentos e eventos em saúde e pediam a declaração de inconstitucionalidade de qualquer limitação à cobertura dos planos de saúde, excluindo este ou aquele procedimento (rol taxativo).

#### Solução legislativa

Em seu voto pelo não conhecimento das ações, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, apontou que a Lei 14.454/2022 deu nova redação à Lei 9.656/1998. Com isso, reconheceu a exigibilidade de tratamentos não previstos no rol da ANS, desde que sua eficácia seja comprovada cientificamente ou haja recomendações à sua prescrição feitas pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec) ou por órgãos de avaliação de tecnologias em saúde de renome internacional.

Na avaliação do relator, a norma deu à controvérsia uma solução legislativa, antes inexistente e, com isso, as ações perderam



o objeto. Esse entendimento foi seguido pelos ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

#### Divergência

Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, as ministras Rosa Weber (presidente) e Cármen Lúcia e o ministro Ricardo Lewandowski. Primeiro a divergir, Fachin considerou que as ações não perderam o objeto, porque a nova legislação não resolve sozinha a controvérsia. Segundo ele, ela não revoga diretamente a norma da ANS nem orienta a atuação judicial.

Ele votou, assim, por assentar que o rol de procedimentos e eventos em saúde seja considerado meramente exemplificativo. Para ele, a previsão de rol taxativo viola o direito constitucional à vida e à saúde integral, já que retira de cobertura novas doenças que podem surgir e gera discriminação indireta, com impacto diferenciado sobre a população com deficiência e ou com doenças raras e complexas.

#### Outros pontos

O Plenário também examinou as ADIs 7088 e 7183, ajuizadas pela Associação Brasileira de Proteção aos Consumidores de Planos de Saúde - Saúde Brasil e pelo Comitê Brasileiro de Organizações Representativas das Pessoas com Deficiência (CRPD). Além do rol, eles questionavam os prazos máximos para a atualização do rol e para processo administrativo sobre o tema, a composição da Comissão de Atualização do Rol e os critérios para orientar a elaboração de relatório pela comissão. Contudo, esses pedidos, por maioria, foram julgados improcedentes.

Barroso considerou os prazos razoáveis e concluiu que a resolução da ANS garante a presença de representantes de entidades de defesa do consumidor, de associações de usuários de planos de saúde e de organismos de proteção dos interesses das pessoas com deficiências e patologias especiais na comissão. Em relação aos critérios para o relatório, o ministro disse que a avaliação econômica contida no processo de atualização e a análise do impacto financeiro da incorporação dos tratamentos demandados são necessárias para garantir a manutenção da sustentabilidade econômico-financeira dos planos de saúde”.

### **Conclusão**

Expostas as minhas primeiras impressões sobre o tema, e jamais desejando esgotar o debate, mas apenas contribuir com ele, passo a relacionar as conclusões a que cheguei:

- 1) A polêmica referente à natureza jurídica do *Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde* baixado e atualizado pela ANS se encerrou com a promulgação da Lei nº 14.454/22, que fez incluir os parágrafos 12 e 13 no artigo 10 da Lei nº 9.656/98, de cuja combinação se extrai que o referido rol é exemplificativo.
- 2) Por consequência da constatação mencionada no item anterior, não mais prevalecem o artigo 2º da Resolução Normativa RN 465/21 da Agência Nacional de Saúde, por incompatível com a nova ordem legislativa, e as teses a que chegou o Superior Tribunal de Justiça nos autos dos *Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nº 1.886.929 e nº 1.889.704, ante a sua superação*.
- 3) O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os Embargos de Divergência nos Recursos Especiais acima referidos, estabeleceu que se houvesse no rol, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista ou, não havendo, existisse substituto terapêutico, não se acataria a indicação do médico assistente, ressaltando as hipóteses especialíssimas referidas nos acórdãos.
- 4) A Lei nº 14.454/22, invertendo a lógica do julgado do Superior Tribunal de Justiça, dispôs que há de preponderar a indicação do médico assistente de procedimento não relacionado

no rol, mesmo que este contemple procedimento vinculado àquela doença ou substituto terapêutico, exigindo-se, todavia, as especificidades trazidas no § 13.

- 5) Para o Superior Tribunal de Justiça, os pressupostos que autorizam a mitigação da taxatividade do rol da ANS são *cumulativos*, ao passo que os requisitos previstos nos incisos I e II do § 13 do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 (incluído pela Lei nº 14.454/22) não são *cumulativos*, mas *alternativos*, bastando que um deles se faça presente para que a cobertura seja autorizada pelas operadoras do plano de saúde.
- 6) Para os fins dos parágrafos 12 e 13 do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 (incluídos pela Lei nº 14.454/22), os documentos que instruem a exordial, confeccionados pelo médico assistente, uma vez que demonstrem ser o tratamento proposto o mais indicado, bem como que a hipótese é de emergência, já autorizam o deferimento da tutela de urgência, sendo certo que eventual ausência dos requisitos previstos no § 13 deverá ser comprovada pela ré, mediante dilação probatória, inexistindo perigo de irreversibilidade da medida porque a questão poderá ser eventualmente resolvida no plano financeiro.
- 7) Nos contratos de plano de saúde sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, o ônus da prova relativo à ausência dos requisitos do § 13 do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 (incluído pela Lei nº 14.454/22) incumbe à operadora do plano de saúde, preponderando a hipossuficiência do consumidor (artigo 6º, VIII, da legislação de regência).
- 8) Nos contratos de plano de saúde não sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor (administrados por entidade de autogestão), o ônus da prova relativo à ausência dos requisitos do § 13 do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 (incluído pela Lei nº 14.454/22) incumbe à operadora do plano de saúde, considerando-se que a ela, em razão de sua *expertise*, é bastante fácil o acesso aos elementos probatórios, ao contrário do que se dá com o usuário, para o qual a obtenção de tais elementos é extremamente difícil (carga dinâmica do ônus da prova – art. 373, § 1º, do CPC).
- 9) Considerando-se que o ônus probatório incumbe à operadora do plano de saúde, deverá o juiz conceder-lhe ampla possibilidade de produção probatória (artigo 5º, LV, da Constituição da República).

## PROCESSO CONSTITUCIONAL E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Marcia Correia Hollanda<sup>1</sup>

**Área do Direito:** Constitucional; Civil; Processual.

**Resumo:** O processo civil é ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição. A diretriz constitucional que estabelece o dever de fundamentação - art. 93, IX - é um dos temas mais relevantes à ciência processual, por se consubstanciar em instrumento legitimador da atuação do Poder Judiciário bem como atender às expectativas do jurisdicionado. Nesse contexto, a autora, no presente trabalho, reflete a partir do ponto de vista de uma magistrada, isto é, uma jurista que põe em prática diariamente a regra da fundamentação das decisões judiciais, a relevância do instituto, que deve ser compreendido como pressuposto de existência jurídica das decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Fundamentação das decisões judiciais – Modelo Constitucional – Pressuposto processual

### Sumário:

1. Introdução
2. A motivação como Regra Legal
3. A motivação como Regra Constitucional
4. As funções da motivação do ato jurisdicional
5. As consequências processuais da ausência de fundamentação
6. Os contornos jurisprudenciais sobre o dever de fundamentação
7. Fundamentação da decisão e o sistema de precedentes
8. Conclusão
9. Bibliografia

---

<sup>1</sup> Juíza titular da 47ª Vara Cível. Mestranda em Processo pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Juíza Auxiliar da 3ª Vice-Presidência (NUGEPAC) e integrante do Centro de Estudos e Debates - CEDES

## 1. Introdução

Os leitores que têm filhos certamente já se depararam com os questionamentos das crianças a respeito dos motivos que geraram um não. Os pequenos sempre perguntam: “mas por quê?” e os pais geralmente respondem: “porque eu quero”.

Apesar de ser sedutora a ideia de poder decidir sem explicitar os motivos que levaram à conclusão, não é assim que deve funcionar no sistema jurídico brasileiro, especialmente no processo judicial. A motivação da decisão judicial tem assento constitucional (artigo 93, IX da CF/88) e é elemento essencial para a validade dos atos decisórios praticados pelos magistrados no curso da lide.

Então, esse artigo pretende abordar os aspectos da motivação do ato jurisdicional, as consequências da ausência dela no processo e a posição jurisprudencial dos tribunais superiores sobre o tema. Pretende-se, também, abordar o sistema de precedentes e a necessidade de proferimento de decisões motivadas para a realização do *distinguishing*, além da definição da *ratio decidendi*.

As expressões motivação e fundamentação serão aqui utilizadas como sinônimos, pois ambas representam o conjunto publicizado das razões que levaram à prática de determinado ato, no caso específico desse trabalho, da decisão judicial.

## 2. A Motivação como Regra Legal

Como lembra Rodrigo Ramina de Lucca<sup>2</sup>, não há muitas referências históricas sobre a construção da regra de motivação da decisão judicial, até porque havia a ideia de que os escolhidos para decidir representavam a autoridade e o poder, não sendo concebível deles exigir as justificativas de sua decisão. Após a Revolução Francesa e em razão da consolidação do Estado de Direito, pelo qual todos os poderes passaram a emanar da lei, surgiu a necessidade de um maior controle da atividade jurisdicional, cujo elemento de maior visibilidade é, justamente, a decisão.

No ordenamento processual brasileiro, José Carlos Barbosa Moreira<sup>3</sup> destaca que as raízes da obrigação de se motivar a decisão podem ser encontradas nas Ordenações Filipinas

---

<sup>2</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 90.

<sup>3</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. In: **Temas de direito processual**. 2ª série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 85.

(Livro III, Título LCVI, §7º), cujo princípio de se declarar as razões pelas quais os julgadores se fundaram para decidir passaram a ser reproduzidos nos textos legais posteriores, como o Regulamento 737, em seu artigo 232 e em códigos estaduais.

Em âmbito nacional, o Código de Processo Civil de 1939 estabeleceu a regra da motivação do ato jurisdicional no parágrafo único do artigo 118: “O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento”, como também no artigo 280, II: “A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterà: I – o relatório; II – os fundamentos de fato e de direito; III – a decisão”.

O Codex Processual de 1973, por sua vez, manteve a imprescindibilidade da motivação nos artigos 131, 165 e 458, que disciplinaram a obrigatoriedade de o magistrado indicar os motivos que formaram seu convencimento, inclusive nas decisões interlocutórias, ainda que concisamente.

Já o Código de Processual Civil, promulgado em 2015, seguiu a tradição quanto ao dever de motivação especialmente em dois de seus artigos, o 11 e o 489. O primeiro, inserido logo na parte inicial do Código que trata das normas fundamentais do processo civil, reproduz a regra constitucional do artigo 93, IX, estabelecendo que todos os julgamentos serão públicos e as decisões fundamentadas. O artigo 489 traça as diretrizes para a devida fundamentação da decisão judicial, abordando, inclusive, o sistema de precedentes, depois também referido no artigo 927, §1º do Código.

Portanto, no ordenamento ordinário, o núcleo principiológico do dever de fundamentação da decisão judicial está inserido no Código de Processo Civil nos dispositivos que consolidam os princípios constitucionais, em especial, da vedação da decisão surpresa e textualmente no artigo 11, além da regra do artigo 489, I e §1º, que estabelece o fundamento como elemento essencial da sentença. No processo penal, destacam-se as previsões contidas no artigo 315 e no artigo 564, V, ambos do respectivo Código.

### **3. A Motivação como Regra Constitucional**

Com a promulgação da Constituição de 1988, a regra de motivação da decisão judicial alcançou status constitucional, com expressa previsão no artigo 93, IX. Nos Anais da Assembleia Constituinte, a necessidade de se conferir força constitucional ao dever de fundamentação da decisão judicial foi bem exposta pelo advogado José Lamartine Correa de

Oliveira, expositor convidado para a 6ª reunião ordinária da Subcomissão do Poder Judiciário, realizada no dia 27/04/1987<sup>4</sup>.

Assim se posicionou o advogado: “Temos de criar um Estado democrático, em que o povo tenha amor e respeito pelos juízes. Ora, não há nada mais contrário a isto do que uma decisão não fundamentada, porque é uma decisão que nem ao menos tenta convencer a respeito do seu acerto, nem contém qualquer justificação. Ora, o sistema da fundamentação das decisões parece, a nós da Ordem dos Advogados do Brasil, deva ser inserido na futura Constituição, como garantia constitucional de que toda decisão constitucional deve ser fundamentada”.

De fato, o processo judicial é formado por direitos e garantias com fundamento constitucional, que são de observância obrigatória em todos os procedimentos, como o devido processo legal, contraditório, fundamentação da decisão, ampla defesa, publicidade, celeridade, isonomia e acesso à justiça. Desse rol dos elementos advém a necessidade da atuação processual sob uma perspectiva constitucional e, especificamente no que interessa a este trabalho, constata-se que “...o dever de motivação é, antes de tudo, uma garantia jurídica, como também, é uma regra jurídica constitucional e processual”<sup>5</sup>.

Ada Grinover, Antonio Scarance e Antonio Magalhaes ressaltam que a imprescindibilidade da fundamentação da sentença decorre de três pontos básicos: “...primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle da legalidade das decisões judiciais: só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram: como visto, o direito à prova não se configura só como direito a produzir a prova, mas também como direito à valoração da prova pelo juiz”<sup>6</sup>.

A motivação da decisão judicial é, portanto, o parâmetro imposto pela Constituição a todas as instâncias do Poder Judiciário, sob pena de nulidade do ato jurisdicional. Está essencialmente vinculada ao princípio do devido processo legal que, na visão de Alexandre Câmara, deveria ser corretamente identificado como o devido processo constitucional, este

---

4

Disponível

em:

[[https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3c\\_Subcomissao\\_Do\\_Poder\\_Judiciario.pdf](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3c_Subcomissao_Do_Poder_Judiciario.pdf)].

<sup>5</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. Cit.

<sup>6</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: RT, 1995, p. 169.

entendido como a necessidade de se observar todas as garantias previstas pela Constituição para o válido curso processual<sup>7</sup>.

#### **4. As funções da motivação do ato jurisdicional**

Como visto acima, o dever de adequadamente se fundamentar a decisão judicial tem expressa previsão na Constituição e é um dos elementos que compõe o que se entende pelo devido processo constitucional. Mas o constituinte não estabeleceu tal dever por um capricho ou para que o jurisdicionado tenha amor e respeito pelo Poder Judiciário, como desejado durante as discussões da assembleia constituinte (declaração destacada acima).

Na realidade, a devida motivação das decisões judiciais exerce funções específicas no âmbito do processo constitucional, pois permite a concretização do contraditório e a sindicabilidade da atividade jurisdicional, de forma a afastar o subjetivismo ou a própria padronização do ato judicial.

De fato, a efetividade do processo constitucional abarca a prolação de decisões coerentes, corretas e compatíveis com os princípios constitucionais, sendo a fundamentação a representação do Estado Democrático de Direito. Por meio dela é que o magistrado expõe as razões que o levaram a adotar um ou outro argumento deduzido no curso do processo e é em razão dela que a sociedade tem as ferramentas necessárias para assegurar a sindicância do ato judicial.

José Carlos Barbosa Moreira, em artigo citado anteriormente, ensina que a devida fundamentação da decisão judicial se relaciona, num primeiro plano, com a técnica propriamente dita<sup>8</sup>. A correta interpretação do julgado se dá pela análise dos motivos que levaram o magistrado a adotar determinada linha decisória e só pelo conhecimento de tais razões é que os interessados poderão interpor o respectivo recurso. Além disso, por meio da motivação, as instâncias superiores, no exercício de seu poder de revisão, poderão controlar o acerto ou não da decisão.

Modernamente, os doutrinadores têm identificado tal aspecto do dever de motivação como função endoprocessual ou interna. Como ressaltado acima, é a função que permite a ciência da decisão pelas partes, advogados, tribunais e demais interessados, permitindo

---

<sup>7</sup> CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas. **Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional**. Revista de Estudos e Debates - CEDES, v. 2, n. 2, 2017, p. 55-68.

<sup>8</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit.



a todos que integram a relação processual a devida análise do raciocínio jurídico percorrido pelo magistrado para o alcance do resultado.

Em outras palavras, a decisão devidamente fundamentada atua no convencimento que se espera das partes, advogados e interessados a respeito da correção da decisão e de que houve a valoração adequada das teses confrontadas no curso da lide. Ela facilita o exercício da conveniência e cabimento da interposição do recurso, possibilitando a identificação de possíveis erros, que irão evidenciar o interesse recursal e, também, proporciona às instâncias superiores a devida análise do conteúdo do ato e do caminho percorrido pelo magistrado para assim decidir, racionalizando o exercício do poder de revisão.

Em voto proferido no RE 540.995/RJ, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito lembrou a lição Moacir do Amaral Santos<sup>9</sup>, no sentido de que a sentença não é um ato de imposição de vontade autoritária, mas sim um ato de justiça, que deve convencer não só as partes envolvidas, mas também a opinião pública. E, para tanto, é imprescindível que se conheçam os motivos da decisão para formação do convencimento de seu acerto ou não, como exigência da ordem pública.

No artigo escrito em 1979 por José Carlos Barbosa Moreira, já citado aqui por diversas vezes, o saudoso professor, da mesma forma, identifica o plano dos princípios fundamentais como norteador da devida fundamentação de decisão judicial. Isto porque é através dela que se garante a publicidade do ato jurisdicional, se afere a imparcialidade do magistrado, se identifica a legalidade da decisão e se garante que houve a efetiva apreciação do conjunto probatório e argumentativo produzido pelas partes.

O controle externo difuso do exercício da jurisdição pela sociedade é a função extraprocessual da motivação da decisão judicial. Ela se insere, portanto, no contexto das garantias fundamentais e está vinculada ao “...conceito democrático do exercício de poder, segundo o qual quem exercita um poder deve justificar o modo pelo qual o faz, submetendo-se, portanto, a um controle externo difuso das razões pelas quais o exercitou de determinado modo”<sup>10</sup>. Tal função torna possível a avaliação quanto à concretude dos demais direitos fundamentais envolvidos no processo constitucional e efetiva a transparência que se espera da atividade jurisdicional.

---

<sup>9</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Direito positivo aplicado**. Renovar. 2008. p. 12.

<sup>10</sup> TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 21.

A vinculação do dever de fundamentação da decisão judicial aos princípios que garantem o devido processo constitucional foi bem delineada pelo Ministro Gilmar Mendes, quando do voto proferido nos autos do MS 24.268-0, em que apresentou o caráter tridimensional do contraditório, que se concretiza pelo (i) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; (ii) direito de manifestação (*Recht auf Ausserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (iii) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas<sup>11</sup>.

Sobre o mesmo tema, cumpre referir trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, quando do julgamento do RE 235.487/RO<sup>12</sup>: “...Mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional, a exigência de motivação reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado. Ao tornar, a fundamentação das decisões judiciais, ainda que impregnadas de conteúdo materialmente administrativo, um elemento imprescindível e essencial às deliberações tomadas pelo Poder Judiciário, quis, o ordenamento jurídico, qualificá-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos Tribunais (...)”.

## 5. As consequências processuais da ausência de fundamentação

A decisão judicial sem a adequada fundamentação é nula, na forma do artigo 93, IX, da CF, está sujeita à cassação pela instância superior e, também, poderá ser objeto de ação rescisória. Como afirma Teresa Arruda Alvim<sup>13</sup>, a ausência de fundamentação é um vício que gera nulidade de uma sentença existente que, se passada em julgado, comporta ação rescisória. Todavia, decorrido o prazo legal para a interposição do recurso ou para o ajuizamento da ação rescisória, a decisão sem fundamentação ou com inadequada motivação não poderá ser mais modificada, em prol do princípio da segurança jurídica.

Importante destacar, no entanto, que a ausência de fundamentação da decisão ou sua deficiência, por configurar nulidade processual, depende da expressa manifestação do julgador nesse sentido para o afastamento da produção de seus efeitos. Ou seja, não há a

---

<sup>11</sup> STF, MS 24268, Tribunal Pleno, j. 05.02.2004, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, publicado em 17.09.2004.

<sup>12</sup> STF, RE 235487, Tribunal Pleno, j. 15.06.2000, rel. Min. Ilmar Galvão, publicado em 21.06.2002.

<sup>13</sup> ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades do processo e da sentença. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

possibilidade de nulidade processual automática ou *ipso iure*, daí porque indispensável o reconhecimento da nulidade pelo próprio magistrado ou pela instância superior, com as consequências daí inerentes.

Há duas questões interessantes que merecem destaque na discussão envolvendo o reconhecimento da nulidade da decisão judicial. A primeira delas diz respeito à aplicação da regra da causa madura, prevista no artigo 1013, §3º, IV do CPC, de forma a possibilitar que, mesmo deliberada pelo Órgão Julgador, a cassação da decisão nula decorrente da ausência de fundamentação, o mérito possa ser por ele analisado, concretizando a teoria da causa madura e o princípio da primazia do mérito.

A outra discussão diz respeito à aplicação do princípio da não surpresa, ou seja, se é ou não indispensável a manifestação das partes especificamente sobre a nulidade da decisão para que o Tribunal possa reconhecê-la ou se tal atuação pode se dar de ofício, independentemente da arguição da nulidade pelos interessados. Esse debate se desdobra, também, na possibilidade de se aplicar a Teoria da Causa Madura sem que tenha havido exposto pedido recursal de análise do mérito da causa.

A Teoria da Causa Madura consiste na possibilidade de a instância *ad quem* de, mesmo reconhecendo algum vício na sentença, promover a apreciação do mérito da causa, com a finalidade de se obter o julgamento definitivo compatível com o princípio da celeridade processual.

Não se trata de instituto novo, mas fato é que o Código de Processo Civil de 2015 aperfeiçoou o regramento anterior e incluiu novos pressupostos para a aplicação das hipóteses de julgamento em conformidade com o princípio da primazia do exame do mérito. Com efeito, a partir da vigência do Código de 2015, passou a se exigir que a causa esteja em condições de imediato julgamento, sem exclusividade para as questões unicamente de direito, como era previsto no ordenamento processual anterior, apenas com a ressalva da dispensabilidade de dilação probatória.

