



# REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

---

Volume 7 - nº 1 - Tomo I (A/D) - jan.-jun. 2015

---



**Elaborado no 1º Semestre 2015**





# REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

---

Volume 7 - nº 1 - Tomo I (A/D) - jan.-jun. 2015

---



**Elaborado no 1º Semestre 2015**



© 2016 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS é uma revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . - v.

Semestral

ISSN 2179-8575

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**

Rua Dom Manuel 25 - Centro - Telefone: (21) 3133-3400

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br)

# **EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**

**➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ**

**1º Semestre de 2015**

## **CONSELHO EDITORIAL**

### **DIRETOR-GERAL**

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

### **SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO**

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

### **Diretor do Departamento de Ensino (DENSE)**

José Renato Teixeira Videira

**DENSE/Serviço de Monografia**

**DENSE/DIBIB - Divisão de Biblioteca**

**DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação**

## **CONSELHO AVALIATIVO**

- Néli Luiza Cavalieri Fetzner
- Nelson Carlos Tavares Junior.





**Alline Siliprandi Peba**

A RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA..... 11

**Amanda Cristina Farias de Oliveira**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 562.045-0: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA APLICAÇÃO DA PROGRESSIVIDADE NO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO ..... 28

**Amanda Cristine Rocha da Cruz**

RESOLUÇÃO N. 45/2013 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: A PROIBIÇÃO DA REQUISICÃO DO PRESO PARA ENTREVISTA PRÉVIA E SUA CONSTITUCIONALIDADE/CONVENCIONALIDADE ..... 43

**Amanda Viana de Albuquerque**

NOTAS SOBRE A FACTICIDADE NO PROCESSO PENAL..... 66

**Ana Amélia Resende Cury**

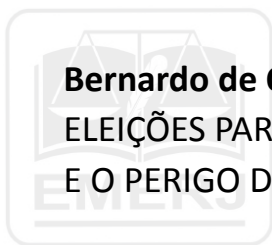
A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À PROPRIEDADE ..... 86

**Ana Carolina Abrantes Nascimento Verdini Maia**

A EFICÁCIA DO PROTESTO AO ADIMPLEMENTO DA DÍVIDA ALIMENTAR..... 103

**Beatriz do Espírito Santo Moraes**

RESPONSABILIDADE CIVIL - O DEVER DE INFORMAÇÃO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E DA PUBLICIDADE ..... 123



**Bernardo de Oliveira Seara**

ELEIÇÕES PARA A ESCOLHA DOS MEMBROS DO JUDICIÁRIO  
E O PERIGO DE SUA POLITIZAÇÃO ..... 137

**Bruna Jaqueline Salomon**

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA X SENTENÇA MIDIÁTICA NO  
TRIBUNAL DO JÚRI ..... 154