Sobre o tema, aliás, o Superior Tribunal de Justiça, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, já vinha fixando o entendimento de que, "ainda que a questão seja de direito e de fato, não havendo necessidade de produzir prova (causa madura), poderá o Tribunal julgar desde logo a lide, no exame da apelação interposta contra a sentença que julgara extinto o processo sem resolução de mérito" (REsp 874.507/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 19/6/2013, DJe 1º/7/2013). No mesmo sentido, a Terceira Turma do STJ, com fundamento no Código de Processo Civil de 2015, estabeleceu que a regra do artigo

1013, §3º, do CPC "(...) tem como requisito de aplicabilidade tão somente a necessidade, ou não, de qualificação do acervo fático-probatório, sendo irrelevante que a sentença não tenha examinado e se pronunciado sobre as provas produzidas pelas partes" (REsp 1.798.849/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 1º/9/2020, DJe 9/9/2020).

O inciso IV, do parágrafo 3º, do artigo 1013 do CPC trata, especificamente da possibilidade do julgamento do mérito na hipótese de nulidade da decisão por ausência de fundamentação. Assim, o Tribunal, ao verificar a violação do dever de fundamentação pela decisão objeto do recurso, pode reconhecer o vício e, sem necessidade de retorno dos autos à instância *a quo* e desde que desnecessária a prática de algum outro ato instrutório, pode adentrar no mérito recursal, julgando-o imediatamente.

Alexandre Freitas Câmara<sup>14</sup> pontua que “por força do efeito translativo da apelação (previsto no art. 1.013, §3º), fica o tribunal de segundo grau incumbido de decidir desde logo o mérito, desde que esteja já em condições de receber imediato julgamento”, sem que tal atuar implique na violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. Destaca-se que é majoritária a corrente doutrinária que defende que a aplicação da regra do §3º, do artigo 1013 independe de provocação do interessado, por força do efeito translativo<sup>15</sup> do recurso, embora alguns doutrinadores entendam que tal atuação configure decisão *extra petita*.

De qualquer forma, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir sobre o tema, concluindo que não há vício na aplicação da teoria da causa madura de ofício pelos tribunais, uma vez que não se exige requerimento da parte em seu recurso, de forma que se prioriza a celeridade e a economia processual. Exemplo desse posicionamento é o acórdão proferido no AgInt no REsp 1.734.343/MG, da relatoria do Ministro Moura Ribeiro, no qual foi reconhecida a integridade do julgamento de apelação, com reconhecimento da nulidade da sentença por *citra petita* e apreciação imediata do mérito<sup>16</sup>.

A segunda questão que merece debate diz respeito ao reconhecimento da nulidade do ato judicial em sede de recurso e a aplicação do princípio da não surpresa, consagrado no artigo 10 do Código de Processo Civil. Tal regra processual veda a possibilidade de o magistrado

---

<sup>14</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 518.

<sup>15</sup> O efeito translativo importa na possibilidade de as matérias de ordem pública, mesmo que não tenham sido objeto do recurso interposto, serem apreciadas pelo Tribunal “ad quem” quando do julgamento deste. Nas palavras de Marco Antonio Rodrigues “o efeito translativo é o efeito da transferência automática das matérias de ordem pública ao órgão julgador do recurso” e funciona com uma “...mecânica oposta à do efeito devolutivo, porque este transfere as matérias impugnadas pelo recorrente”. In: Marco Antônio Rodrigues. Manual dos Recursos, Ação Rescisória e Reclamação. Editora Atlas, 2017. p. 89.

<sup>16</sup> STJ, AgInt no REsp 1734343/MG, 3ª Turma, j. 16.08.2021, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 19.08.2021.

proferir decisão por fundamento não debatido nos autos, mesmo que de natureza de ordem pública, daí advém a obrigação de se determinar a manifestação dos interessados sobre alguma questão alheia aos autos e identificada pelo julgador, em prestígio ao princípio do contraditório.

De fato, há situações em que o interessado, seja por desinteresse, seja por deficiência técnica, deixa de arguir a nulidade da decisão por vício de fundamentação quando da interposição do recurso. Essa omissão impede o estabelecimento do contraditório, de forma que a parte adversa não terá a oportunidade de apresentar seus argumentos em prol da manutenção da decisão. O problema que se coloca é se é possível ao julgador cassar a decisão por vício de fundamentação sem que tal nulidade tenha sido arguida pelos interessados.

Na minha opinião, parece ser imprescindível o estabelecimento do contraditório sobre o tema, na forma do artigo 10 do CPC. Isto porque nem sempre a nulidade importa em prejuízo para a parte – *pas de nullité sans grief*<sup>17</sup> – e o interessado tem que ter a oportunidade de desenvolver o raciocínio jurídico necessário à defesa da manutenção da decisão. E, como exemplo, destaco situação por mim vivenciada há alguns anos no exercício da função jurisdicional.

Em ação baseada em relação de consumo e contrato bancário, proferi decisão de saneamento do feito, oportunidade em que reconheci a hipossuficiência técnica do autor/consumidor e inverti o ônus da prova, determinando ao réu a obrigação de comprovar fato vinculado à taxa de juros prevista no contrato.

Naquela época, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e ocasião em que ainda não existiam processos eletrônicos, havia a previsão de interposição de agravo retido, providência que foi adotada pelo réu. O regramento então vigente previa a possibilidade de exercício do juízo de retratação mas, tal qual feito milhares de vezes pelos milhares de magistrados do país, se não fosse o caso de reconsideração da decisão agravada, lançava-se o despacho “mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos. Ao agravado”. E assim o fiz.

A parte ré não produziu a prova e, então, proferi sentença de procedência parcial do pedido. Nas razões de apelação, o réu ratificou as razões do agravo retido, o que era indispensável por força da regra processual então vigente. Mas, em momento algum, as partes arguíram a ausência de fundamentação da decisão acima transcrita, que constituía mero ato de manutenção de decisão anterior, esta sim devidamente fundamentada.

---

<sup>17</sup> “Não há nulidade sem prejuízo”.

Qual não foi a minha surpresa ao receber a devolução dos autos pelo Tribunal, meses depois, com a conclusão do julgamento da apelação. O Órgão Julgador, de ofício, reconheceu a nulidade da decisão de manutenção da decisão agravada e anulou todos os atos praticados a partir de seu proferimento. Como resultado dessa conclusão, o processo sofreu um atraso de quase dois anos. Fui obrigada a refazer a decisão, com a apresentação dos fundamentos pelos quais entendia não ser o caso de reconsideração da decisão saneadora do feito, tive que oportunizar ao réu novo prazo para a produção da prova que, tal qual antes, não foi produzida, e tive que proferir nova sentença, nos mesmos termos da anterior.

O reconhecimento da nulidade de uma decisão singela e comumente proferida no rito anterior do Código de 1973, que não configurou qualquer prejuízo às partes, implicou no retrocesso do curso processual por quase dois anos, em nítida violação ao princípio da celeridade.

É claro que situações como a acima transcrita são excepcionais, pois é muito difícil que, diante da nulidade de uma decisão por ausência de fundamentação, o interessado não se insurja e busque sua cassação, demonstrando o prejuízo causado à sua defesa. Mas a experiência por mim vivida durante os anos de atuação jurisdicional indica a necessidade de se estabelecer o contraditório para o reconhecimento do vício, especialmente para que se oportunize ao interessado a demonstração da ausência do prejuízo na manutenção da decisão reputada nula.

## **6. Os contornos jurisprudenciais sobre o dever de motivação**

Diante da natureza eminentemente constitucional da devida fundamentação da decisão judicial e sua integração aos princípios que regem o processo constitucional, a temática envolvendo a adequada fundamentação da decisão judicial é corrente no âmbito dos tribunais superiores, em especial, no Supremo Tribunal Federal.

E a análise da jurisprudência formada sobre a questão evidencia uma certa flexibilização entre a regra absoluta da fundamentação e sua aplicação ao caso concreto, observando-se as vicissitudes de cada lide posta à apreciação do Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, é importante destacar as decisões de vinculação obrigatória proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, como a Súmula Vinculante 26 e os Temas 50; 339 e 451.

Pela Súmula Vinculante 26, a Corte estabeleceu a necessidade de decisão fundamentada para fins de realização do exame criminológico no que tange à avaliação dos requisitos objetivos e subjetivos para a progressão do regime de cumprimento da pena.

Já sob o regime da repercussão geral, foram formadas quatro teses sobre a motivação da decisão judicial, a seguir comentadas.

O Tema 451, cujo paradigma foi o RE 635.729, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, tratou da discussão envolvendo a constitucionalidade do artigo 82, §5º, da Lei 9099/95, que permite a mera referência aos fundamentos da sentença nas decisões proferidas pelas Turmas Recursais de desprovimento dos recursos inominados. Numa primeira análise, a regra da legislação especial aparentemente viola o dever constitucional de fundamentação, pois permite que a instância revisora não apresente a motivação pela qual rejeita o recurso interposto. No entanto, no voto condutor formador do Tema 451, consignou-se que “...não afronta a exigência constitucional de motivação dos atos decisórios a decisão de turma recursal de juizados especiais que, em consonância com a Lei 9099/1995, adota como razões de decidir os fundamentos contidos na sentença recorrida”.

Neste julgado, o Ministro Relator enfatizou a existência de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade do §5º, do artigo 82 da Lei 9.099/95, por isso que a remissão aos fundamentos da sentença quando do julgamento do recurso inominado não configura violação ao artigo 93, IX, da Constituição, nas causas em trâmite perante o sistema dos juizados especiais. Para a Corte, não viola a regra constitucional a fundamentação que, nos termos da lei, remete-se à decisão ocorrida, o que ocorre especialmente no sistema de juizados especiais.

Por sua vez, o Tema 339, a Corte estabeleceu que “O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”. O Ministro Gilmar Mendes, relator do recurso paradigma (AI 791.292 QO-RG), propôs a reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial, o acórdão proferido no RE 418.416, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, no qual foram estabelecidas as premissas da abrangência da regra do artigo 93, IX, da CF, que então foram reproduzidas na tese fixada.

Destaca-se, também, a tese vinculada ao Tema 50, cujo paradigma foi o RE 575.144, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que, ao apreciar a constitucionalidade do artigo 118 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, reconheceu que tal dispositivo afrontava as garantias constitucionais da motivação e da publicidade dos pronunciamentos judiciais. Para o relator, “...constitui direito fundamental do cidadão, em especial na qualidade de jurisdicionado, o de conhecer a motivação das decisões judiciais, sob pena de retornar-se ao

voluntarismo dos agentes estatais, expresso na conhecida frase dos monarcas absolutistas franceses, que justificavam seus atos assentando: *le roi le veut*.

Ainda no âmbito da repercussão geral e formação de precedentes vinculantes, cabe fazer referência ao Tema 661, ainda pendente de trânsito em julgado, em que se discute a constitucionalidade de sucessivas determinações e a exigência da devida fundamentação.

Na hipótese, foi fixada tese, para fins que importam a este trabalho, no sentido de que “são lícitas as sucessivas renovações de interceptação telefônica desde que, verificados os requisitos do art. 2º da Lei nº 9.296/96 e demonstrada a necessidade da medida diante de elementos concretos e a complexidade da investigação, a decisão judicial inicial e as prorrogações sejam devidamente motivadas, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações. São ilegais as motivações padronizadas ou reproduções de modelos genéricos sem relação com o caso concreto”.

De certo modo, a grande maioria das demais decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo a regra da devida motivação do ato judicial foram proferidas em procedimentos criminais e disciplinares, em que mais evidenciado o prejuízo decorrente da ausência da devida fundamentação da decisão. Nesse sentido, é de se destacar os votos dos Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa, respectivamente nos HC 80.892 e 90.045, em que frisaram que a ausência de observância do disposto no artigo 93, IX, da Constituição, traduz grave transgressão de natureza constitucional, afetando a legitimidade jurídica da decisão, gerando a nulidade do ato jurisdicional.

Por outro lado, não se pode ignorar a orientação jurisprudencial pacífica de ambos os tribunais superiores, no sentido de que a fundamentação sucinta não se confunde com deficiência ou ausência de motivação a ensejar a nulidade do julgado. As Cortes asseveram que não se exige do julgador uma aprofundada análise de todos os argumentos postos pelas partes, mas sim daqueles que influíram e foram nodais para o deslinde da controvérsia, não sendo exigida a análise pormenorizada de cada prova ou alegação, nem que a fundamentação seja correta<sup>18</sup>.

De qualquer forma, a utilização, pelo magistrado, de fundamentação padronizada, com reproduções de modelos genéricos que servem para qualquer tipo de processo, são ilegais, como decidido pelo Ministro Alexandre de Moraes, no RE 625.263, paradigma do Tema 661, acima citado.

---

<sup>18</sup> STF, AgRg no RE nos EDcl no HC 654131/RS, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 09.06.2022.



No mesmo sentido, são vários os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça em matéria penal, que decidiram pela nulidade de decisões que decretaram a prisão justamente pelo conteúdo genérico e padronizado, que serviria para qualquer circunstância, sendo vedada a complementação da decisão pelo tribunal. Veja-se, por exemplo, os acórdãos do RHC 135006, relator Ministro Reynaldo Soares e RHC 123612, relator Des. Convocado Leopoldo Arruda, ambos acolhidos para anulação do decreto prisional por ausência de fundamentação específica.

Outra questão bastante abordada pelos Tribunais Superiores é a técnica de motivação *per relationem*, que consiste na remissão que é feita pela decisão a manifestações, pronunciamentos ou outros atos jurisdicionais, cujos fundamentos são utilizados como razões de decidir pelo magistrado.

A jurisprudência, de um modo geral, é permissiva com relação à fundamentação *per relationem* e afasta a configuração da ofensa ao artigo 93, IX da CF, com a ressalva de que o Órgão Julgador deve apresentar fundamentos próprios para afastar as pretensões recursais da parte. Nesse sentido, veja-se o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC n. 94.488/PA, relator Ministro Rogerio Schietti, publicado em 02/05/2018.

No entanto, embora as Cortes Superiores reconheçam a validade da fundamentação por referência, estará configurada a negativa de prestação jurisdicional se a decisão não enfrentar os argumentos capazes de, em tese, afastar a conclusão adotada pelo magistrado, especialmente em fase recursal. Com efeito, não basta à instância *ad quem* rejeitar o recurso utilizando como razões de decidir os fundamentos da sentença. É indispensável que sejam colacionados motivos próprios, mesmo que de forma sucinta, que justifiquem o afastamento da tese recursal, sob pena de configuração da nulidade da decisão.

## **7. Fundamentação da decisão e o sistema de precedentes**

O Código de Processo Civil de 2015 consolidou a virada de rumo da cultura processual brasileira iniciada a partir da Emenda Constitucional 45/2004, quando instituída a Súmula Vinculante. O atual ordenamento processual estabeleceu, expressamente, a necessidade de os magistrados observarem os precedentes vinculantes, discriminados no artigo 927, quando da prolação de suas decisões. Também estabeleceu os critérios para a formação das teses vinculantes sob o regime da repercussão geral (artigo 1035), recursos repetitivos (artigo 1036), incidentes de resolução de demandas repetitivas (artigo 976) e incidentes de assunção de competência (artigo 947).

Pela limitação do objeto de estudo deste artigo, não cabe aqui aprofundar as características e funções do sistema de precedentes vinculantes, por isso que, no tocante à fundamentação da decisão judicial, destaco duas situações em que se evidencia, com mais clareza, a vinculação dos precedentes à indispensabilidade da devida fundamentação da decisão.

A primeira delas diz respeito, diretamente, à formação da tese jurídica vinculante.

Como se sabe, a exposição dos fundamentos pelos quais o Órgão Julgador concluiu pela fixação de uma tese vinculante é elemento essencial e indispensável para a efetividade do precedente. Trata-se das razões de decidir, ou seja, a *ratio decidendi*, através das quais os demais magistrados identificarão os contornos essenciais da decisão para sua possível aplicação aos casos subsequentes na hipótese destes se amoldarem ao pronunciamento paradigmático.

Ensina Mitidiero<sup>19</sup> que “...a *ratio decidendi* envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz. A proposição é necessária quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É suficiente quando basta para resolução da questão. A proposição necessária e suficiente para solução da questão diz-se essencial e determinante e consubstancia o precedente (*ratio decidendi – holding*). Tal é a dimensão objetiva do precedente. Nem tudo que está na justificação é aproveitado para formação do precedente. Existem várias proposições que não são necessárias para solução de qualquer questão do caso. Nessa hipótese, todo esse material judicial deve ser qualificado como *obiter dictum* – literalmente, dito de passagem, pelo caminho (*saying by the way*). *Obiter dictum* é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução”.

A devida fundamentação da decisão judicial que formará a tese jurídica obrigatória importará na adequada construção da, facilitando sua observância nos casos concretos subsequentes e concretizando a segurança jurídica que se espera da função jurisdicional. Isto porque a decisão em questão transcenderá a hipótese dos autos, pois servirá de orientação paradigmática para os casos subsequentes, nos quais os magistrados deverão observar o precedente formado a partir da análise conjunta da *ratio decidendi* e da tese que se formou a partir do julgamento.

---

<sup>19</sup> MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: Revista de Processo: RePro, ano 40, vol. 245, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2015, p. 344.

No entanto, alguns anos de atuação diretamente voltada à gestão de precedentes vinculantes me permitem reconhecer que a identificação da razão de decidir é, talvez, uma das tarefas mais árduas na análise das decisões paradigmáticas proferidas pelos Tribunais Superiores.

A pouca experiência dos magistrados brasileiros com a cultura da vinculação das decisões judiciais adotada pelo *Common Law* desde as suas origens, a forma em que são deliberadas as decisões dos tribunais superiores, que adotam o sistema do julgamento *per seriatim*, em que são apresentados todos os votos dos magistrados integrantes do Órgão Julgador, que nem sempre são uniformes na fundamentação e, especialmente, a ausência de regras procedimentais próprias para a construção da decisão vinculante e para a formação do texto da tese, são obstáculos à devida compreensão e aceitação do sistema vinculativo imposto pelo Código de Processo Civil de 2015 que, a meu ver, ainda demorará alguns anos para a sua consolidação e demanda aperfeiçoamento legal.

A segunda questão diz respeito à aplicação, distinção ou superação do precedente em decisão judicial proferida em caso concreto subsequente.

O artigo 489, §1º, V e VI combinado com o artigo 927, §1º, ambos do CPC, impõem a fundamentação específica da decisão que delibere pela aplicação ou afastamento do precedente, reconheça a distinção do caso concreto ou entenda pela superação da tese. Exige-se, portanto, fundamentação pertinente que demonstre a subsunção dos fatos às normas, a clareza e a coerência do ato jurisdicional, a adequada indicação dos precedentes e a explanação objetiva e clara que justifique o seu afastamento. Ao basear sua decisão em súmula ou precedente ou mesmo para afastá-los, deve o magistrado cumprir tais requisitos para o reconhecimento da validade do ato decisório.

Como ensinam Luiz Fux e Bruno Bodart, “... O afastamento da jurisprudência vinculante, nesse sentido, somente será legítimo se realizada a necessária distinção entre o caso julgado e o paradigma (*distinguishing*), ou mediante a demonstração da superação do entendimento por legislação superveniente ou novo entendimento do próprio Tribunal, em julgamento devidamente motivado”<sup>20</sup>.

Convém destacar, também, a norma do artigo 10 do CPC, que impede a prolação de decisão surpresa, inclusive para a aplicação do precedente, sendo exigida a prévia

---

<sup>20</sup> FUX, Luiz e BODART, Bruno. **Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito** (The justification of judicial decisions and the body of legal precedents as a capital stock under the new brazilian code of civil procedure – an economic analysis). Available at SSRN 2982136, 2017.

manifestação da parte sobre a possibilidade de submissão do caso a determinado precedente vinculante.

## **8. Conclusão**

Como se viu durante o desenrolar deste texto, o dever de fundamentação da decisão judicial tem previsão constitucional, no artigo 93, IX, da Constituição da República. E o Código de Processo Civil de 2015 consolidou a ideia da imprescindibilidade da devida fundamentação, garantindo que se afaste a arbitrariedade e abusos no exercício da função jurisdicional e concretizando o que hoje se denomina de processo constitucional.

A observância dos requisitos constitucionais que regulam o processo e, especificamente, da regra da devida fundamentação da decisão, além de contribuir para o reconhecimento da legitimidade da atuação jurisdicional pela sociedade, se apresenta como imperativo ético, que deve nortear todos os magistrados. É responsabilidade do juiz apresentar os fundamentos da sua decisão, com a exposição de argumentos racionais, concatenados logicamente e com base legal e destituídos de motivação ideológica, arbitrária ou discricionária.

Somente através da adequada fundamentação é que se exercitará de forma concreta o poder jurisdicional e a sociedade compreenderá a imprescindibilidade do Poder Judiciário à garantia do Estado Democrático de Direito.

## 9. Bibliografia

- ABBOUD, George. **Processo Constitucional Brasileiro**, 5ª Ed. Editora Thomson Heuters. 2021.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. Editora Revista dos Tribunais. 2017.
- ARRUDA ALVIM, Teresa e DANTAS, Bruno. **Recurso Especial e Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. Editora Revista dos Tribunais. 2019.
- ASSIS, Arakem de. **Manual dos Recursos**. Editora Thompson Reuters. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Editora Saraiva Jur. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Editora Fórum. 2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella e Outros. **Comentários ao Código de Processo Civil – art.1º ao 317**. Editora Saraiva Jur. 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- DANTAS, Bruno. **Teoria dos Recursos Repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas. Precedente e Decisão do Recurso diante do Novo CPC**. Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. Thompson Reuters-2022.
- MENDES, Gilmar. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva Jur. 2022.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. Thompson Reuters – Revista dos Tribunais. 3ª Edição, 2017.
- RODRIGUES, Marco Antonio. **Manual dos Recursos, ação rescisória e reclamação**. São Paulo, Editora Atlas, 2017.
- TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. Editora Forense. 2021.

VASCONCELOS, Edson Aguiar de. **Nova Gramática Constitucional – Mutações Conceituais no Âmbito da Cidadania**. Editora Dialética. 2021.

## **AS MEDIDAS PROVISÓRIAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH) EM RELAÇÃO AO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO (IPPSC)**

*Bruno Monteiro Rulière<sup>1</sup>*

O presente trabalho é resultado de discussões travadas no âmbito do Grupo Criminal do Centro de Estudos e Debates (CEDES). Seu objetivo é oferecer um panorama acerca da implementação da compensação penal para pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido Sá Carvalho - IPPSC, conforme determinação da Corte Interamericana dos Direitos Humanos - CIDH.

### **CONTEXTUALIZAÇÃO**

O Instituto Penal Plácido de Sá e Carvalho - IPPSC é unidade prisional situada no Complexo Penitenciário de Gericinó, que se destina ao cumprimento de pena no regime semiaberto por pessoas do gênero masculino.

Em razão das más condições sanitárias, estado de superlotação, dentre outras situações tidas como caracterizadoras de violação dos direitos humanos, a questão foi submetida, por provocação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, à Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH.

---

<sup>1</sup> Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça e integrante do Centro de Estudos e Debates (CEDES).

O estabelecimento prisional foi objeto de deliberação pela Corte em 22 de novembro de 2018<sup>2</sup>, que apontou grave risco à integridade física, vida e saúde das pessoas privadas de liberdade no local, apresentando elevadíssimo índice de letalidade por mortes não violentas.

Na Resolução da CIDH, além de outras medidas, determinou-se que o Estado Brasileiro proceda o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC para todas as pessoas lá alojadas que não sejam acusadas ou condenadas por crimes contra a vida ou a integridade física, bem como crimes sexuais.

Neste particular, segundo a Corte, o tempo de pena cumprida em condições calamitosas, tais como as constatadas no IPPSC, agrava a sanção originalmente imposta, atingindo de forma mais intensa a integridade física e moral do preso. Por esta razão, a redução pela metade do tempo de privação de liberdade representaria uma forma de reparar o “*excedente antijurídico de sofrimento não disposto ou autorizado pelos juízes do Estado*” (considerando 123, da Resolução da CIDH).

Por sua vez, a Corte concluiu (considerandos 28, 129 e 130 da Resolução da CIDH) que os acusados ou condenados por crimes contra a vida, a integridade física ou sexuais, a despeito de pressuporem um desvio de conduta capaz de gerar um efeito reprodutor de criminalidade (considerando 128 da Resolução da CIDH), tal desvio não é inexorável. De modo que, exige-se uma análise da situação concreta, através de um exame criminológico que indique, segundo o prognóstico da conduta e com base em indicadores de agressividade da pessoa, se cabe ou não a redução de 50% do tempo real de privação de liberdade; ou se tal redução deve ser abreviada em medida inferior a 50% (considerando 129 da Resolução da CIDH).

Para tanto, a CIDH estabeleceu que o “exame ou perícia criminológica” deve ser realizado por uma equipe de no mínimo três profissionais, constituída necessariamente por psicólogos e assistentes sociais.

O Estado brasileiro foi notificado da Resolução em 14/12/2018.

Por sua vez, o Poder Judiciário tem aplicado a compensação penal instituída pela CIDH, em que pese a existência de controvérsias acerca da duração da medida (questão a ser abordada abaixo).

De outro lado, deve-se destacar que quanto aos acusados ou condenados por crimes contra a vida ou a integridade física ou de natureza sexual, a compensação penal pressupõe a

---

<sup>2</sup> Em relação ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, foram adotadas quatro resoluções especificamente relacionadas às medidas provisórias inicialmente outorgadas em 2017: Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de fevereiro de 2017; Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 31 de agosto de 2017; Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018; Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de outubro de 2019.



realização de exame criminológico segundo especificações determinadas na Resolução. Ocorre que, desde a imposição desta medida, diversos obstáculos ao cumprimento deste capítulo da Resolução foram enfrentados.

O primeiro era a respeito da ausência de estrutura de pessoal da SEAP para a elaboração dos exames criminológicos. Sobre este ponto, o CNJ, por meio da Unidade de Fiscalização e Monitoramento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos – UMF/CNJ, relatou:

Conforme já exposto, a resolução da Corte IDH, datada de 22 de novembro de 2018, impôs a realização prévia de laudo pericial realizado por uma equipe multidisciplinar como requisito para concessão da compensação penal nos crimes graves. Pelo regime jurídico de execução penal brasileiro, o instituto pericial mais próximo daquele estabelecido no ponto resolutivo 5 seria o “exame criminológico”.

A primeira dificuldade observada é, de fato, estrutural[13]. A Secretaria de Estado de Administração Prisional (SEAP) conta com uma equipe de 41 psicólogos[14], para uma demanda de 51.818 pessoas privadas de liberdade[15]. A contratação de novos profissionais depende da existência de orçamento, da realização de concursos públicos e de treinamento. Por isso, essa é uma questão real que pode ser apontada como barreira. Outro ponto relevante a ser salientado é que a alocação dos profissionais da psicologia e do serviço social nas equipes multidisciplinares esvazia os potenciais projetos voltados à reintegração social[16]. O guia de “Diretrizes para atuação e formação dos Psicólogos do Sistema Prisional Brasileiro”[17] já destacava a necessidade de priorização das medidas de “reintegração social em detrimento aos procedimentos classificatórios e de produção de estereotipia decorrentes da prisão”[18]. Assim, a dificuldade organizacional se consolida como uma barreira para implementação, apesar de não ser a única, conforme exposto a seguir<sup>3</sup>.

O segundo obstáculo ao cumprimento deste capítulo da medida se deu por força do posicionamento dos conselhos profissionais de classe no sentido da impossibilidade de realização do laudo pericial. Invocaram-se a falta de metodologia adequada para aferição das questões propostas na Resolução, bem como princípios éticos das profissões envolvidas. Confirmam as manifestações (em *fac-símile*):

---

<sup>3</sup> Relatório de levantamento dos obstáculos enfrentados para a aplicação da compensação penal datado de 04/10/2021.



Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado de Administração Penitenciária  
Coordenação de Psicologia

Sr. Subsecretário Adjunto de Tratamento Penitenciário,

Cumprimentando-o, apresentamos a seguir, para sua apreciação, considerações sobre os pareceres de “**prognóstico de conduta**” determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que devem ser realizados por equipe criminológica, publicada em DO do dia 15 de agosto de 2019, composta também por psicólogos.

Sobre as medidas provisórias outorgadas pela Corte implementadas em favor das pessoas privadas de liberdade no **Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (PC)**, cabe ressaltar que o exercício profissional do psicólogo é regulamentado pela Lei Federal nº 4.119, de 27 de agosto de 1962 e pelo Código de Ética Profissional do Psicólogo, em vigor desde agosto de 2005. De acordo com a Resolução do Exercício Profissional nº 6 de 29 de março de 2019 do Conselho Federal de Psicologia que institui regras para a elaboração de documentos escritos produzidos pelos psicólogos, “o documento escrito resultante da prestação de serviços psicológicos deve considerar a natureza dinâmica, não definitiva e não cristalizada do fenômeno psicológico” (art. 5º par. 3º).

Se o apenado cometeu um crime de alto teor agressivo, cabe ao profissional de Psicologia elaborar junto a esta pessoa aspectos referentes à sua dinâmica subjetiva frente a esta atitude, mas não opinar quanto à dosimetria da pena, pois esta é um dispositivo institucional construído e aplicado no âmbito do Direito. Ela não faz parte das diretrizes normativas e éticas da atuação do psicólogo.

Quanto à demanda por um parecer que compreenda um prognóstico de conduta, entende-se que, em relação ao apenado, não há como prever ou controlar aspectos da sua futura vida extramuros como relações afetivas, sociais e laborais, as quais são fundamentais na construção e ressignificação das nossas subjetividades. Portanto, não há como afirmar se o egresso promoverá mudanças na percepção de seu ambiente, das suas relações interpessoais ou ainda se ele forjará ou não recursos subjetivos para solucionar problemas e frustrações, prescindindo de condutas agressivas.

O que compete, portanto, ao profissional de Psicologia no seu diálogo institucional com a Justiça é construir uma prática orientada no sentido da promoção e preservação da saúde mental dos sujeitos submetidos à privação da liberdade, tendo em vista sua reinserção social.

Rio de Janeiro, 11 de novembro de 2019.

Atenciosamente,

Sônia Oliveira  
Psicóloga  
ID. 1991174-2

Sônia Regina Soares de Oliveira  
Coordenadora de Psicologia  
CRP 05/1853 – ID.1991174-2



Governo do Estado do Rio de Janeiro  
Secretaria de Estado de Administração Penitenciária  
Coordenação de Serviço Social

Prezado Subsecretário,

Atendendo à solicitação de esclarecimentos acerca dos procedimentos a serem adotados para a realização de exames criminológicos, nos moldes solicitados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que indica, entre outros aspectos, a constituição de uma “equipe criminológica no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho para a emissão de pareceres que avaliem o prognóstico de conduta com base em indicadores de agressividade dos presos alojados no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho que aconselhará a conveniência ou inconveniência do cômputo em dobro do tempo de privação de liberdade, ou, então sua redução em menor medida, na referida unidade prisional,” passamos às informações.

Inicialmente sinalizamos que o Serviço Social é profissão liberal com condutas e ações normatizadas através do Código de Ética - Resolução CFESS nº273/93 e regulamentada através da Lei 8.662/93. O exercício profissional é orientado e fiscalizado no Estado do Rio de Janeiro através do CRESS- Conselho Regional de Serviço Social – 7ª Região e no âmbito federal do CFESS - Conselho Federal de Serviço Social, com sede em Brasília e com função de instância recursal.

No caso em análise, solicitação da Corte Interamericana, solicitamos orientações ao CRESS, através do Ofício nº 044 SEAP-TPCS – 2019 (anexo), tendo em vista que: “aconselhar a conveniência ou inconveniência do cômputo em dobro do tempo de privação de liberdade, ou, então sua redução em menor medida” não consta no rol de atribuições e competências normatizadas no Serviço Social brasileiro.

Em resposta, através do CRESS/OF/Nº OF0518/2019 ( anexo) fomos orientados a atuar segundo o Termo de Orientação emitido pelo CRESS/7ª em 11 de março de 2017 (anexo). No documento está expresso, entre outros aspectos que, “(...) não compete a assistentes sociais o cumprimento da previsão existente na LEP, sobre exame criminológico, de obter dados e/ou classificar os indivíduos pela sua personalidade. Tais situações podem

---

incorrer, ainda, em exercício ilegal de outras profissões. Nos termos da formação em Serviço Social, qualquer conduta ou ação só pode ser avaliada levando em consideração o contexto onde elas ocorrem. Isso posto, não compete a assistentes sociais avaliarem grau de periculosidade, pois não encontra base de sustentação em suas competências, nem pela avaliação de personalidade e nem por avaliação comportamental”.

Diante da orientação exarada pelo órgão fiscalizador do exercício profissional, os assistentes sociais brasileiros estão impedidos de emitir relatórios em exames criminológicos nos parâmetros exigidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Salvo melhor juízo, a atuação no modelo exigido pela Corte Interamericana está em consonância com a atuação profissional do Serviço Social norte americano e não contempla o exercício profissional brasileiro, embora o Brasil seja signatário do acordo exigido.

Diante do parecer do CRESS, fica vedada a realização de relatórios sociais para exames criminológicos com emissão de prognóstico de conduta e cômputo de pena, diante da matéria não ser recepcionada pela legislação profissional do Serviço Social brasileiro.

Cabe acrescentar que o descumprimento das orientações para o exercício profissional constitui infração disciplinar ao Código de Ética Profissional do assistente social, conforme dispositivos abaixo, extraídos do referido documento:

Exmo. Senhor Juiz,

Considerando a determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange ao parecer técnico da equipe criminológica dos internos custodiados no Instituto Plácido Sá Carvalho e as solicitações de Exames Criminológicas realizadas pelos magistrados dessa Vara de Execuções Penais, encaminho as considerações técnicas da Coordenação de Serviço Social e da Coordenação de Psicologia desta Secretaria de Estado de Administração Penitenciária para apreciação de Vossa Excelência.

Respeitosamente,

Maria Rosa Lo Duca Nebel  
Chefe de Gabinete  
ID ID 1963336-0

---

Diante dos obstáculos enfrentados para realização do laudo pericial multidisciplinar nos moldes determinados pela CIDH, o STJ, ao enfrentar a questão por ocasião do julgamento do HC n. 660.332/RJ (relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de 16/9/2021), determinou “*que o Juízo das Execuções Criminais adote mais providências para a elaboração da prova técnica com urgência, nos termos acima explicitados, e, em último caso, recorrendo, para tanto, ao Sistema Único de Saúde – SUS*”. No acórdão restou ainda determinada a ciência do decidido ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ: “*de sorte a implementar-se atuação coordenada com a Justiça do Estado do Rio de Janeiro quanto ao cumprimento das determinações impostas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a otimizar a desejada transformação do sistema penitenciário brasileiro*”.

O CNJ, por sua vez, sugeriu a dispensa da realização de exame criminológico para os casos específicos estipulados pela CIDH (em *fac-símile*):

## 5. CONCLUSÃO .

Diante de todo exposto, considerando as dificuldades listadas e a possibilidade de alcançar os objetivos da medida provisória por meios alternativos, o presente órgão, após se reunir com os representantes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e com os representantes dos petionários (Defensoria do Estado do Rio de Janeiro), apresenta o presente diagnóstico sobre os obstáculos enfrentados e consulta a Egrégia Corte IDH se seria possível a dispensa da exigência do exame criminológico para os crimes contra a vida, integridade física e crimes sexuais, em face das questões mapeadas por este órgão.

Salvo melhor juízo, são as informações que tínhamos a apresentar.

**Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi**

Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça

Coordenador da Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos do CNJ

4

Em seguida, a Vara de Execuções Penais passou a adotar o modelo de exame criminológico que já era realizado pela SEAP (em situações excepcionais de análise de benefício da execução penal) para a aferição do cabimento e alcance da compensação penal definida pela CIDH no caso de condenados por crime violentos ou sexuais. Solução que, de forma amplamente majoritária, foi acompanhada em sede revisional.

Traçadas linhas gerais acerca do caso submetido à CIDH, passa-se à análise de questões específicas acerca do cumprimento da Resolução que determinou a aplicação de compensação penal para pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

## **DA OBRIGATORIEDADE DO CUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.**

Inicialmente, cumpre assinalar a obrigatoriedade de cumprimento da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22/11/2018, que estabeleceu medidas provisórias a serem implementadas pelo Estado Brasileiro em relação ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

O Estado Brasileiro depositou a carta de adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica) em 25/09/1992, tendo a incorporado ao ordenamento

---

<sup>4</sup> Relatório sobre levantamento dos obstáculos enfrentados para aplicação da compensação penal (pontos resolutivos n. 5 e 6 das medidas provisórias adotadas em relação ao Instituto Plácido de Sá Carvalho); elaborado pelo CNJ e encaminhado ao Secretário-Geral da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 05/10/2021.

jurídico pátrio em 06/11/1992, através do Decreto Legislativo nº 678/92, com o reconhecimento expresso da competência da CIDH, em 10/12/1998, para todos os casos posteriores relacionados com a interpretação e aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, nos termos do art. 62 da referida Convenção.

Por sua vez, o artigo 63 da Convenção prevê que a CIDH poderá determinar medidas provisórias para reparação de situação que configure violação a um direito ou liberdade por ela protegidos. Em complemento, o artigo 68 do mesmo Diploma estabelece que os Estados que aderiram à CIDH se comprometem a cumprir a decisão da referida Corte em todos os casos em que forem partes.

Sobre o caso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que “*a sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença*” (AgRg no RHC n. 136.961/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 21/6/2021).

Na mesma linha, o Conselho Nacional de Justiça editou Recomendação nº 123/2022, na qual orienta os órgãos do Poder Judiciário: “*i) a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas; ii) a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral*”.

## **DO TERMO INICIAL DO CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE.**

A questão acerca do marco inicial da compensação penal instituída nas medidas provisórias contidas na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22/11/2018, em que pese, inicialmente, ter sido objeto de controvérsia, atualmente encontra-se pacificada na jurisprudência.

Neste particular, havia decisões judiciais no sentido de que o termo inicial do cálculo diferenciado do cumprimento de pena seria a partir da notificação do Estado Brasileiro acerca da Resolução da CIDH.

Ocorre que, o Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar tema, firmou o entendimento de que não é possível a modulação dos efeitos das medidas impostas pela CIDH, como se o preso tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e, a partir de então, tal estado de fato tivesse se modificado. Concluiu-se que o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já existia anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento pela CIDH, devendo, por esta razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

A solução se deu por ocasião do julgamento do AgRg no RHC nº 136.961/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 21/6/2021:

AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE. IPPSC (RIO DE JANEIRO). RESOLUÇÃO CORTE IDH 22/11/2018. PRESO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO-PARTE. SENTENÇA DA CORTE. MEDIDA DE URGÊNCIA. EFICÁCIA TEMPORAL. EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO *PRO PERSONAE*. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO, EM SEDE DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL (PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE - DESDOBRAMENTO). SÚMULA 182 STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

**1.** Legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para interposição do agravo regimental. *"Não há sentido em se negar o reconhecimento do direito de atuação dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal perante esta Corte, se a interpretação conferida pelo STF, a partir de tema que assume, consoante as palavras do Ministro Celso de Mello, 'indiscutível relevo jurídico-constitucional' (RCL-AGR n.7.358) aponta na direção oposta, após evolução jurisprudencial acerca do tema" (AgRg nos EREsp n. 1.256.973/RS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Relator p/ acórdão Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 27/8/2014, DJe 6/11/2014).*

**2.** Hipótese concernente ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que, ao reconhecer referido Instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou que se computasse "em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente Resolução".

**3.** Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País alarga o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade

internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos.

**4.** A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. Na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório.

**5.** Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

**6.** Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados.

**7.** As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano.

- Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a *que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna"* (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça.



- Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade. - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

**8.** Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC.

**9.** A alegação inovadora, trazida em sede de agravo regimental, no sentido de que a determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória e que, ante tal circunstância, mencionada Resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos *ex nunc*, não merece guarida. O caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (*ex nunc*), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada nas peculiaridades do caso.

**10.** Por fim, de se apontar óbice de cunho processual ao provimento do recurso de agravo interposto, consistente no fato de que o recorrente se limitou a indicar eventuais efeitos futuros da multimenção da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH fulcrado em sua natureza de medida de urgência, sem, contudo, atacar os fundamentos da decisão agravada, circunstância apta a atrair o óbice contido no Verbete Sumular 182 do STJ, *verbis*: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."

**Negativa de provimento ao agravo regimental** interposto, mantendo, por consequência, a decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, determinou o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

**(AgRg no RHC n. 136.961/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 21/6/2021)".**

Esta orientação restou consolidada na jurisprudência do STJ. A título de ilustração, no mesmo sentido confirmam-se os seguintes precedentes: AgRg no HC n. 804.746/RJ, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 26/4/2023; HC n. 814.857/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 04/05/2023; HC n. 817.701/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 26/04/2023; HC n. 806.242/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 13/03/2023.

De modo geral, a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça tem sido observada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

### **DO TERMO FINAL DO CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE.**

Quanto ao termo final da aplicação da compensação penal, a questão é extremamente controvertida no âmbito desta Corte estadual.

Há julgados no sentido de que o marco final do cálculo diferenciado de pena instituído pela CIDH se deu com a constatação, por meio do Ofício nº 91/2020 da SEAP (encaminhado à VEP), da cessação do estado de superlotação da unidade prisional IPPSC em 05/03/2020. Nesse sentido, citem-se precedentes do TJRJ:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO QUE CONCEDEU AO AGRAVADO CONTAGEM EM DOBRO DO TEMPO DE PENA CUMPRIDO NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO – IPPSC – COM BASE NA RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 22/11/2018, SOB O ARGUMENTO DE QUE, CONSIDERANDO QUE A SITUAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS CESSOU EM 05/03/2020, CONFORME TEOR DO OFÍCIO Nº 91/2020/SEAP, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM CÔMPUTO DE PENA ATÉ O DOBRO PARA PERÍODO POSTERIOR À DATA DA REGULARIZAÇÃO. Cinge-se a controvérsia sobre o marco temporal dos efeitos da decisão emanada nos termos da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22/11/2019, a qual condicionou o deferimento do benefício da contagem em dobro do tempo de pena cumprido no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – IPPSC. Como cediço, o insigne Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do E. STJ, no bojo do RHC 136961/RJ, decidiu monocraticamente a favor de um dos apenados custodiados na UPPSC, em 28/04/2021, e determinou que se efetuasse o cômputo em dobro de todo o período em que o apenado cumpriu pena na referida unidade prisional. Não se descarta do fato que as condições do IPPSC, sobretudo em razão da superlotação, podem causar sofrimento físico e mental aos apenados, a tornar justificável a redução do tempo de encarceramento.

Entretanto, *in casu*, o agravado ingressou na unidade em 06/08/2021 e, conforme o teor do Ofício nº 91/2020, expedido pela SEAP, a condição de superlotação prisional teria cessado desde 05/03/2020, com a redução da taxa de ocupação da unidade carcerária para 1.642 internos, que possuiria a capacidade total para 1.699 custodiados. Portanto, diante da informação acerca da regularização do efetivo carcerário, não mais se vislumbra a manutenção da situação fática que ensejou a decisão da CIDH, no tocante à violação aos direitos fundamentais do apenado. **RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** (5007261-12.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). MARCIUS DA COSTA FERREIRA - Julgamento: 08/09/2022 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO MINISTERIAL QUE SE INSURGE CONTRA A DECISÃO QUE DETERMINOU O CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA DO TEMPO EM QUE O APENADO ESTEVE ACAUTELADO NO INSTITUTO PLÁCIDO SÁ DE CARVALHO. DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). BRASIL QUE SE SUBMETE AOS DITAMES POR FORÇA DE ACORDO INTERNACIONAL. MARCO TEMPORAL INICIAL QUE DEVE SER A DATA DA NOTIFICAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO DA DECISÃO, QUAL SEJA 14/12/2018. MARCO TEMPORAL FINAL NÃO DETERMINADO NA RESOLUÇÃO PRIMEVA. INTERPRETAÇÃO LÓGICA DA NORMA. CESSADA A VIOLAÇÃO A DIREITOS QUE MOTIVOU A DECISÃO, NÃO HÁ SENTIDO EM CONTINUAR A UTILIZÁLA, SOB PENA DE TER-SE UMA COMPENSAÇÃO IMOTIVADA. SUPERLOTAÇÃO QUE RESTOU ELIDIDA EM 05/03/2020, NOS TERMOS DO OFÍCIO Nº 91/SEAP, DEVENDO ESTA DATA SER O MARCO FINAL DE VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. APENADO QUE FOI ADMITIDO EM DATA POSTERIOR (12/03/2021). **RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA DETERMINAR QUE NÃO SEJA COMPUTADA A PENA EM DOBRO DO APENADO NO PERÍODO DE 12/03/2021 ATÉ 25/06/2021, EM RAZÃO DA CESSAÇÃO DA SITUAÇÃO DE SUPERLOTAÇÃO PRISIONAL.** (5007917-66.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). JOÃO ZIRALDO MAIA - Julgamento: 27/09/2022 - QUARTA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PLEITO DA DEFESA DE APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO 22 CIDH DE CÔMPUTO EM DOBRO DO TEMPO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE CUMPRIDO NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO, ASSIM COMO A PROGRESSÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O REGIME ABERTO. RECURSO DO APENADO OBJETIVANDO A APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO 22 DA CIDH E A CONSEQUENTE PROGRESSÃO DE REGIME. APENADO QUE CUMPRE PENA DE 8 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO PELA PRÁTICA DO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 214, CAPUT, C/C ARTIGO 224 “A” E ARTIGO 226, I, TODOS DO CÓDIGO PENAL. APENADO QUE INGRESSOU NO IPPSC EM 25/06/2021. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH EDITOU RESOLUÇÃO NA QUAL CONSTA

QUE O ESTADO BRASILEIRO DEVERÁ ARBITRAR OS MEIOS PARA QUE SE COMPUTE EM DOBRO CADA DIA DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE CUMPRIDO NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO – IPPSC, PARA TODAS AS PESSOAS ALI ALOJADAS QUE NÃO SEJAM ACUSADAS DE CRIMES CONTRA A VIDA OU A INTEGRIDADE FÍSICA, OU DE CRIMES SEXUAIS. É INDUVIDOSO QUE AS CONDIÇÕES DO IPPSC, SOBRETUDO EM RAZÃO DA SUPERLOTAÇÃO, PODEM CAUSAR SOFRIMENTO FÍSICO E MENTAL AOS APENADOS, QUE EXCEDA À MERA PRIVAÇÃO DE SUAS LIBERDADES, MOTIVO PELO QUAL TORNA-SE JUSTIFICÁVEL A REDUÇÃO DO TEMPO DE ENCARCERAMENTO NOS TERMOS PREVISTOS NA RESOLUÇÃO. ITENS 128, 129 E 130 QUE APONTAM A NECESSIDADE DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA QUE O APENADO, CONDENADO PELO CRIME DE VIOLÊNCIA SEXUAL, FAÇA JUS AO BENEFÍCIO DO COMPUTO EM DOBRO DO TEMPO DE PRISÃO. NÃO OBSTANTE O RESULTADO DO EXAME CRIMINOLÓGICO, VERIFICA-SE QUE O APENADO INGRESSOU NA IPPSC DEPOIS DA NORMALIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE SUPERLOTAÇÃO PRISIONAL, A QUAL CESSOU EM 05/03/2020, CONFORME OFÍCIO 91/2020, EXPEDIDO PELA SEAP. FORÇOSO CONCLUIR QUE O BENEFÍCIO DO CÔMPUTO EM DOBRO DA PRISÃO NO IPPSC, PREVISTO NA RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, NÃO SE APLICA AO PENITENTE, JÁ QUE QUANDO ESSE INGRESSOU NO PRESÍDIO EM QUESTÃO, JÁ NÃO MAIS HAVIA A CONDIÇÃO DE SUPERLOTAÇÃO. APENADO QUE JÁ FOI BENEFICIADO COM A PROGRESSÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O ABERTO, CONFORME INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. **DESPROVIMENTO DO RECURSO.** (5001315-59.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). PAULO CESAR VIEIRA C. FILHO - Julgamento: 20/09/2022 - QUARTA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA CUMPRIDA NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO – IPPSC, POR FORÇA DA RESOLUÇÃO DE 22/11/2018, DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. RECURSO MINISTERIAL CONTRA A DECISÃO QUE DEFERIU A REFERIDA CONTAGEM, APESAR DE UM OS PERÍODOS DE INTERNAÇÃO SE MOSTRAR ANTERIOR À NOTIFICAÇÃO FORMAL DO ESTADO BRASILEIRO E, EM RELAÇÃO AO OUTRO, POSTERIOR À REGULARIZAÇÃO DA LOTAÇÃO E CONSEQUENTE EXTINÇÃO DOS MOTIVOS ANTIJURÍDICOS DA REFERIDA COMPENSAÇÃO. **RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, para reformar, em parte, a decisão que determinou “a redução do tempo real de privação de liberdade em 50% de todo o tempo em que o apenado está acautelado no Instituto Plácido Sá de Carvalho desde 03.03.2018 até a sua permanência da referida unidade”, para que tal redução seja aplicada exclusivamente em relação ao período de 14/12/18 (data de notificação do Estado Brasileiro acerca da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos) até 05/03/20 (Ofício nº 91/SEAP que informa que a situação de superlotação cessou), nos**

**termos do voto do Desembargador Relator.** (5007618-89.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA - Julgamento: 19/10/2022 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL COM A DECISÃO PROFERIDA PELA JUÍZA DA VARA DE EXECUÇÕES PENAS, POR MEIO DA QUAL FOI DEFERIDO O PEDIDO DO AGRAVADO DE CÔMPUTO EM DOBRO (50%), DE TODO O PERÍODO DE PENA RECLUSIVA EM CUMPRIMENTO NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO – IPPSC, INCLUSIVE, O PERÍODO POSTERIOR À REGULARIZAÇÃO DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO REFERIDO INSTITUTO PENAL, CONFORME OFÍCIO Nº 91/SEAP. PLEITO MINISTERIAL DE CASSAÇÃO PARCIAL DA DECISÃO PROFERIDA, COM VIAS A AFASTAR O CÔMPUTO EM DOBRO, A FAVOR DO PENITENTE AGRAVADO, DO PERÍODO DE TEMPO DE CUMPRIMENTO DE PENA NA ALUDIDA UNIDADE PRISIONAL, POSTERIOR A 05.03.2020, APÓS A REGULARIZAÇÃO DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO IPPSC. RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, PROVIDO. **Assim, considerando-se que, dentre os três períodos em que o penitente, ora agravado, esteve acautelado no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, dois deles (de 18.06.2021 a 23.07.2021 e de 01.10.2021 a 25.03.2022) se deram após cessada a situação degradante de superlotação da unidade prisional indicada, que ocorreu, em 05.03.2020, não faz o mesmo jus ao cálculo da pena em dobro, no tocante a referidos intervalos de tempo. RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, PROVIDO.** (5007246-43.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). ELIZABETE ALVES DE AGUIAR - Julgamento: 28/09/2022 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE SE INSURGE CONTRA A DECISÃO QUE CONCEDEU O CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA, EM FAVOR DO AGRAVADO, REFERENTE: À PERÍODO ANTERIOR À NOTIFICAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO, ACERCA DA DECISÃO DA CIDH; E DE PERÍODO EM QUE JÁ HAVIA CESSADA A CONDIÇÃO DE SUPERLOTAÇÃO DA UNIDADE PRISIONAL, ANTERIOR AO INGRESSO DO APENADO. PUGNA, AINDA, PELO RECONHECIMENTO DA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAMES CRIMINOLÓGICOS, EM RAZÃO DO DELITO TER SIDO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. **Parcial provimento do recurso ministerial, para cassar a decisão agravada, afastando, do cálculo da pena, o cômputo em dobro deferido, desde a data de ingresso do apenado na unidade IPPSC, ocorrida em 26/11/2021.** (5007640-50.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR - Julgamento: 28/09/2022 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE ACAUTELAMENTO NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO. RECURSO MINISTERIAL. 7.

**DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL para afastar o cômputo em dobro apenas quanto o período em que o Apenado permaneceu acautelado no IPPSC após a regularização do instituto, ou seja, a partir de 05/3/2020, com a adoção de medidas decorrentes.** (5007798-08.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). ADRIANA LOPES MOUTINHO DAUDT D' OLIVEIRA - Julgamento: 19/10/2022 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO. Execução Penal. Decisão do Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais, que determinou o cômputo em dobro de todo o tempo em que o apenado esteve acautelado no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (de 04/02/2021 até 15/03/2022), pela prática das infrações dos artigos 180, caput, do Código Penal; 2º, §2º, da Lei 12.850/13; 16, caput, da Lei 10.826/03; e 35, da Lei 11.343/06. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Cassação da decisão. Não computação da pena em dobro do ora, Agravante após a data de 05 de março de 2020. Em razão da superlotação do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e com base na Resolução de 22 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Magistrado de primeiro grau deferiu o cômputo em dobro da pena referente ao período integral de prisão cumprido pelo Agravado na instituição prisional. Ocorre que, a Resolução de 22 de novembro de 2018 da Corte, não estipulou marco final para implementação do prazo para o cômputo em dobro. A constatação da ausência do prazo final provê força absoluta à fixação do marco em 05 de março de 2020, data do ofício que informa regularização do efetivo carcerário. A situação da superlotação foi solucionada, não havendo mais que se compensar, já que o fato que ensejou a aplicação do prazo em dobro deixou de existir. Assim, no caso em apreço, deve ser cassada a decisão para que não seja a pena computada em dobro ao ora Agravado após a data de 05 de março de 2020. **RECURSO PROVIDO.** (500660203.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). KÁTIA MARIA AMARAL JANGUTTA - Julgamento: 18/10/2022 - SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA OS FINS DE TRÁFICO. CONTAGEM EM DOBRO DA PENA. INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO - IPPSC. DECISÃO QUE DEFERIU, EM 07 DE MAIO DE 2020, O PLEITO DEFENSIVO DE CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA CORPORAL DO APENADO ALEXANDRE PASCOAL DA SILVA DE 13 DE SETEMBRO DE 2019 ATÉ 5 DE MARÇO DE 2020. PRECLUSÃO. PEDIDO FORMULADO PELA DEFESA TÉCNICA, EM 21 DE FEVEREIRO DE 2022, PARA QUE SE TENHA A RECONSIDERAÇÃO PARCIAL DA DECISÃO JUDICIAL ANTERIORMENTE PROFERIDA COM O PROPÓSITO DE QUE SEJA CONTABILIZADO O PERÍODO EM DOBRO DA CUSTÓDIA NO INSTITUTO PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO POSTERIOR AO DIA 5 DE MARÇO DE 2020, O QUE FOI DEFERIDO PELO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAS PARA VALIDAR O PERÍODO ATÉ A DATA DE 4 DE MARÇO DE 2022. INCONFORMISMO MINISTERIAL. BOA-FÉ PROCESSUAL. DESDOBRAMENTO NO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

ARTIGO 5º, INCISO LIV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. OBJETIVO QUE SE IMPÕE NA PRESERVAÇÃO DA CONFIABILIDADE DA CONDUÇÃO PROCESSUAL. CERTO DENOTAR QUE A PRECLUSÃO, EM SUA FORMA CONSUMATIVA, DEVE PREVALECER SOBRE AS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA JÁ ARGUIDAS E DEVIDAMENTE DECIDIDAS. APESAR DE SE ENTENDER QUE AS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA SÃO PASSÍVEIS DE ARGUIÇÃO EM QUALQUER TEMPO OU GRAU DE JURISDIÇÃO, NÃO SE REVESTEM ESSAS MATÉRIAS DE CARÁTER ABSOLUTO, VISTO QUE, COMO JÁ ESCLARECIDO, PODEM ENCONTRAR ÓBICE NA PRECLUSÃO, NA MEDIDA EM QUE TAL INSTITUTO PROTEGE AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA COISA JULGADA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DOS PROCESSOS. AINDA QUE ASSIM NÃO FOSSE, REVELASE CLARO QUE A DECISÃO JUDICIAL ATACADA ESTÁ EM DESCONFORMIDADE COM OS ELEMENTOS DE PROVA E COM A PRÓPRIA NORMATIVIDADE QUE VEM CAPITANEADA COM A RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DATADO DE 22 DE NOVEMBRO DE 2018. ESTENSÃO DO CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA EM FAVOR DO APENADO ALEXANDRE PASCOAL DA SILVA, ORA AGRAVADO, REFERENTE AO PERÍODO DE 5 DE MARÇO DE 2020 À 4 DE MARÇO DE 2022, EM RAZÃO DELE TER PERMANECIDO ACAUTELADO NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ DE CARVALHO. OCORRE QUE, A PARTIR DO DIA 5 DE MARÇO DE 2020, NÃO MAIS EXISTE A JUSTIFICAÇÃO LEGITIMADORA DE QUALQUER FATO JURÍDICO QUE IMPLEMENTASSE A CONTINUAÇÃO DA CONTAGEM DE UM CÁLCULO DOBRADO PARA DO CUMPRIMENTO DA PENA DO AGRAVADO, PORQUANTO, CARENTE DE SUBSISTÊNCIA QUANTO A MOTIVAÇÃO LEGAL QUE LEVOU A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS A EDITAR A RESOLUÇÃO DE 22 DE NOVEMBRO DE 2018 E, ASSIM, RECONHECER O SOFRIMENTO DA PARTE ANTIJURÍDICA DA EXECUÇÃO DA PENA DOS APENADOS EM VIRTUDE DE JÁ TER SIDO REGULARIZADO O CONTINGENTE POPULACIONAL, CONFORME OFÍCIO SEAP/SEAPGBINETE SEI Nº 91/2020, ENCAMINHADO PELA SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA À VARA DE EXECUÇÕES PENAIS. **RECURSO PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.** (5007462-04.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). SIDNEY ROSA DA SILVA - Julgamento: 06/10/2022 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL)

Em sentido diverso, há precedentes do TJRJ que adotam a orientação segundo a qual a Resolução permanece vigente, acrescentando que o Estado brasileiro não atendeu a todas as medidas nela contidas, de modo que o cômputo em dobro da pena deve ser aplicado por todo e qualquer período cumprido no IPPSC.

Neste ponto, defende-se que as medidas determinadas na Resolução da CIDH versam sobre outros pontos além do enfrentamento do estado de superlotação, tais como:

1. Adoção das medidas necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho;
2. Erradicação concreta dos riscos de morte e de atentados contra a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no centro penitenciário;
3. Elaboração de um Diagnóstico Técnico e, com base nos resultados desse Diagnóstico, um Plano de Contingência para a reforma estrutural e de redução da superpopulação e da superlotação no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho;
4. Apresentação de relatório periódico, a cada três meses, com as medidas adotadas em conformidade com essa decisão.

Confirmam-se julgados nesse sentido:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. AGRAVADO QUE CUMPRE PENA PELOS CRIMES DE ROUBO MAJORADO, POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E RECEPÇÃO. DECISÃO QUE DEFERIU O CÔMPUTO EM DOBRO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO DE PENA NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO (IPPS), EM OBSERVÂNCIA À RESOLUÇÃO DE 22 DE NOVEMBRO DE 2018, EMANADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, CONCEDENDO O BENEFÍCIO DO DIA 27/12/2017 A 05/07/2019 E DE 10/03/2022 ATÉ A DATA QUE O APENADO PERMANECER NA REFERIDA UNIDADE PRISIONAL. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL, QUE REQUER A CASSAÇÃO DA DECISÃO ATÉ QUE SEJAM ELABORADOS EXAMES CRIMINOLÓGICOS NOS TERMOS FIXADOS PELA CIDH. SUBSIDIARIAMENTE, ALMEJA A FIXAÇÃO DA DATA DE 14/12/2018 COMO TERMO INICIAL E 05/03/2020 COMO TERMO FINAL PARA A APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. **Pleito de cassação da decisão que se refuta. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** (5000699-50.2023.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES - Julgamento: 01/06/2023 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. VEP. DECISÃO QUE DEFERIU O CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CESSAÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO. RESOLUÇÃO DA CIDH DE 22/11/2018 QUE NÃO IMPÕE PRAZO PARA A CONTAGEM EM DOBRO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO APENADO. ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE PRÉVIO EXAME CRIMINOLÓGICO, FACE À NATUREZA DO CRIME. AGRAVADO QUE CUMPRE PENA, EM RAZÃO DA PRÁTICA DE CRIMES DE ROUBO MAJORADOS NÃO SE ENQUADRA NA EXCEÇÃO TRAZIDA PELO ART. 128 DA RESOLUÇÃO DA



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **DECISÃO MANTIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.** (5009276-51.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO - Julgamento: 20/10/2022 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA CUMPRIDA NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO SÁ CARVALHO, NOS MOLDES DA RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. INCONFORMISMO MINISTERIAL. REJEIÇÃO.

**Recurso desprovido.** (5005589-66.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). SUIMEI MEIRA CAVALIERI - Julgamento: 18/10/2022 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECURSO MINISTERIAL CONTRA A DECISÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO QUE DEFERIU PLEITO DE CONTAGEM EM DOBRO DO TEMPO DE PENA CUMPRIDO NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO – IPPSC – COM BASE NA RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 22/11/2018. **RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

(500304508.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO - Julgamento: 11/10/2022 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

Agravo em Execução Penal. Cômputo em dobro do tempo em que o apenado esteve acautelado no Instituto Plácido Sá Carvalho (18.06.2021 até os dias atuais). Irresignação do Ministério Público. Comando normativo oriundo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, através da Resolução de 22 de novembro de 2018, no sentido de realizar o cômputo em dobro do tempo de pena cumprida pelo apenado no Instituto Penal Plácido de Sá. Tese recursal que pretende afastar a contagem em dobro do tempo de pena em período posterior à expedição de ofício pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, comunicando o término da superlotação na referida unidade prisional. Resolução da CIDH que não impõe prazo para a contagem em dobro. Questão que não se limita à superpopulação carcerária, mas também a outros fatores de igual seriedade, como a deficiência em matéria de saúde, insalubridade, alto índice de mortes. Precedentes do E. STJ. Decisão que determinou que o cômputo em dobro deve ser realizado em relação a todo período de cumprimento da pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Submissão e adequação da mesma ao posicionamento do e. STJ. **Manutenção. Recurso conhecido e desprovido.** (5003319-69.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). PEDRO FREIRE RAGUENET - Julgamento: 04/10/2022 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIAS QUE DETERMINOU O CÔMPUTO EM DOBRO DE TODO O TEMPO DE PENA

PRIVATIVA DE LIBERDADE CUMPRIDA PELO AGRAVADO NO INSTITUTO PLÁCIDO SÁ DE CARVALHO. RECURSO MINISTERIAL BUSCANDO A REFORMA DA DECISÃO, PARA QUE NÃO SEJA COMPUTADO O PRAZO EM DOBRO. PRETENSÃO QUE NÃO MERECE PROSPERAR. A QUESTÃO POSTA EM DEBATE CINGE-SE QUANTO À POSSIBILIDADE DE O CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA ALCANÇAR DATA ANTERIOR AO DA NOTIFICAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO DA DECISÃO ORIUNDA DA RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, OCORRIDA EM 22.11.2018. NO CASO EM TELA, VERIFICA-SE QUE O JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL, EM ATENÇÃO AO DETERMINADO NA REFERIDA RESOLUÇÃO, BEM COMO À ORIENTAÇÃO DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE FORMA ACERTADA, DETERMINOU O CÔMPUTO EM DOBRO DE TODA A PENA CUMPRIDA, E ENQUANTO LÁ PERMANECER CUMPRINDO, CONSIDERANDO COMO MARCO INICIAL A DATA EM QUE O APENADO INGRESSOU NA REFERIDA UNIDADE PRISIONAL. **MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** (5006765-80.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). LUIZ ZVEITER - Julgamento: 04/10/2022 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL)

Agravo em Execução Penal. Insurgência ministerial contra decisão da VEP que determinou o cômputo em dobro do período de acautelamento no IPPSC - Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, em período posterior à regularização da taxa de ocupação da unidade. A controvérsia paira sobre o marco final desta contagem. No caso vertente, o magistrado procedeu ao cômputo de 50% de todo o tempo de pena cumprida pelo apenado no Plácido de Sá no período de 01/03/2019 até a data da decisão prolatada em 21/03/2022. Pretende o MP que a contagem se encerre em 05/02/2020, data esta em que a SEAP comunicou a cessação da superlotação prisional. De acordo com a orientação do STJ, o cômputo em dobro deve ser realizado em relação a todo período de cumprimento da pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Inobstante tenha sido solucionado o problema de superlotação, há outros fatores de igual seriedade que se encontram pendentes de resolução, como a deficiência em matéria de saúde, insalubridade, deficiência assistencial, o alto índice de mortes. As reparações impostas pela CIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos) não se limitaram à superpopulação carcerária. Dito isto, a proteção do apenado deve ser ampliada, interpretando-se a norma de maneira mais favorável, tal qual decidido em primeiro grau. Precedentes do TJ nesse sentido. **RECURSO DESPROVIDO.** (5006857-58.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA - Julgamento: 27/09/2022 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. Irresignação do Ministério Público quanto à decisão do juízo da VEP que deferiu o cômputo em dobro de todo o tempo de pena cumprido pelo agravado no Instituto Penal Plácido Sá Carvalho. Em recente Decisão, prolatada no Recurso em Habeas Corpus nº 136961-RJ, o Superior Tribunal de Justiça se

posicionou no sentido de que “se efetue o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. De fato, não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pusesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena. Concretamente, é evidente que a situação desumana e degradante vivida pelos detentos do IPPSC, dentre eles o ora agravado, já era uma realidade muito antes da notificação do Estado Brasileiro, sendo devida a compensação pelos sofrimentos suportados por eles desde o início de seu encarceramento. A decisão agravada mostra-se, pois, incensurável e merece ser integralmente mantida. RECURSO DESPROVIDO. (5003175-95.2022.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). CELSO FERREIRA FILHO - Julgamento: 13/09/2022 - SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL)

AGRAVO EM EXECUÇÃO - RECURSO MINISTERIAL EM FACE DA DECISÃO DO JUÍZO DA VEP QUE DETERMINOU O CÔMPUTO EM DOBRO DO TEMPO EM QUE ORA AGRAVADO ESTEVE ACAUTELADO NO INSTITUTO PLÁCIDO SÁ DE CARVALHO, A CONTAR DA DATA DA RESOLUÇÃO EMITIDA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (31/08/2017 ATÉ 12/03/2018), OBJETIVANDO A REFORMA DO DECISUM, PARA QUE NÃO SEJA COMPUTADA A PENA EM DOBRO NO ALUDIDO PERÍODO UMA VEZ QUE É ANTERIOR À NOTIFICAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO DA REFERIDA RESOLUÇÃO, OCORRIDA SOMENTE EM 14/12/2018 - **DESCABIMENTO** – NÃO OBSTANTE OS ARGUMENTOS LANÇADOS PELO AGRAVANTE, EM RECENTE DECISÃO DATADA DE 28/04/2021 A E. 5ª TURMA DO STJ, NOS AUTOS DO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 136961 - RJ (2020/0284469-3) ENTENDEU POR APLICAR O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE PARA DECIDIR PELO CÔMPUTO DA PENA DE MANEIRA MAIS BENÉFICA AO CONDENADO QUE É MANTIDO PRESO EM LOCAL DEGRADANTE, E QUE POR PRINCÍPIO INTERPRETATIVO DAS CONVENÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS, É PERMITIDO AO ESTADO-PARTE AMPLIAR A PROTEÇÃO CONFERIDA POR ELAS, DESTACANDO QUE AS SENTENÇAS DA CIDH DEVEM SER INTERPRETADAS DA MANEIRA MAIS FAVORÁVEL POSSÍVEL PARA QUEM TEVE SEUS DIREITOS VIOLADOS, SALIENTANDO QUE “ O SUBSTRATO FÁTICO QUE DEU ORIGEM AO RECONHECIMENTO DA SITUAÇÃO DEGRADANTE JÁ PERDURAVA ANTERIORMENTE, ATÉ PARA QUE PUDESSE SER OBJETO DE RECONHECIMENTO, DEVENDO, POR TAL RAZÃO, INCIDIR ( CÔMPUTO EM DOBRO ) SOBRE TODO O PERÍODO DE CUMPRIMENTO DA PENA “, RESTANDO PATENTE QUE TAL DECISÃO VAI AO ENCONTRO DA RECOMENDAÇÃO REPARADORA DOS DIREITOS HUMANOS ORIUNDA DA CIDH - **DESPROVIDO O RECURSO MINISTERIAL.** (5009173-

78.2021.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA - Julgamento: 26/04/2022 - SEXTA CÂMARA CRIMINAL)

Agravo de execução ministerial. Hostilização da decisão da VEP que concedeu ao Agravado o cômputo em dobro do período de cumprimento de pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, em período anterior à notificação do Estado Brasileiro (de 03.10.2014 a 13.12.2018). Recurso que persegue a reforma de decisão para que não seja computada a pena em dobro do ora Agravado em período anterior à notificação do Estado Brasileiro ocorrida somente em 14.12.18. Mérito que se resolve em desfavor do Agravante. Comando normativo oriundo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, através da Resolução de 22 de novembro de 2018, no sentido de realizar o cômputo em dobro do tempo de pena cumprida pelo apenado no Instituto Penal Plácido de Sá. Controvérsia que se restringe a saber qual o termo inicial para a referida contagem em dobro. Orientação do STJ no sentido de que o cômputo em dobro deve ser realizado em relação a todo período de cumprimento da pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e não somente após a notificação do Estado-parte, pois “não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. (...) devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena”. (STJ). Recurso a que se nega provimento. (5009702-97.2021.8.19.0500 - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Des(a). CARLOS EDUARDO FREIRE ROBOREDO - Julgamento: 15/02/2022 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL)

Em que pese a controvérsia observada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pode-se afirmar que recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça revelam uma tendência de posicionamento no sentido da aplicação da compensação abrangendo todo o período de acautelamento no IPPSC (afastando a possibilidade de adoção de termo final correspondente à data em que foi constatado o fim do estado de superlotação).

Nessa direção, em decisão monocrática, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca destacou que “*os elementos que levaram a CIDH a reconhecer a existência de violação dos direitos humanos dos encarcerados não se restringem à constatação da superlotação carcerária, mas abrangiam também as condições insalubres do presídio, a falta de acesso à saúde, condições de segurança e controle internos*” (HC n. 781.951, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 08/11/2022).

No mesmo sentido foram proferidas recentíssimas decisões (monocráticas) da Corte Superior, que ao apreciar a questão acerca do marco final do cálculo diferenciado proposto pela CIDH, acabou por “*restabelecer a decisão de primeiro grau, que determinou o cômputo em dobro do tempo em que o apenado esteve acautelado no Instituto Plácido de Sá Carvalho, com*

*base na Resolução CIDH de 22/11/2018 (HC n. 809.133, Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 12/06/2023).*

De igual modo foi a decisão monocrática proferida no HC n. 806.238, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 07/06/2023.

## **CONCLUSÃO**

Essas foram breves considerações acerca da implementação da compensação penal para pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

Com efeito, deve ser reconhecido o esforço dos atores envolvidos no inafastável dever do Estado Brasileiro de cumprir as determinações da Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Muito se avançou neste processo, sobretudo a partir de diálogos interinstitucionais em busca da melhor compreensão e da construção conjunta de uma solução para o caso.

Por sua vez, a existência de decisões díspares envolvendo o tema é fator gerador de insegurança e imprevisibilidade ao jurisdicionado e, em última análise, ao sistema de tutela de direitos humanos. Fenômeno que expõe um indesejável obstáculo ao cumprimento integral e irrestrito das obrigações do Estado Brasileiro frente à comunidade internacional.

São essas as considerações que foram submetidas a debate no âmbito do Grupo Criminal do Centro de Estudos e Debates (CEDES) e trazidas no presente trabalho.

## ESPORTE E VIOLÊNCIA

*Antonio Carlos Esteves Torres<sup>1</sup>*

Não é de hoje que a violência domina as atividades esportivas no país. Aliás, a título de lembrete, os gladiadores, no Coliseu, por exemplo, exultavam com a manifestação do público, a exigir a morte do vencido, quando os Césares voltavam para baixo o polegar. Esporte e violência, historicamente, ao longo dos séculos, ora se aproximam, ora se afastam e a depender da modalidade esportiva e da cultura, a violência poderá estar no âmago da própria competição, como nas artes marciais, no boxe e nas atuais disputas de MMA. Independentemente de uma definição do conceito de “violência”, não foram poucos os lutadores de boxe que terminaram a vida com danos cerebrais irreparáveis: Muhammad Ali (o irreverente Cassius Clay), o mais elegante e vencedor, resultado dos golpes recebidos, dizem os cientistas especializados, morreu com dificuldades de movimento que agravavam seu aspecto hesitante e trêmulo (Parkinson?).

O problema se apresenta, em seus desdobramentos sociológicos, quando a violência ultrapassa o âmbito controlado, ou permitido, da disputa, sai da arena, envolve o público que assiste o espetáculo nas arquibancadas. Passam-se os anos e a assistência, a seu turno, especialmente em disputas de modalidades coletivas, que em essência não são violentas, futebol, futebol americano, bola ao cesto, converteu a mera presença nos estádios em espetáculos de injúria racial explícita e aviltante, de ameaça, de vias de fato, de lesão corporal, quando não de homicídio qualificado.

---

<sup>1</sup> Desembargador. Coordenador de Estudos Especiais do CEDES. Com a colaboração de Eduardo Junqueira, Secretário do CEDES

Não é raro também que, nos grandes centros, verdadeiras batalhas campais, antes e depois do evento, eclodam ao redor dos estádios, entre torcidas rivais e até mesmo entre adeptos do mesmo time.

O Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003) é claro ao assinalar a responsabilidade de todos na prevenção da violência nos estádios e ao redor deles. Para tanto, logo no art. 1º-A, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.299/2010, enumera aquelas associações, entidades públicas e privadas, envolvidas na organização do espetáculo:

Confederações, federações, ligas, clubes, associações ou entidades esportivas, entidades recreativas e associações de torcedores, inclusive de seus respectivos dirigentes, bem como daqueles que, de qualquer forma, promovem, organizam, coordenam ou participam dos eventos esportivos.

No contexto em que foi editado, já se tinha em vista o grande negócio que é o espetáculo esportivo, em suas diversas modalidades, e as vultosas somas que movimenta. Não seria razoável deixar em abandono e sem qualquer espécie de marco regulatório ou disciplina, atividade geradora de divisas tão expressivas e, no caso do futebol, elemento ainda de nossa cultura e identidade.

É preciso reconhecer, todavia, que o diploma, entre nós, surgiu com alguns anos de atraso, em vista da terrível advertência dada em 1985, no Estádio de Heysel, na Bélgica.

De triste lembrança, a tragédia que vitimou 40 torcedores e deixou mais de 600 feridos, quase todos italianos, ocorreu na final da Liga dos Campeões, em jogo disputado entre Liverpool e Juventus. Atribuída aos temidos *hooligans*, mas também em parte à (des)organização da partida, que misturou adeptos das duas agremiações em uma única ala da arquibancada, a punição iria recair sobre todas as equipes inglesas, integralmente responsabilizadas e banidas das competições esportivas europeias por cinco anos.

Não apenas em vista da busca pela lisura dos resultados, do respeito ao torcedor, que também ostenta a natureza de “consumidor”, o Estatuto do Torcedor, no campo penal, além das medidas cautelares a serem impostas pelo Juiz, estipulou penas que variam dos dois aos oito anos, além de multa, infelizmente, cominando aquelas mais severas para os fraudadores de resultados dos jogos, em relação aos protagonistas dos atos de barbárie, racismo torpe e dos que promovem a violência.

Em artigo do mês passado, publicado em O Globo, o Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo, Presidente do Tribunal de Justiça, em uso de linguagem acessível a todos – prova de que Sua Excelência é sensível ao diálogo com a sociedade – assevera que: “*Não se pode calar a alegria de um torcedor*”, título do artigo, a lamentar a violência de alguns bárbaros em sugestão à tomada de medidas de segurança. Quanto ao Judiciário, o Presidente deixa bem claro: não vamos nos eximir.

É fato que o Poder Judiciário Fluminense de modo objetivo tem atuado exemplarmente, ao manter, não apenas no estádio de futebol, mas nos espetáculos e shows de uma maneira geral, em funcionamento permanente, o Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos, programa dos mais bem-sucedidos no que toca ao oferecimento imediato da jurisdição quando ela é requerida em caráter de urgência.

Por outro lado, o texto do Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo é oportuno, e por duas importantes razões: do ponto de vista formal, escreve o que se entende, afastado o perigoso juridiquês, o jargão, o hermetismo, e ensina o indispensável sobre o direito fundamental, secularmente inalienável, da liberdade de expressão.

Como a ideia exposta não é apenas para o cidadão leigo, o autor lança à lembrança de todos, especialmente aos profissionais do direito, que devemos refletir “*que nem sempre o que se estabelece é a solução ideal*”.

Assim é que os magistrados, diante de um litígio, não só no tocante às explosões esportivas de alegria ou de protesto, mas em qualquer situação do relacionamento humano, é obrigado a rever conceitos sociológicos, manter cuidados psicológicos, usar de raciocínio filosófico, a fim de que possa decidir com equilíbrio nesse estreito domínio, como o navegante que viaja entre Cila e Caríbdis.

E vejam que estamos diante de um campo repleto de dificuldades, no que toca à definição e caracterização do comportamento, da psicologia do homem na multidão. Quanto um cidadão de bem, ordeiro e cumpridor, pode se deixar influenciar pela coletividade, transformando-se de indivíduo educado em incivilizado; de pacato em violento?

Em recente evento levado a efeito perante o Instituto dos Magistrados do Brasil (IMB), o Desembargador Carlos Santos de Oliveira, Diretor-Geral do CEDES, partiu também da lógica desse delicado equilíbrio, via estreitíssima a que o magistrado está sujeito na ponderação de direitos. Ao abordar a relatividade do direito à propriedade, no uso de imóvel, quando o morador, proprietário ou inquilino, embora em pleno exercício do direito de moradia, excede esta faculdade. Como se extrai do art. 5º, X e XI, da CF, sujeita-se à indenização por dano material



ou moral, ou, na hipótese de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, por determinação judicial, perde o direito à inviolabilidade da casa. O Des. Carlos Santos de Oliveira mencionou, ainda, para efeitos de explicação geral, a circunstância de ruído, efetuado geralmente em festividades, após as dez horas, em desrespeito ao descanso de vizinhos.

Aí está a especificidade de conceitos e definições. Ao esbordoar a própria mochila, como demonstração de alegria por um tento assinalado em favor de seu clube, a despeito da violência. “*O estádio é o cenário dessa exteriorização do sentimento humano*”, diz S. Ex<sup>a</sup>. o Desembargador presidente do TJRJ, no artigo mencionado. Infringe-se a lei? E se o gesto exagerado assustar uma criança que esteja a seu lado, impondo ao menor um susto que a leve sentir medo ou horror, levando-a a derramar-se em soluços e lágrimas? E o que dizer de certa tolerância, hoje talvez não mais permitida, no linguajar, no calão, na injúria proferida por cinquenta mil pessoas em um estádio?

Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito (*Pure Theory of Law – an appropriate theory of law must be pure, that is free of extra-legal influences of any type*), excluiu dos conceitos jurídicos aspectos filosóficos, sociológicos, psicológicos, o que o fez sofrer severas críticas. Kelsen acreditava na especificidade da disciplina do direito, que se bastava por si, promovendo como método que se afastava de todos os aspectos extrajurídicos, como a sociologia, filosofia, ideologia, psicologia, política, ética e assim por diante.

As dúvidas estruturais nascidas do confronto entre a lei e o fato, como Ronald M. Dworkin chama a atenção para casos que denomina *hard cases*, na hipótese em que uma determinada lei não ofereça a solução ao caso que regula, obrigam a enveredar por instituições que os precedem, e o juiz tem que atuar discricionariamente, para decidir.

Impõe-se ao juiz a aplicação de, como expôs Pontes de Miranda, em seu *À Margem do Direito (Ensaio de Psicologia Jurídica)*:

Desde a interpretação das leis, que se efetue por processos científicos, até os problemas que nos antolhem, de quando em quando, os problemas psicossociais mais em conta, indo ressaltar no corpo enfermeiro das codificações, podemos examinar inúmeras lacunas e omissões desapropositadas (*sic*) em todos os ramos do direito.

E concluí, de modo a justificar o estudo de casos especiais, na seção específica do CEDES, para auxílio do raciocínio da Magistratura: **“O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica”** (op. cit. páginas 29/30 e 150).

Desta forma e com os propósitos do CEDES, ficam esclarecidas as fórmulas generalizadas de expor o universo jurídico, e seu emprego em desarranjos litigiosos, a quem não pertence ao âmbito jurídico, por força de obrigação profissional.

O legislador nacional assegura o *modus faciendi* do julgador, com base no art. 20, do Decreto-Lei nº 4657/1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010), e de acordo com as disposições incluídas pela Lei nº 13.655/2018, dirigindo o ato decisório à motivação demonstradora da validade ou invalidade do fato em julgamento. O CEDES tem na coleção de ordem teórica a apreciação das circunstâncias, nesta hipótese, a organizar o raciocínio do Magistrado de acordo com a tolerância e proporcionalidade das medidas a serem observadas na composição do litígio.

## A IMPORTÂNCIA DE UMA REDEFINIÇÃO DO REGRAMENTO DA LEI ANTITERRORISMO PARA A SEGURANÇA PÚBLICA<sup>1</sup>

Gracia Cristina Moreira do Rosário<sup>2</sup>

### RESUMO

Com o presente trabalho procura-se demonstrar a necessidade de se redefinir o tipo penal do crime de terrorismo, disciplinado pela Lei nº 13.260/2016, com o propósito de expandir o rol de elementos normativos definidores da conduta incriminadora, bem como avaliar os impactos positivos que a alteração legislativa pode significar para a implementação de uma Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social norteadas pelos princípios da Lei nº 13.675/2018 e para os demais órgãos de segurança e inteligência que atuam no enfrentamento de tais ameaças. Visando o aperfeiçoamento do regramento jurídico teceremos uma análise crítica à proposta legislativa contida no PL nº 83/2023, que propõe a adoção do critério de motivação política para configuração da conduta infracional. Para tanto adotamos os métodos dedutivo e tipológico, conseguidos por meio da revisão bibliográfica ao conteúdo aqui descrito e da experiência das aulas ministradas na Escola Superior de Defesa.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Dignidade da Pessoa Humana. Segurança Pública. Terrorismo.

### THE IMPORTANCE OF REDEFINING COUNTER TERRORISM LAWS FOR PUBLIC SAFETY

#### ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the need for the redefinition of the crime of terrorism, as it is disciplined by Counter Terrorism Law nº 13.260/2016, with the purpose of expanding the list of normative elements that define its criminal conduct, as well as evaluating the positive impacts that the legislative change might mean for the implementation of a National Policy on Public Security and Social Defense guided by the principles contained in Brazilian federal law - nº 13.675/2018 and for the other security and intelligence agencies that act in the wake of such threats. Aiming for the improvement of the legal regulation we also performed a criticism of the legislative proposal contained in initiative nº 83/2023 which suggests the adoption of the criterion of political motivation for the configuration of terrorist action. For that, we adopted the deductive and typological methods, obtained through the bibliographic review of the content here described and the experience taught at the classes of the Escola Superior de Defesa.

**Keywords:** Democratic State of Law. Human Dignity. Public Safety Terrorism.

---

<sup>1</sup> Trabalho de Conclusão de Curso, sob a orientação do Prof. Dr. Christian Vianna de Azevedo, apresentado à Escola Superior de Defesa, como exigência parcial para obtenção do título de *Especialista em Inteligência Estratégica*. Gentilmente cedido pela autora para a presente edição.

<sup>2</sup> Juíza Titular da 1ª Vara de Órfãos e Sucessões.

## SUMÁRIO

**1. INTRODUÇÃO; 922. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SEGURANÇA PÚBLICA; 3. ATUAÇÃO DA INTELIGÊNCIA NA PERCEPÇÃO DE AMEAÇAS; 4. TERRORISMO E A LEI ANTITERRORISMO. 5. CONCLUSÃO; REFERENCIAS**

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo foi elaborado com o propósito de tecer uma análise crítica às lacunas contidas na da Lei Antiterrorismo - nº 13.260/2016 e ao Projeto de Lei nº 83/2023 que, dentre outras medidas, busca expandir o tipo penal do crime de terrorismo para que este passe a prever entre seus elementos definidores a motivação política. Visando a busca e o aperfeiçoamento do regramento jurídico, defenderemos que ao invés considerar razões de cunho político como elemento culminante da conduta criminosa, que a proposta legislativa, caso venha a ser acolhida, passe a considerar a motivação ideológica como elemento configurador do tipo penal.

Aproveitaremos deste introito para esclarecer desde já que a Lei nº 13.260/2016 exige três requisitos concomitantes para a configuração da infração penal, estes são: 1) a realização de atos contra a vida, integridade física, instalações ou espaços públicos ou o uso de objetos que causem destruição em massa; 2) por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião; e 3) com o objetivo de provocar terror social ou generalizado.

Por força do princípio da reserva legal, também conhecido como princípio da legalidade estrita, expresso no art. 1º do Código Penal e no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, é vedado o emprego interpretação expansiva, bem como o uso da analogia *in malam parte* no âmbito do direito criminal. Portanto atos violentos e de expressivo potencial lesivo à segurança pública mesmo que reúnam em si os demais elementos do tipo penal, mas que não sejam cometidas em razão da xenofobia, discriminação de raça, cor e religião, não se enquadrarão na tipificação do terrorismo.

Concordamos em parte com as justificativas que motivaram a proposta apresentadas pelo Projeto de Lei nº 83/2023. Neste, o legislador propõe a inclusão da motivação política no segundo elemento definidor do crime, o que expandiria o escopo de aplicação do tipo penal e colaboraria para a concreção dos demais objetivos previstos na lei, possibilitando aos agentes de segurança que atuem em esferas onde hoje não se faz possível. Entretanto, pelas razões que serão expostas argumentamos que a alteração legal deve também tipificar a motivação ideológica além da política, assegurando que não ocorra a prática de condutas terroristas, por via transversa, escudadas por considerações de natureza política, filosófica, religiosa, ideológica ou qualquer outra similar.

O resultado que se espera, além de aprofundar o debate acerca do tema e trazer a lume seus aspectos doutrinários, é analisar os impactos e desdobramentos que eventual redefinição do regramento poderá trazer para a garantia da segurança pública. Do ponto de vista metodológico, nos valeremos da técnica dedutiva, desenvolvida com o apoio da pesquisa bibliográfica pertinente, bem como pela interpretação do próprio texto normativo.

O ponto de partida para a nossa análise será uma explicação sobre a concreção dos princípios constitucionais e sua relação com a defesa da dignidade da pessoa humana e a salvaguarda dos direitos fundamentais. Abordaremos, especificamente, a segurança pública e como esta dialoga com o sistema introduzido pela lei antiterrorismo. O amparo dos ensinamentos daqueles que, com esmero, se debruçaram sobre a dogmática constitucional se prova particularmente favorável ao desenvolvimento do argumento deste estudo.

A segunda etapa se propõe a examinar o arranjo institucional do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), instituído pela Lei nº 13.675/2018 e os demais fundamentos do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN), bem como os princípios que norteiam as atividades de monitoramento, vigilância e inteligência. Desta breve análise procuramos explicitar o papel fundamental que a condução Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social exerce para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Qualquer pesquisa sobre o terrorismo estaria incompleta se não for dedicada, ainda que de forma breve, ao panorama histórico e ao feixe de debates ideológicos e sociopolíticos que o permeiam. Sendo assim, o capítulo terceiro se dedica à análise do conceito de terrorismo, às fontes internacionais e à maneira como a comunidade dos países reage e promove seu enfrentamento, bem como a conjuntura social que culminou na promulgação da lei nº 13.260/2016. Por fim, teceremos algumas considerações sobre a forma e o conteúdo jurídico da legislação antiterrorismo.

## **2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SEGURANÇA PÚBLICA**

O predomínio dos direitos humanos e sua primazia como valor fundamental da ordem jurídica é um dos postulados onde se assenta a concepção moderna do Estado de Direito. O homem, somente em virtude da sua condição como ser humano e a despeito das demais circunstâncias e imposições materiais, é detentor de direitos intrínsecos, inalienáveis que devem ser reconhecidos pelos seus semelhantes e pelo Estado, independentemente de qualquer outra conjuntura.

As experiências desastrosas vivenciadas pela humanidade nas duas grandes guerras da primeira metade do século XX levaram à ressignificação do valor da vida humana resultando na promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia das Nações Unidas em 1948, seguidos pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCO), propostos em 1966, ainda na conjuntura da Guerra Fria. Os três tratados identificam na plenitude da dignidade da pessoa humana o fundamento para a liberdade, justiça, segurança, o predomínio e a defesa da paz no cenário internacional.

Não podemos perder de vista que a dignidade da pessoa humana deriva de uma dupla concepção. Primeiramente, a dignidade que se protege se materializa num plano horizontal, no direito individual de proteção do indivíduo face aos abusos cometidos pelo próprio Estado. O constitucionalismo liberal preconizou a autonomia privada sobre o absolutismo monárquico do século XVI e dessa forma criou as condições inaugurais para o surgimento de mecanismos de contenção do poder estatal.

Em sua segunda acepção, a defesa da dignidade humana se revela no dever fundamental de tratamento igualitário entre indivíduos. Por certo, que a valorização dos elementos que garantem a indemnidade da existência humana também se desdobra no plano vertical, no trato entre indivíduos privados. É da articulação destas duas dimensões que se extrai um direito e um dever indistintamente conferido a todos: o de ter sua dignidade acolhida e, conseqüente, respeitar a do próximo.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo

que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. (MORAES, 2021, p. 103, 104).

Na visão de Ingo Sarlet a defesa da pessoa humana e sua dignidade intrínseca se projeta como fundamento axial para o constitucionalismo contemporâneo. Muito embora, os demais princípios constitucionais não sejam necessariamente derivados da valorização da dignidade da pessoa humana, todos colaboram, em menor ou maior escala, para que esta venha a ser concretizada de forma plena:

A dignidade da pessoa humana, como, aliás, já tem sido largamente difundido, assume a condição de matriz axiológica do ordenamento jurídico, visto que é a partir desse valor e princípio que os demais princípios (assim como as regras) se projetam e recebem impulsos que dialogam com os seus respectivos conteúdos normativo-axiológicos, o que não implica aceitação da tese de que a dignidade é o único valor a cumprir tal função nem a adesão ao pensamento de que todos os direitos fundamentais (especialmente se assim considerados os que foram como tais consagrados pela Constituição) encontram seu fundamento direto e exclusivo na dignidade da pessoa humana. A dignidade humana, para além de ser também um valor constitucional, configura-se como – juntamente com o respeito e a proteção da vida – o princípio de maior hierarquia da CF/88 e de todas as demais ordens jurídicas que a reconheceram. (SARLET, 2015, p.67).

Fato é que a prevalência da dignidade e os direitos da pessoa humana, bem como os demais objetivos fundamentais da república, não poderão ser verdadeiramente atingidos até que um ambiente onde prevalência da paz seja estabelecida. A segurança (aqui entendida de toda forma: pública, jurídica, individual) encontra-se associada de forma estreita com o desenvolvimento do próprio Direito. Sem a normalidade proporcionada por um ambiente de aderência às normas e apaziguamento legal dos conflitos, as disposições dos particulares em direção ao usufruto de direitos e cumprimento de deveres estaria afetada de forma deletéria. Nos parece claro que a sociedade anseia pela afirmação de uma segurança que seja efetiva e duradoura, evidência disso é a proeminência que o tema assume quando invocado pelos veículos de imprensa ou trazido à luz pelo debate público.

A segurança pública possui como fim precípua proteger os direitos individuais e sociais dos cidadãos em ordem que se preserve o estado democrático de direito como este é concebido pela Carta Maior. Já em seu preâmbulo, a Constituição Federal reconhece a segurança como um dos valores supremos a ser resguardado pela atuação e vigilância do poder público. Encontra-se no art. 5º como direito individual e como direito social no art. 6º. Para sua defesa se autoriza a instauração de ação civil pública. Figura ainda quando sua violação por parte do Presidente da República configura-se crime de responsabilidade nos termos do art. 85, IV.

O comando constitucional expresso no artigo 144 nos remete à necessidade da preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, que deverá ser mantida por meio dos órgãos de atuação policial. Desta forma a segurança pública se revela como direito difuso, passível de constante aprimoramento, seja através da reformulação de sua estrutura institucional, adoção de inovações tecnológicas e metodológicas ou aprimoramento legislativo.

Contudo, cabe aqui o alerta que uma eventual predominância absoluta do interesse público em detrimento das garantias individuais, sob à guisa de enfrentamento à potenciais ameaças e garantia da ordem, se provaria incompatível com a ordem constitucional. Da mesma forma que não atende ao Estado de Direito que se faça uso de tais garantias como uma proteção abstrata à toda sorte de atividade ilícita, sob pena de transfiguração de seu real propósito. Direitos fundamentais de natureza principiológica não são ilimitados, ao inverso disso, sua característica é a da relatividade, na medida que tais princípios se limitam reciprocamente (MORAES, 2021)

Cabe ao juiz, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, buscar pelo equilíbrio de todos os valores constitucionalmente relevantes e através do juízo de



ponderação, decidir sobre qual direito fundamental em colisão deverá prevalecer no caso concreto.

Feitas estas primeiras considerações, cumpre analisar a adequação das recentes respostas do poder público frente às novas ameaças que cingem a sociedade. Políticas públicas devem nortear o enfrentamento de todas as expressões atuais da criminalidade aprimorando os instrumentos jurídicos à disposição das forças de segurança pública.

### **3. ATUAÇÃO DA INTELIGÊNCIA NA PERCEPÇÃO DE AMEAÇAS**

O trabalho realizado pela equipe do Instituto de Pesquisa Econômica, aplicada em 2023, traz um Pacto Nacional de Segurança Pública, corroborando para um melhor atuar das forças de defesa no Brasil. Ao assumir a coordenação da política de segurança pública, a União criou o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), instituído pela Lei nº 13.675/2018, com o objetivo de integrar os órgãos de segurança e inteligência nacionais, padronizar a computação de estatísticas, rotinas funcionais e procedimentos das forças policiais, visando a integração de todos os órgãos que compõe o sistema de defesa nacional.

Tendo a eficiência como princípio basilar, as orientações contidas no novo regramento se destinam a possibilitar a cooperação de todos os órgãos da segurança pública, como as polícias civis, militares e federal, as secretarias de segurança e as guardas municipais. O objetivo constitucional de promover a segurança pública e assegurar a prevalência da paz no território nacional deve ser cumprido através do enfrentamento da criminalidade, especialmente no que se refere aos atos violentos que assolam a sociedade brasileira.

A Lei nº 9.883/1999, responsável pela fundação da Agência Brasileira de Inteligência

(ABIN) e do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN), conceituou no artigo 1º, § 2º, a Inteligência como: "atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos, dentro e fora do território nacional, sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado".

O fenômeno da inteligência abrange tópicos como percepção de riscos, controle de ameaças e a exploração das capacidades de desenvolvimento e aperfeiçoamento de medidas de combate ao crime. Trata-se de assunto de Estado, no qual o acesso se faz restrito e suas

informações circulam sob classificação, ficando adstritas apenas ao círculo de profissionais credenciados. A Inteligência lida com saberes encontrados na sociedade e essa comutação imprime maior eficiência ao seu exercício. Dentre os princípios que norteiam seu exercício enumeramos: (1) objetividade: onde a atividade de inteligência deve respeitar as metas como determinadas; (2) oportunidade: as informações devem ser concluídas em tempo hábil para não se tornarem obsoletas; (3) segurança: o trabalho deve ser sigiloso, dando acesso apenas aos indivíduos que devem tomar conhecimento das atividades. (GONÇALVES, 2018)

A prevenção do terrorismo pelo Estado traduz a segurança para o cidadão, bem como a legitimidade do país perante os demais estados. Instituições como a ABIN, Forças Armadas, Polícia Federal acompanham grupos terroristas, como as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) nesse país, baseado em leis extravagantes (lavagem de dinheiro, tráfico de drogas).

Uma mudança legislativa na Lei Antiterrorismo seria positiva para toda a coletividade. Mas o setor de Inteligência já atua acompanhando atos de terrorismo utilizando as ferramentas existentes. Nenhuma nação pode descuidar das medidas de segurança, pois o objetivo dessas organizações se direciona em destruir a sociedade e seus valores (GONÇALVES 2018).

Por vezes, os termos segurança e defesa são empregados como se fossem sinônimos, mas ainda que os dois conceitos estejam intrinsecamente conectados, a segurança se refere à condição harmônica que, quando plenamente instaurada, permite a perpetuação da autonomia e da integridade nacional e o livre exercício dos direitos constitucionais, enquanto a defesa é o conjunto de instrumentos, procedimentos e ações com a projeção necessária a concretizar este estado de paz. “Segurança está relacionada com o sentimento de ameaça percebido pela sociedade, ao passo que Defesa consiste nas ações estatais para anular as ameaças, empregando preponderantemente o poder militar.” (CODINHOTO, 2013, p. 53).

Compreendemos que a segurança nacional é um dos elementos basilares para a manutenção do Estado Democrático de Direito e todo o setor de inteligência deve ser integrado à concretização dos objetivos constitucionais de fundação de uma sociedade harmônica, plural e pacífica, devendo ser empregada no enfrentamento de ameaças que possam abalar a plenitude desta ordem.

#### **4. TERRORISMO E A LEI ANTITERRORISMO.**

Ainda que considerações sobre o crime de terrorismo encontrem seu marco inicial na década de 50, a abordagem legislativa ainda era bastante tênue e os debates tidos no Congresso Nacional se mesclavam a outros temas, tais como a lavagem de dinheiro e organizações criminosas. A primeira tentativa de se preencher esta lacuna se deu com a Lei de Segurança Nacional – nº 7.170/1983 que incluiu na redação do seu art. 20 a expressão “atos de terrorismo” ao lado de outras condutas previstas no tipo penal. Hoje revogada pelo advento da lei nº 14.197/2021, a doutrina da Lei Segurança Nacional foi elaborada num momento conturbado da política nacional, o que redundou em seu viés repressivo, incompatível com a ordem constitucional contemporânea.

A Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) vigente naquele período, oriunda da recente ditadura militar e com seu arcabouço teórico remontando à ditadura de Vargas dos anos de 1940, permitia, na prática, enquadrar como “inimigo do Estado” tanto aqueles que fossem comprometidos com ideais distintos aos do governo vigente, quanto aqueles que fossem excluídos do sistema econômico e que, em suas demandas por inclusão e redistribuição, “ameaçassem” o status quo da elite econômica brasileira. (BRANDÃO; BRITO, 2014 p. 169)

A Constituição Federal de 1988 por sua vez estabeleceu como preceito fundamental norteador das relações internacionais o repúdio ao terrorismo, nos termos de seu art. 4º, VIII e classifica sua prática como crime inafiançável e insuscetível de graça ou de anistia, conforme art. 5º, XLIII. Entretanto, sendo esta uma norma de eficácia limitada, os mandamentos constitucionais citados não são em si suficientes para tipificar uma conduta como crime de terrorismo, carecendo de legislação infraconstitucional para que seja atingida sua eficácia.

A Lei de Crimes Hediondos - nº 8.072/1990 iterava o comando constitucional, conforme previsão de seu art. 2º, acrescentando também que a prática de terrorismo afastaria a concessão de liberdade provisória, o que posteriormente viria a ser afastado por decisão da Corte Suprema.

A mundialização do modelo econômico capitalista e a interligação das economias – o processo que conhecemos como globalização– trouxe mudanças para todo o panorama político, alterando de forma drástica as relações de poder tradicionalmente postas entre nações. O fenômeno da insurgência, derivada ou não de causas políticas, surge como uma nova ameaça aos poderes estabelecidos, sendo possível esta valer-se da tecnologia para coordenar ataques, desafiar governos, disseminar o caos social e – em situações extremas – até mesmo conquistar territórios (AZEVEDO, 2018). O emprego de técnicas terroristas não é um objetivo em si, mas uma ofensiva criminosa cujo intento se dirige a desmoralizar os sistemas de defesa atingidos e semear caos social entre a população afetada, e neste cenário de convulsão atingir o resultado último desejado pelas forças subversivas.

Neste sentido, pode-se dizer que o terrorismo é apenas uma parte, ou etapa, de um seqüenciamento de atos e engajamentos vinculados a um propósito político último, a que ele se vincula de maneira apenas indireta e não de maneira imediatamente perceptível. Desse modo, o terrorismo não deve ser entendido como uma estratégia propriamente dita; poderíamos chamá-lo, talvez, de um estratagema, num sentido um pouco mais rigoroso que o de um simples ardil, mas envolvendo necessariamente a idéia de despiste e ocultação de seus objetivos imediatos — mas não dos seus objetivos últimos (DINIZ 2002, p.12)

Podemos afirmar que atenção global dirigida ao tema e a intensificação do combate ao terrorismo internacional encontra um marco com os atentados ao World Trade Center, em Nova York, e ao Pentágono, em Washington, ocorridos em 11 de setembro de 2001. Por solicitação do então presidente da república Fernando Henrique Cardoso foi elaborado o Projeto de Lei nº 6.724/2001, com o objetivo de originar um novo título (XII) no Código Penal. Neste o terrorismo seria tipificado pelo futuro art. 371 e tal regulamentação substituiria no que concerne a Lei de Segurança Nacional.

Cumprе ressaltar que, inicialmente, a concretização de uma legislação nacional com o objetivo de coibir ações terroristas não se deu por uma demanda interna, episódio específico ou diante do recrudescimento da prática criminosa, mas adveio da pressão exercida

pela comunidade internacional diante da iminência dos Jogos Olímpicos de 2016 a ser celebrados na cidade do Rio de Janeiro.

Desde os atentados do 11 de Setembro que já se evidenciava o desencadear de um processo de globalização do terrorismo, seja pela intenção dos seus perpetradores e dos efeitos de seus atos, seja pela onipresença dos meios de comunicação de massa divulgando imagens, depoimentos e documentários que acabam por forçar a opinião pública a se defrontar com a excepcionalidade e a violência de tais acontecimentos (IANNI, 2004). Além do trauma deixado pelo ataque às Torres Gêmeas, muitos foram os acontecimentos ocorridos ao redor do mundo que fundamentaram receio que o Brasil, país-sede das Olimpíadas vindouras viesse a se tornar alvo da ação de terroristas.

Apenas para apresentar uma coletânea, ainda que não exaustiva, de episódios que à época receberam destaque nas manchetes dos principais veículos internacionais de imprensa, citamos a execução dos cadetes iraquianos por membros do Estado Islâmico (2014), o ataque dos extremistas da célula terrorista do Boko Haram às cidades Maiduguri e Dorro Gouron (2015), o assassinato dos jornalistas do Charlie Hebdo (2015) e o massacre dos frequentadores da boate Bataclan, em Paris (2015). Eventos trágicos que causavam comoção e apreensão na comunidade internacional.

Para prevenir que um cenário semelhante pudesse ocorrer em solo nacional e com o objetivo de preservar a segurança pública, o ordenamento penal brasileiro recepcionou a Lei Antiterrorismo - nº 13.260/2016. Compartilhando assim do consenso então mantido pela Assembleia das Nações Unidas e pelas principais potências globais de que medidas incisivas e efetivas deveriam ser travadas em ordem de lidar com a ameaça do terrorismo internacional, sendo esta uma questão que extrapola as fronteiras de uma única nação eis que facções terroristas poderiam atingir qualquer localidade do globo, sendo necessária a cooperação de mecanismos internacionais para enfrentá-lo.

Cabe rememorar que após a entrada em vigor da Lei Antiterrorismo tivemos a Operação Hashtag, onde a Divisão Antiterrorismo da Polícia Federal pôs fim às ações de agrupamento simpatizante às ações do Estado Islâmico que, atuando de forma clandestina nas redes sociais, buscava promover a implementação de uma célula terrorista do grupo em território nacional. Neste caso, apenas os atos preparatórios foram suficientes para a configuração do tipo penal e a guarida concedida pela Lei nº 13.260/2016 se provou eficaz para a preservação da segurança nacional (CHUY, 2018).

Não obstante, conceituar o crime de terrorismo não é tarefa das mais fáceis. Dada a vastidão de perspectivas ideológicas distintas que permeiam o tema e os desdobramentos dos processos históricos que o envolvem. De fato, o terrorismo encontra significados políticos e sociológicos que vão além do seu estrito sentido jurídico, sendo difícil que se atinja a neutralidade científica e técnica necessária ao desenvolvimento de um conceito universal.

O ordenamento brasileiro buscou solucionar a controvérsia por meio da disciplina contida no art. 2º da lei 13.260/2016, o tipo penal consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos que seu o § 1º tipifica como “atos de terrorismo”, com a finalidade de instigar terror social ou generalizado, vejamos:

**§ 1º São atos de terrorismo:**

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa.

Prevaleceu, após muitos debates travados no âmbito processo legislativo, que a configuração do crime de terrorismo dependeria de três requisitos concomitantes já mencionados

na introdução, mas que aqui repetimos: 1) a realização de atos contra a vida, integridade física, instalações ou espaços públicos ou o uso de objetos que causem destruição em massa; 2) por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião; e 3) com o objetivo de provocar terror social ou generalizado.

Nos termos da redação vigente do § 2º do art. 2º estão excluídos da tipificação de crime de terrorismo os atos praticados em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, quando a ação destes grupos se destinar a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais.

Naturalmente, o combate ao terrorismo não pode se perverter numa agenda negativa à proteção dos direitos humanos fundamentais ou tornar-se obstáculos para as liberdades de associação, livre pensamento e manifestação. Deve ser salientado que a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social também se dá com o estímulo permanente ao avanço dos direitos fundamentais, a promoção da cidadania e da conduta ética dos representantes políticos, sob pena de ferir a própria ordem jusconstitucional que se presta a proteger.

Partimos agora para o principal argumento deste estudo, o Projeto de Lei nº 83/2023, proposto e autuado em 04 de fevereiro de 2023 de autoria do Senador Alessandro Vieira filiado ao Partido Social da Democracia Brasileira (PSDB), se propõe, dentre outras medidas, a reformular o conceito de crime de terrorismo disciplinado no art. 2º da Lei 13.260/2016. Se acolhido, além do impulso por xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião; será inserida a “motivação política” como elemento definidor do crime de terrorismo. O princípio da reserva legal ou princípio da legalidade estrita, expresso no art. 1º do Código Penal e no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, veda o uso interpretação expansiva no âmbito do Direito Penal, bem como o emprego da analogia em desfavor do réu. Ou seja, somente a lei, fonte imediata do Direito Penal, é capaz de definir crimes e cominar suas respectivas penas. Logo, se o infrator praticar atos que reúnam em si os demais elementos, mas que não tenham sido praticados por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito; não se enquadrarão no tipo penal de terrorismo.

Aderimos em parte às justificativas que ensejaram a iniciativa do PL nº 83/2023, há histórico recente de atos violentos com expressivo potencial lesivo à segurança pública que reacenderam o debate sobre o terrorismo. Como exemplo desta constante tensão podemos citar o massacre ocorrido no dia 05/04/2023, no Centro de Educação Infantil (CEI) Cantinho do Bom Pastor, localizado na cidade de Blumenau, no Vale do Itajaí em Santa Catarina, eis que ao que

se pode auferir das investigações preliminares, o ato foi fomentado por organizações criminosas atuando clandestinamente nas redes sociais.

Isto posto, melhor seria tipificar a “motivação ideológica” conjuntamente à política. Entendemos que a maior abrangência dará azo ao aperfeiçoamento dos meios de ação dos agentes de segurança e persecução penal, que poderão atuar em esferas onde hoje não se faz possível. O terrorismo, caracterizado pelo apelo à violência, ao extremismo e a adoção de métodos de todo incompatíveis com a sociedade democrática, é fruto de ideias que buscam, justamente, suprimir ou minimizar a esfera política, deixando em seu lugar a imposição forçada de uma única vontade excludente. Deste modo ele é uma rejeição da própria ideia do exercício dos direitos políticos.

Importante ressaltar que a razão humana é a expressão da faculdade de raciocinar e esta pode permanecer oculta no âmago do agente, sem se exteriorizar, mesmo quando acompanhada da ação. Nem sempre da investigação criminal será possível perfilar todos os motivos que ensejaram a realização do crime. Ainda assim, as intenções ideológicas podem ser verificadas quando o ato criminoso vier acompanhado da finalidade de provocar terror social, característico dos atos terroristas.

O setor de inteligência e os demais órgãos que atuam no combate ao crime, responsáveis pelo dever constitucional de preservar a Segurança Pública, e, conseqüentemente, a paz dos indivíduos, almejam por uma lei que confira mais robustez no combate ao terrorismo.

## **5. CONCLUSÃO**

A liberdade e a fluidez proporcionada pelo fenômeno da globalização e pelo desenvolvimento e difusão dos meios de comunicação virtual (ex. redes sociais) apontam para um horizonte de possibilidades às sociedades e indivíduos, porém este processo não avança sem seus percalços. Atritos e incongruências gerados na colisão de perspectivas e visões de mundo divergentes devem ser dirimidos no ambiente plural da sociedade democrática, sendo esta aquela que, como procuramos demonstrar, melhor atende à concretização do princípio da dignidade humana.

O terrorismo soergue-se como uma antítese a todo este processo, recorrendo à violência para forçar o prevaecimento da perspectiva excludente de um único ponto de vista, no entanto, facções criminosas e grupos extremistas se aproveitam da tecnologia e da expansão da globalização, dando luz ao terror global que encontrou cume nos atentados às Torres Gêmeas de Nova York, e ao Pentágono, ocorridos em 11 de setembro de 2001.



Em ordem de se adaptar a esta nova ameaça, a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social busca o constante aprimoramento de seus métodos e estratégias de enfrentamento. Conforme elaboramos a atividade de Inteligência estratégica segue parâmetros internos, normas e padrões internacionais, como a Doutrina Start, para acompanhar a ação de grupos terroristas.

No momento que se constrói uma política de segurança e defesa nacional devemos atentar para a necessidade de adequação e aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, afinal é a observância da lei e seus preceitos que asseguram a tomada de decisão da melhor forma possível a resguardar a paz social.

A lei vigente no ordenamento jurídico brasileiro deixa lacunas que precisam ser colmatadas. Por todas as razões anteriormente expostas nos posicionamos favoravelmente à reformulação do tipo penal do crime de terrorismo, previsto art. 2º da lei 13.260/2016 para que este passe a prever a motivação ideológica como elemento definidor do delito. Nos parece inadmissível que, por via transversa, escudem a condução de atos terroristas por qualquer consideração seja de natureza política, filosófica, religiosa ou por qualquer outra similar.

Cabe mais uma vez sublinhar que não se procura aqui inibir a saudável expressão ideológica, eis que destituiria um dos elementos definidores da cidadania, ficando preservada a excludente disciplinada no do § 2º do art. 2º da Lei Antiterrorismo. Em verdade, a alteração legislativa aqui defendida se presta a preservar uma direção segura da sociedade justamente para que seja possível a construção desta pluralidade.

Aperfeiçoado o regramento da Lei nº 13.260/2016, arguimos que os agentes de segurança pública poderão atuar com base no combate ao terrorismo, os membros do Ministério Público, analisando o caso concreto conseguirão oferecer a denúncia e o Poder Judiciário solucionará os conflitos garantindo a segurança jurídica para a proteção dos direitos fundamentais afastando os atos terroristas que tanta mácula causam à dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Christian Vianna. **The Case of Rio de Janeiro: Context, Confrontation, Issues and Implications for Brazilian Public Security**. Smal Wars Journal, 2018. Disponível em: <<https://smalwarsjournal.com/jrnl/art/criminal-insurgency-brazil>>. Acesso em: 23 de maio de 2023.
- BRANDÃO, Priscila. BRITO, Vladimir. Terrorismo, inteligência e mecanismos legais: desafios para o Brasil. In: ARTURI, Carlos Schmidt (Org.). **Políticas de defesa, inteligência e segurança**. Porto Alegre: CEGOV/UFRGS, 2014.
- CODINHOTO, Valdir Eduardo Tuckumantel. **Grandes Eventos, Terrorismo e Forças Armadas: Uma Reflexão Crítica**. In: Escola de Guerra Naval. 2013, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.repositorio.mar.mil.br/handle/ripcmb/29665>>. Acesso em 26 de maio de 2023.
- CHUY, José Fernando Moraes. **Operação Hashtag: A Primeira Condenação de Terroristas Islâmicos na América Latina**. Novo Século Editora. São Paulo, 2018.
- DINIZ, Eugenio. **Compreendendo o fenômeno do terrorismo**. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 3., 2002, Niterói. Disponível em: <<https://ciberativismoeguerria.files.wordpress.com/2016/09/diniz-do-ofenomeno-doterrorismo.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2023.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. **Atividade de Inteligência e Legislação Correlata**. 6º Ed. Impetus Editora. Niterói, 2018
- GONÇALVES, Joanisval Brito. **Terrorismo: Conhecimento e Combate**. Impetus Editora. Niterói, 2017.
- IANNI, Octavio. **Capitalismo, Violência e Terrorismo**. 2º ed. Civilização Brasileira Editora. Rio de Janeiro, 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 12 ed. São Paulo. Atlas, 2021. E-book.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 10 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2015. E-book.
- Visita ao Centro Integrado do Comando e Controle Nacional. Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP). Palestra apresentada pelo Delegado Carlos Augusto do Prado Block.

## OS DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS COMO PRESSUPOSTO DE APLICAÇÃO DA CONSENSUALIDADE NA NLCC

Marianna Montebello Willeman<sup>1</sup>

Sara Jane Leite de Farias<sup>2</sup>

**RESUMO:** “O Estado, sempre que possível, promoverá a solução consensual de conflitos. “Essa regra contida no artigo 3º, § 2º, do atual Código de Processo Civil alcança os processos em âmbito judicial, administrativo e em sede de controle. Diante da pluralidade de eixos temáticos decorrentes da normatividade da consensualidade, este estudo busca tratar da gestão de conflitos na seara contratual, a partir da interpretação do conteúdo do artigo 151 na Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei n. 14.333/2021, segundo o qual a aplicação dos instrumentos aptos a esse fim deve estar atrelada às controvérsias relacionadas aos direitos patrimoniais disponíveis, expressão que constitui um conceito jurídico indeterminado, demandando, assim, uma delimitação de seu alcance sob a ótica da racionalidade jurídica e também econômica, que devem nortear os contratos administrativos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei federal n. 14.133/2021; contrato administrativo; consensualidade; conceito jurídico indeterminado; direito patrimonial disponível.

**ABSTRACT:** “*The State, whenever possible, will promote the consensual solution of conflicts*”. This rule contained in article 3º, § 2º, of current Civil Procedure Code cover process in the judicial, administrative and control areas. In view of the plurality of thematic axes arising from the normativity of consensuality, this study seeks to address the management of conflicts in the contracts areas, based on the provisions contained in the New Law of Contracts – Law n. 14.333/2021, according to which the application of instruments suitable for this purpose, must be linked to controversies related to available property rights, an expression that constitutes an indeterminate legal concept, demanding a delimitation of its scope from the perspective of legal and also economic rationality, which should guide administrative contracts.

**KEYWORDS:** Federal Law n. 14.133/2021; administrative contract; consensuality; indeterminate legal concept; available property rights.

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-RIO. Conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

<sup>2</sup> Doutoranda pela Universidade Estácio de Sá. Assessora do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

## 1. Introdução

Partindo da lógica da celebração de ajuste de conduta, desenvolvida desde o advento da Lei da Ação Pública – Lei n. 7.347/1985, que serviu como paradigma legal para outras normatizações, o consenso vem se consolidando como um mecanismo factível para a gestão de conflitos nas esferas judicial, administrativa e de controle, e, por meio da novel legislação destinada às licitações e contratos, tem grandes chances de ser mais um mecanismo apto à promoção das finalidades públicas. Trata-se de uma manifestação da chamada “Justiça Multiportas”<sup>3</sup>, nome dado a um complexo de opções, envolvendo métodos diferentes, para solucionar um conflito, como mais uma opção à busca pela solução judicial.

Reconhece-se que os conflitos sempre fizeram e farão parte da história da humanidade e que, em razão da elevada carga de demandas que desembocam no Poder Judiciário, muitas delas provenientes da Fazenda Pública, outras soluções devem ser testadas e aperfeiçoadas, na busca da necessária pacificação das mais diversas categorias de relações, sejam elas de índole interpessoal ou contratual, por exemplo.

O marco brasileiro em termos de sistema multiportas veio com a Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que proclama o Poder Judiciário brasileiro como responsável pela Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses, com base na qual foram criados os núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos, incumbindo aos diversos órgãos do Judiciário o dever de oferecer esses métodos negociados, desde a fase pré-processual.

Em continuidade, com o advento do atual Código de Processo Civil, que, inserido numa base ideológica de privilegiar o acesso à justiça e a duração razoável do processo – art. 3<sup>o</sup> – cuja

---

<sup>3</sup> A expressão "Justiça Multiportas" foi cunhada pelo professor Frank Sander, da Faculdade de Direito de Harvard. Opondo-se ao sistema clássico, que antevê a atividade jurisdicional estatal como a única capaz de solver conflitos, o Sistema de Justiça Multiportas remete a uma estruturação que conta com diferentes mecanismos de tutela de direitos, sendo cada método adequado para determinado tipo de disputa. A jurisdição estatal, nessa senda, passa a ser apenas mais uma dentre as diversas técnicas disponíveis. Ressalta-se que optar pelo caminho do Sistema de Justiça Multiportas não é uma peculiaridade do Estado brasileiro. Após a Segunda Guerra Mundial, diversos países têm atualizado seus sistemas jurídicos nesse sentido, objetivando maior respeito e proteção aos direitos humanos, individuais e coletivos. *In*: COELHO, Marcus V. F. O Sistema de Justiça Multiportas no Novo CPC. **Migalhas**, 6 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/330271/o-sistema-de-justica-multiportas-no-novo-cpc>.

<sup>4</sup> A obrigação de o Estado promover, sempre que possível, a solução consensual de conflitos é norma fundamental do CPC (artigo 3<sup>o</sup>, § 3<sup>o</sup>). Eis a redação do artigo 3<sup>o</sup> e parágrafos:

*Art. 3<sup>o</sup> Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.*

*§ 1<sup>o</sup> É permitida a arbitragem, na forma da lei.*

*§ 2<sup>o</sup> O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.*

*§ 3<sup>o</sup> A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*

matriz constitucional encontra-se no artigo 5º, inciso XXXV<sup>5-6</sup> –, privilegiou-se a concretização de solução consensual, construída diretamente pelas partes, fazendo com que a cooperação passasse a ser cogente, por força dos artigos 6º e 166, §4º<sup>7</sup>.

Posteriormente, houve a edição da Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação) e da Lei n. 13.129/2015, que promoveu alterações na disciplina a respeito da arbitragem.

Seguindo a marcha da mutação normativa envolvendo o tema da consensualidade, merecem destaque ainda as regras introduzidas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-Lei n. 4.657/1942), por meio da Lei n. 13.655/2018, que reconheceu a possibilidade de atuação estatal baseada na consensualidade, mediante a celebração de compromissos “para *eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público*” (artigo 26).

Em 2021 foi publicada a Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC, cujos dispositivos (artigo 151<sup>8</sup> e seguintes) reforçam o cabimento das ferramentas de resolução adequada de conflitos para a realidade da Administração Pública. A sua utilização depende, contudo, do interesse da Administração em abraçar o consensualismo em prol do atendimento ao interesse público.

Todavia, o parágrafo único do artigo 151<sup>9</sup> previu que tais ferramentas serão aplicadas às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, e listou um rol de assuntos, exemplificativamente, como questões possíveis de serem solucionadas utilizando-se outros meios adequados de resolução de controvérsias. Tal condicionamento, por certo, introduz um

---

<sup>5</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>6</sup> O mandamento constitucional de acesso à justiça expõe uma nova faceta, na qual a tutela dos direitos se sobrepõe ao processo civil como um fim em si mesmo. As vias da autocomposição, por conseguinte, como a mediação e a conciliação, passam a assumir o mesmo patamar dos métodos tradicionais de jurisdição, perdendo razão o rótulo de “meios alternativos”, para tornar-se uma escolha natural, mesmo que não necessariamente preferencial, a depender da matéria controvertida. DELGADO, Thiago Chacon. Negócios processuais e o Compromisso de Ajustamento de Conduta. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 76, p. 195-208. abr./jun. 2020.

<sup>7</sup> Art. 6º todos os sujeitos do processo devem cooperar para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 166

(...)

§4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

<sup>8</sup> Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

<sup>9</sup> Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

ponto de debate ao aplicador do direito, a quem competirá dizer “o que é direito patrimonial disponível no âmbito de determinada realidade contratual”, considerando tratar-se de um conceito jurídico indeterminado.

Este é, portanto, o objeto de interesse deste estudo: apresentação de uma visão panorâmica do que seriam direitos patrimoniais disponíveis, fator condicionante à aplicação dos meios adequados de resolução de controvérsias na órbita dos contratos, à luz da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.

Reconhecemos, de imediato, que o exame da temática proposta não cabe dentro das limitadas páginas de um artigo acadêmico. Contudo, objetiva-se apresentar ao leitor uma singela contribuição sobre o tema.

Por conseguinte, ao longo deste breve trabalho, serão abordados aspectos relativos às controvérsias relacionadas aos direitos patrimoniais disponíveis, precedidos da compreensão doutrinária sobre a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, culminando com um prognóstico da titularidade para afirmar se o conflito posto se circunscreve ao âmbito da (in)disponibilidade.

As pesquisas bibliográfica e documental constituem a metodologia utilizada na elaboração deste artigo, a qual evidenciou que a NLLC não inovou quanto à utilização da autocomposição pela Administração Pública, a despeito de trazer luzes para essa possibilidade de gestão de conflitos, como alternativa à aplicação das normas inerentes à paralisação e extinção dos contratos, e sancionamento do contratado (artigos 147 e seguintes), em flagrante prejuízo ao interesse público primário, matérias que, por sua importância, demandam um estudo independente.

## **2. Processo de mutação da dogmática administrativa e as vantagens de uma prática administrativa consensual**

A exposição da mutação da dogmática administrativa se justifica na medida em que o Direito Administrativo, com o passar do tempo, demandou uma ampliação dos espaços de consenso, em razão das vantagens de uma ação concertada, em detrimento de uma atuação vertical e impositiva.

Mas, quais seriam as vantagens nessa mudança de paradigma? Patrícia Baptista (2018, p. 183 e 184) discorre que o consenso pode ser apontado como meio de desenvolvimento da atividade administrativa, considerando que (i) o interesse público tem condições de ser realizado

com maior eficiência em um contexto de harmonia e, simultaneamente, com a satisfação de interesses privados; (ii) a atividade consensual contribui para aumentar a transparência das atividades administrativas; (iii) o consenso confere maior lastro à autoridade que nele busca seu fundamento, colaborando para a construção de uma nova legitimação da Administração Pública; e (iv) o incremento da segurança jurídica assegura uma maior estabilidade nas relações administrativas.

Em resumo, as decisões consensuais, além de serem mais legítimas, são mais efetivas, considerando que o Estado seria apenas mais um ator dentre os outros envolvidos, todos em busca do atendimento ao interesse público, privilegiando, assim, segurança jurídica entre as partes envolvidas, como também a eficiência e o resultado, em detrimento de fórmulas unilaterais.

A redução do tempo na resolução do conflito pode ser citada como outra vantagem, considerando que faz parte da lógica da utilização dessas ferramentas a proximidade temporal entre as decisões administrativas e as soluções consensuais, tendo em vista que é indene de dúvida que a submissão de uma controvérsia ao Poder Judiciário pode se arrastar por muitos anos.

A esse respeito, leciona Binenbojm (2020, p. 3) que *“a adoção de métodos consensuais permite a melhor alocação de tempo e recursos do Poder Judiciário, com a diminuição do número de demandas que envolvam a Fazenda Pública.”* Afirma o autor que *“[é] preciso reconhecer que o número de processos é elevado porque, na média, os governos não costumam adotar as medidas que poderiam evitá-los ou, ao menos, minorá-los. A procura pelo Judiciário, muitas vezes, decorre de demandas geradas pela própria Administração.”*

Para Binenbojm (2020, p. 3) *“[a] consensualidade, nesse ponto, mostra que é possível enfrentar o problema da litigiosidade de massa envolvendo o Estado com meios alternativos à judicialização, sem relegar aqueles que têm pretensões legítimas contra a Fazenda Pública a segundo plano. Desjudicializar pode se tornar, em muitos casos e sem nenhum paradoxo, a forma mais eficaz de fazer justiça, objetivo que se revela plenamente compatível com o interesse público.”*

Direcionando o rumo para uma breve digressão histórica e ainda com arrimo nas lições de Gustavo Binenbojm, pode-se afirmar que *“[a] celebração de acordos pela Administração Pública envolve o debate sobre alguns dogmas do direito administrativo”* que, em sua origem<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “[o] nascimento do Direito Administrativo relaciona-se diretamente com a consagração dos ideais da Revolução Francesa de 1789 e o surgimento do Estado de Direito. (...) A partir da consagração de certos ideais liberais revolucionários da burguesia (separação de poderes, princípio da legalidade e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), o poder estatal é limitado e o Direito Administrativo é concebido

– em decorrência de sua matriz eminentemente francesa –, abdicava do exercício de qualquer performance consensual, imprimindo um caráter vertical e centralizado, com reflexos em toda a prática administrativa, inclusive na celebração dos contratos e outros ajustes, os quais eram pautados na ideia de poderes exorbitantes.

No mesmo sentido, afirma Patrícia Baptista (2018, p. 180) que “[a] dogmática inicial do direito administrativo rejeitava o exercício de qualquer atividade de natureza consensual pela Administração Pública”, à qual cabia apenas a função de executar objetivamente a lei e, como tal, não poderia ser objeto de negociação ou ajuste, sob pena de ruptura com a vontade da lei.

Essa realidade veio a ser flexibilizada na vigência do estado liberal, quando a Administração Pública passou a celebrar contratos para realização de algumas funções, inicialmente denominadas como atos de gestão, submetidas às regras do direito privado, até o advento das teorias do serviço público e dos contratos de direito público.

Considerando o longo período experimentado pelo Direito e as diversas (r)evoluções das sociedades durante o liberalismo (absenteísmo), o Estado demonstrou a necessidade de o Poder Público intervir nas relações econômicas e sociais, mediante a imposição de normas de ordem pública, em benefício do interesse público.

Os textos constitucionais, especialmente nos pós-guerras mundiais, passaram a imprimir uma ascensão do princípio democrático na organização política, a consagração da jurisdição constitucional e a criação de um sistema especial de direitos fundamentais perante as maiorias eventuais e transitórias.<sup>11</sup> De acordo com Rafael Oliveira<sup>12</sup>, o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico abalou alguns dos mais tradicionais dogmas do Direito Administrativo, como a redefinição da supremacia do interesse público sobre o privado; a superação da concepção da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a consagração da vinculação direta à Constituição; a possibilidade de controle judicial da discricionariedade a partir dos princípios constitucionais, deixando-se de lado o paradigma da insindicabilidade do mérito administrativo; e, por fim, a releitura da legitimidade democrática da Administração, com a previsão de instrumentos de participação dos cidadãos na tomada de decisões administrativas (consensualidade na Administração).

---

como ramo especial do Direito, ao lado do Direito Privado, regulador das relações envolvendo o Estado e o exercício das atividades administrativas. In: **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 110 [pdf].

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Rafael. p. 128-129.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 134-135



Contextualizando os contratos na realidade sucintamente delineada acima, pode-se afirmar que a busca pela efetividade passou a justificar a implementação de técnicas consensuais. Decerto, com arrimo nas lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 171-172), pode-se afirmar que existe uma correlação entre o consenso e a efetividade da atuação administrativa, à luz do conceito de constitucionalismo de resultado, caracterizado pela introdução do resultado da ação administrativa como parte essencial do conceito de finalidade pública e, nele, a evolução da eficácia à eficiência e, desta, à efetividade.

Segundo Patrícia Baptista (2018, p. 183), “*a evolução quase que simultânea da participação administrativa e da ideia de consensualidade não é meramente casual*”. Para a autora, “*são os canais de participação, sobretudo, aqueles providos pela abertura procedimental, que tornam possível a superação negociada dos conflitos de interesse.*” Contudo, também segundo a autora, André de Laubadère afirmava que, ainda no início da década de 1970, inexistia um direito da consensualidade, “*na medida em que ainda não haviam sido desenvolvidos princípios gerais aplicáveis às formas de concerto*” (2018, p. 184).

Por outro lado, a literatura jurídica já apontava a concepção de mecanismos direcionados à prevenção e à solução de conflitos, denominados nos Estados Unidos da América, na década de 1970, como *Alternative Dispute Resolutions* (ADR), traduzido na Europa ocidental, na década de 1980, como Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos (MASC).<sup>13</sup>

Hoje, afirma Patrícia Baptista (2018, p. 185), passados mais de 50 anos, a consensualidade vem sendo absorvida e desenvolvida pelo direito administrativo: “[*por*] *toda a parte encontram-se já diplomas normativos regulando instrumentos jurídicos de expressão do consenso entre a Administração e os cidadãos*”, dentre eles, a nova Lei de Licitações, cujos dispositivos serão apontados a seguir.

### **3. Enquadramento normativo dos meios alternativos de solução de controvérsias, condicionados à observância dos direitos patrimoniais disponíveis**

As técnicas adequadas à solução de conflitos integram a racionalidade administrativa de compreensão da premissa que empreendimentos públicos de grande porte são estruturados por intermédio de uma teia de relações jurídicas, técnicas, econômicas e financeiras

---

<sup>13</sup> Por todos, sugere-se a leitura de SANDERS, Frank. ROZDEICZER, Lukask. Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach. *Harvard Negotiation Law Review* 11, Rev. 1, Spring, 2006.

interdependentes. A execução contratual é, via de regra, complexa e geradora de possíveis conflitos entre as partes contratantes, mesmo quando o planejamento é concebido e estruturado com a eficiência desejada.<sup>14</sup>

Ciente dessa realidade, as mais recentes legislações em direito administrativo fazem um redesenho jurídico para os contratos administrativos, ao preverem a utilização dos meios adequados de solução de controvérsias, permitindo uma maior descentralização e horizontalidade das relações entre a Administração Pública e os atores privados, a exemplo da nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC, Lei nº 14.333, de 1º de abril de 2021 e da inclusão na Lei nº 8.987/1993 de disposições nesse sentido (art. 23-A).

A NLLC traz nos artigos 151 a 154 a disciplina dos MASC, cuja moldura normativa não é propriamente uma inovação, mas reforçam as regras gerais já previstas nas Leis de Mediação e Arbitragem. Significa que a consensualidade já seria cabível em razão dos outros diplomas legais, mas ainda era de pouca aplicabilidade pelo operador das contratações públicas. Logo, a relevância dos citados dispositivos consiste em trazer para o cotidiano das licitações e contratos tais meios consensuais. Vejamos:

*Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.*

*Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.*

*Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.*

*Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.*

*Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.*

O artigo 151, seguindo uma tendência que já se encontrava positivada nas Leis de Concessões (Lei n. 8.987/95, art. 23-A<sup>15</sup>), das Parcerias Público- Privadas (Lei n. 11.079/04, art.

---

<sup>14</sup> GARCIA, Flávio Amaral. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>.

<sup>15</sup> Art. 23-A. *O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

11, III<sup>16</sup>), do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei n. 12.462/12, art. 44-A<sup>17</sup>), das Estatais (Lei n. 13.303/16, art. 12, parágrafo único<sup>18</sup>), da Arbitragem (Lei n. 9.307/96, após a Lei n. 13.129/15), de Mediação e de Solução Alternativa de Disputas na Administração Pública (Lei n. 13.140/15), discrimina os instrumentos tradicionais utilizados, em regra, em ambiente privado, albergando os meios de **autocomposição** – conciliação e mediação – e de **heterocomposição** – arbitragem.

Registre-se, por oportuno, que o legislador não limitou o uso das soluções consensuais, que, inclusive, podem ser combinadas, dependendo da complexidade do objeto, como acontece nas concessões e nas PPP.

Rememorando antiga controvérsia existente na doutrina administrativista, o **parágrafo único do artigo 151**<sup>19</sup> determina que a utilização dos MASC será aplicada às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis<sup>20</sup>, tema que se insere no estudo dos conceitos jurídicos indeterminados<sup>21</sup>, que exigem do intérprete uma valoração cuja margem de apreciação

---

<sup>16</sup> Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

<sup>17</sup> Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015) (Vide Lei nº 14.133, de 2021) Vigência

<sup>18</sup> Art. 12. (...)

Parágrafo único. A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social.

<sup>19</sup> Art. 151, parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

<sup>20</sup> Para melhor aprofundamento do tema, sugere-se a leitura do texto “A arbitragem no Direito Administrativo” da lavra do professor Alexandre Santos de Aragão. **Revista da AGU**, Brasília/DF, v. 16, n. 3, p.19-58, jul./set. 2017. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1935/1674>

<sup>21</sup> Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de núcleo conceitual. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado. De um lado, há a zona de certeza positiva, representada pelo campo em que ninguém duvida da efetiva aplicação do conceito. De outro, há a zona de certeza negativa, qualificada pelo campo em que ninguém duvida da impossibilidade de aplicação do conceito. Contudo, entre as zonas de certeza positiva e negativa, vigora um espaço de dúvidas quanto à aplicação ou não do conceito. Tal espaço é chamado de zona de incerteza ou halo conceitual. *In*: Rozas, Luíza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa.

<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/47.13.pdf?d=636909377789222583%23%3a%7e%3atext%3dOs+conceitos+jur%3%addicos+indeterminados+s%3%a3o+aqueles+cujo+conte%3%bado%2cao+seu+significado%2c+habitualmente+chamada+de+n%3%bacleo+conceitual.&msclki=b4615ddfc35c11ec897342ef20b9e394>

não comporta subsunção a critérios objetivos, relacionando-se com a ideia de discricionariedade administrativa.

### 3.1. Notas a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade administrativa e zonas de certeza positiva e negativa

Segundo Almiro do Couto e Silva (1990, p. 58), a linha divisória entre o poder discricionário e a utilização de conceitos jurídicos indeterminados é tema enfrentado no direito germânico desde o final do século XIX, que atravessa toda a República de Weimar e é retomado, com novas cores, após a edição da Lei Fundamental de Bonn, momento a partir do qual se consolida a orientação no sentido de que, embora vago e impreciso, o conceito jurídico indeterminado não encerra para o administrador público atuação discricionária.

Trata-se da construção alemã convencionalmente conhecida como “teoria dos conceitos jurídicos indeterminados”, que os insere no suporte fático da norma e resume seus problemas à interpretação da regra jurídica, contrariamente ao que ocorre com o poder discricionário, que se constitui em um poder de eleição da consequência ou do efeito jurídico<sup>22</sup>.

No Brasil, essa teoria igualmente revela a concepção segundo a qual os conceitos jurídicos indeterminados não expressam exercício de poder discricionário<sup>23</sup>. Fundamentalmente,

---

<sup>22</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 179/180, p. 58, jan./jun. 1990. Sobre a construção da doutrina alemã, veja-se o histórico traçado por: MAURER, Helmut. **Direito Administrativo Geral**. 14ª edição. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006, p. 154-163. Na doutrina espanhola, a influência de Eduardo García de Enterría merece ser destacada: “A aplicação de tais conceitos (jurídicos indeterminados) ou a qualificação de circunstâncias concretas não admite mais do que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito. *Tertium non datur*. Isso é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais somente permitem uma unidade de solução justa em cada caso”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Rámon. **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1997, p.449). Para o aprofundamento do tema, recomenda-se ainda: SADDY, Andre. **Apreciatividade e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 214-240.

<sup>23</sup> Por todos, sugere-se a leitura do apanhado doutrinário e jurisprudencial realizado por Gustavo Binembojm. Nas palavras do autor: “Como visto, o ato discricionário pressupõe um poder de escolha do administrador. Este, diante de uma situação concreta, pode optar por um ou outro caminho, de acordo com critérios racionais que, a seu ver, produzam a melhor solução. Tal resultado pode: (i) já estar previsto na norma de competência, havendo, nesse caso, a opção por uma solução A, B ou C (*discricionariedade de escolha*); ou (ii) ser de livre escolha do administrador, que se mantém vinculado, apenas, pela finalidade estabelecida na lei (*discricionariedade de decisão*). Já os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são fruto de uma opção do administrador. Se é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação se resolve com a interpretação de seu sentido”. (BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 219). Em sentido contrário, na doutrina nacional, sustentando que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados traduz hipótese de discricionariedade, veja-se, por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. Obra citada, p. 428). Para uma apreciação crítica das doutrinas que não admitem discricionariedade

nega-se que haja discricionariedade – liberdade de conformação pautada em conveniência e oportunidade – na aplicação administrativa de conceitos indeterminados.

O resultado dessa constatação traz, como efeito prático, o alargamento do controle judicial, que seguirá balizas distintas daquelas aplicáveis nos casos de discricionariedade. A esse respeito, a lição de Almiro do Couto e Silva é precisa (1990, p. 60):

15. Em conclusão, relativamente à diferença, quanto à sindicabilidade judicial, dos atos administrativos que aplicam conceitos jurídicos indeterminados e dos que envolvem exercício de poder discricionário é possível resumir tudo do seguinte modo:

(a) – O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite *a priori* estabelecido na lei. O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um *non liquet*, deixando intocada a decisão administrativa.

(b) – o exame judicial de atos administrativos que envolvem exercício de poder discricionário está, *a priori*, limitado pela lei, a qual fixou desde logo as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões. Dentro daquele espaço, qualquer uma delas será incensurável e inexamínável pela autoridade judiciária.

Assentada a possibilidade de controle judicial dos atos praticados com fundamento em conceitos jurídicos indeterminados, cumpre verificar quais os limites para tanto, pois claramente não se trata de hipótese de sindicabilidade plena. Nessa matéria, Phillip Heck identificou que tais conceitos teriam “*um núcleo de significação preciso e um halo periférico e nebuloso*” (SILVA, 1990, p. 58), ideias que evoluíram para as chamadas “zonas de certeza” e “zonas de penumbra” dos conceitos indeterminados.

A “zona de certeza” – *positiva ou negativa* – corresponde ao núcleo de significado preciso, em que se tem uma noção clara do conceito e inexistente dúvida a respeito de sua utilização. Nesse caso, como é possível identificar com segurança e convicção os fatos que se enquadram no conceito (certeza positiva) e os fatos que nele não se enquadram (certeza negativa), o controle jurisdicional é pleno. Inversamente, na zona de penumbra, em que há um conteúdo periférico vago e impreciso, com algum grau de controvérsia e incerteza, preserva-se a margem de apreciação administrativa, afastada a possibilidade de sua substituição pelo Poder Judiciário.

---

na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, veja-se: FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinicius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Nesses casos duvidosos, como a Administração Pública está mais perto dos problemas e, de regra, mais bem aparelhada para resolvê-los, entende-se que só a ela deve caber a decisão, não competindo ao Poder Judiciário modificar ou substituir a decisão administrativa (SILVA, 1990, p. 59).

Aplicando essa linha de compreensão ao parágrafo único do artigo 151 da NLCC, convém que se analise a construção teórica acima apresentada com a normatividade inerente aos contratos e possíveis soluções consensuais, condicionados ao entendimento a respeito de quais direitos podem ser considerados como patrimoniais disponíveis para efeito da NLCC.

### **3.2. Quais direitos podem ser considerados como patrimoniais disponíveis para efeito da NLCC?**

Para Flávio Amaral Garcia (2019, p. 3)<sup>24</sup> as relações jurídicas travadas pelas pessoas jurídicas de Direito Público são permeadas por diversos direitos patrimoniais disponíveis<sup>25</sup>, os quais podem, portanto, ser submetidos à arbitragem. Visando a uma melhor compreensão sobre o tema, o autor explica o que são direitos patrimoniais e direitos disponíveis. Vejamos:

Direitos patrimoniais são aqueles economicamente avaliáveis, e distinguem-se dos direitos não patrimoniais, que, ao revés, não comportam valoração econômica, como ocorre com os direitos da personalidade e os de família puros. Ora, os contratos administrativos tutelam essencialmente direitos patrimoniais. Preço, forma de pagamento e demais elementos que compõem a noção de equilíbrio econômico-financeiro do ajuste são direitos suscetíveis de valoração econômica.

(...)

Direitos disponíveis são, por sua vez, aqueles direitos que podem ser contratados e negociados pelas partes e que encarna suas respectivas vontades na composição dos seus interesses. Existem, ao contrário, relações jurídicas cuja constituição ou extinção não se encontra ao livre alvedrio das partes, tipificando direitos ou interesses indisponíveis.

Por conseguinte, afirma Flávio Amaral Garcia (2019, p. 4), “*os interesses e direitos contratáveis e negociáveis pela Administração Pública são, a princípio, disponíveis e passíveis*

---

<sup>24</sup>Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrij.org.br/wp-content/uploads/2019/12/6.-Fl%C3%A1vio-Amaral-convertido.pdf>

<sup>25</sup> Direitos patrimoniais disponíveis se inserem no rol dos assuntos mais complexos da atualidade e, como tal, suscitam dúvidas que, com certeza, merecem ser levadas a debate. Contudo, considerando a complexidade da matéria e o escopo do presente trabalho, serão apresentadas apenas algumas ideias iniciais sobre o tema.

*de composição por meio do procedimento arbitral.” Para o autor, “seria incongruente e ilógico pressupor que os direitos são disponíveis para vincular as partes em uma relação contratual de índole administrativa pautada pela recíproca manifestação de vontade acerca do conteúdo e indisponíveis para fins de adoção da solução arbitral.”*

Em arremate, leciona o autor (2019, p. 5):

Não há por parte da Administração Pública qualquer renúncia de direito quando admite a arbitragem como meio de composição de litígio que decorra de um contrato administrativo. No exercício da sua autonomia de vontade, e observando os parâmetros legalmente fixados, simplesmente prefere o juízo arbitral à jurisdição estatal. A forma de composição do conflito é que assume feição distinta.

Em regra, se o direito é patrimonial (avaliável economicamente) e disponível (negociável a partir da vontade das partes), tem lugar a arbitragem como mecanismos legítimo de composição do conflito nos contratos administrativos.

Já Aragão (2017, p. 25) discorre que “[quanto] ao primeiro adjetivo da locução em referência, cumpre assinalar brevemente que a natureza patrimonial de um direito não está presente somente na hipótese de o seu conteúdo se traduzir monetariamente.” Aduz, com arrimo nas lições de Eduardo Talamani, que a “patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”.

Nessa ótica, para o citado autor (2017, p. 26), as controvérsias afetas ao descumprimento de obrigações contratuais sem imediata expressão econômica (ex.: dever de confidencialidade) podem ser arbitradas, caso tenham repercussões patrimoniais (ex.: indenizações por prejuízos eventualmente causados etc.).

No que tange ao adjetivo “disponível”, ainda com suporte nas lições de Aragão (2017, p. 26), pode-se afirmar que, de acordo com a gramática civilista, disponíveis são direitos que possam ser, a qualquer tempo e independentemente de justificações vinculadas, alienados ou renunciados pelo sujeito que os titule. Acrescenta o autor que “em idêntica direção, se anota, no campo do Direito Civil, que o direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo inter vivos ou causa mortis; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito”.

Em arremate a este ponto, verifica-se que o legislador, no artigo 151, parágrafo único, informou que direitos públicos disponíveis dizem respeito às questões relacionadas ao

*“restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”.*

Parece-nos que se trata de um rol não taxativo, que pode ser ampliado a depender do caso concreto, como, por exemplo, em uma discussão prévia para verificar se dada álea enseja o reequilíbrio econômico-financeiro, ou então, a averiguação de cabimento ou não de indenização.

### **3.3. Quem vai avaliar se o direito é patrimonial disponível ou não?**

Outro ponto merecedor de destaque consiste em determinar quem vai avaliar se o direito que está sendo levado a discussão é ou não patrimonial disponível.

Se estiver sendo utilizada a arbitragem, segundo leciona Eugenia Marolla<sup>26</sup>, caberá aos árbitros a decisão, em razão do princípio ‘competência-competência’, segundo o qual *“cabe ao árbitro, de ofício ou mediante provocação das partes, reconhecer sua própria competência para julgar as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”*<sup>27</sup>. Ou seja, compete primeiramente ao árbitro decidir a respeito de sua própria competência (art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem<sup>28</sup>).

De acordo com a citada professora, tal questão é relevante porque envolve uma inversão da lógica atual dos contratos administrativos – permeada pela ideia de higidez das cláusulas econômicas, representativas dos poderes da Administração Pública, fundada nos princípios da indisponibilidade/supremacia do interesse público que, dentro de uma lógica arbitral e em grande parte dos tribunais arbitrais, não faz sentido. *“Na lógica arbitral, quem vai decidir se o direito é disponível ou não são os árbitros”*, afirma.

No mesmo sentido preleciona Aragão (2017, p. 53):

*“Em essência, cabe às partes de um contrato, dentro da moldura que lhes foi deixada pelo legislador, definir quais controvérsias relacionadas à avença poderão ser resolvidas no foro arbitral. Essa faculdade decorre do poder de autovinculação das pessoas físicas e jurídicas, bem como do grau de indeterminação linguística do conceito legal que deve ser aplicado ao contrato.”*

---

<sup>26</sup> Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=15qiKiASuKQ&t=2591s>.

<sup>27</sup> In: PINHO; MAZZOLA, 2. ed., 2021, p. 326.

<sup>28</sup> Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.



Eugenia Marolla entende que, via de regra, tudo o que está dentro do contrato administrativo pode ser submetido à arbitragem e que não tem como diferenciar, no caso concreto, o que é ou não direito público disponível.

Entretanto, ainda que impreciso o conceito previsto na lei, é possível extrair uma “certeza negativa”, que são as situações que certamente nele não se inserem, e uma “certeza positiva”, que seriam as hipóteses que seguramente se encaixam no conceito. Entre essas duas zonas de certeza, existe a chamada “zona de penumbra” ou de “incerteza”, em que a definição do conceito demanda uma criatividade maior do intérprete.

Diante de hipótese que se insira numa zona de incerteza, mostra-se imperioso que as partes densifiquem o conceito jurídico indeterminado e convençionem o que pode ser objeto de arbitragem, por exemplo.

Segundo Aragão (2017, p. 51), “[as] partes, em sede negocial, valendo-se da função densificadora dos contratos, também podem definir o que se deve entender por “direitos patrimoniais disponíveis”, ou decompor, a partir de tal categoria legal, alguns dos litígios que consideram integrá-la, desde que não penetrem, ressalva-se uma vez mais, a zona de certeza negativa do referido conceito.” Continua o autor: “Um dos exemplos de densificação regulamentar do conceito de “direitos disponíveis” da Lei de Arbitragem ocorreu recentemente, quando a Presidência da República editou o Decreto nº 8.465/2015, que minudencia as normas para a realização de arbitragens no setor portuário.”<sup>29</sup>

Em algum momento, conclui o autor, seja em regulamento ou em uma posterior decisão judicial, esse conceito será densificado; nada melhor que o próprio edital de licitação já o faça previamente, evitando surpresas futuras para ambas as partes e permitindo que o mercado possa avaliar as propostas a serem apresentadas à Administração dispondo de todas as variáveis necessárias.

Verifica-se, portanto, que a doutrina pátria está atenta a essa questão e aponta algumas possíveis soluções, que podem demandar algum aperfeiçoamento quando as regras previstas na NLCC forem colocadas em prática pelo administrador público.

---

<sup>29</sup> Art. 2º *Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto:*

*I - inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes;*

*II - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e*

*III - outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.*

#### **4. Síntese conclusiva**

O presente texto objetivou trabalhar um aspecto específico dos MASC relacionados ao universo das licitações e contratações públicas, qual seja, os direitos patrimoniais disponíveis como fator condicionante à sua aplicação. Nem de longe teve a intenção de esgotar o tema, especialmente considerando que a prática vai se encarregar de (re)arrumar as compreensões iniciais sobre o tema.

Como resposta à pergunta basilar sobre a palavra final sobre o que seria um direito patrimonial disponível, viu-se que, em homenagem à deferência das escolhas administrativas, caberá ao gestor, ao delinear os contornos da modelagem contratual, antes mesmo do procedimento licitatório, delimitar quais direitos podem ser submetidos aos meios alternativos de solução de controvérsias, ou então, atribuir a um terceiro, a exemplo dos árbitros, a sua definição.

Conforme mencionado, a disciplina normativa da consensualidade veio atender aos princípios da eficiência, transparência e segurança jurídica, considerando-se a vantagem do envolvimento do gestor na solução das demandas que surgirem durante a execução contratual, ao invés da sua extinção ou o conseqüente sancionamento do contratado, sempre em busca do atendimento ao interesse público.

Dito isso, reconhecemos que os MASC são ferramentas e não um fim em si mesmos. Todavia, tais meios devem ser utilizados em consonância com uma racionalidade econômica, jurídica e técnica, a fim de que seu manejo não configure mais um dispêndio de recursos públicos de maneira irrefletida.

Por fim, entendemos importante que haja uma mudança de mentalidade do gestor ao desenhar a modelagem contratual, favorecendo a execução contratual – que se inicia com a concepção da modalidade do certame a ser utilizada, passando pela idealização dos meios de gestão de conflitos à luz da racionalidade contratual do objeto a ser licitado –, e os MASC devem fazer parte dessa engrenagem, em tributo aos princípios da eficiência e da boa administração.

## 5. Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no Direito Administrativo. **Revista da AGU**, Brasília/DF, v. 16, n. 3, p.19-58, jul./set. 2017. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1935/1674>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, set./dez.2020.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1982**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1982]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm). Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm). Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 6 dez. 2022.

COELHO, Marcus V. F. O Sistema de Justiça Multiportas no Novo CPC. **Migalhas**, São Paulo, 6 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/330271/o-sistema-de-justica-multiportas-no-novo-cpc>.

DELGADO, Thiago Chacon. Negócios processuais e o Compromisso de Ajustamento de Conduta. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 76, p. 195-208. abr./jun. 2020. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904621/Thiago\\_Chacon\\_Delgado.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904621/Thiago_Chacon_Delgado.pdf). Acesso em: 6 dez. 2022.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Rámon. **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1997.

GARCIA, Flávio Amaral. A escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais: licitar ou não?.

**Direito do Estado**, n. 150, 21 abr. 2016. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao#:~:text=A%20escolha%20da%20C%C3%A2mara%20Arbitral,n%C3%A3o%20participa%20ativamente%20da%20escolha>.

GARCIA, Flávio Amaral. O *Dispute Board* e os Contratos de Concessão. **Direito do Estado**, n. 121, 26 mar. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em: 6 dez. 2022.

GARCIA, Flávio Amaral. Comentários ao Decreto n. 10.025/19. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 195-243.

GARCIA, Flávio Amaral. A Arbitragem na Administração Pública Estadual e o Decreto do Rio de Janeiro. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, ed. esp. Infraestrutura, p. 125-146, 2019. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2019/12/6.-Fl%C3%A1vio-Amaral-convertido.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2022.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Curso [Online] A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Aula 9 - Soluções alternativas nos contratos administrativos. Rio de Janeiro: **TV PGE**, 7 maio 2021. 1 vídeo (2 h 28 min 25 s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=15qiKiASuKQ&t=2591s>

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**: em memória de Eduardo García de Enterría - jurista de dois mundos. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2016. 396 p.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179/180, p.51-92, jan./jun. 1990.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2017.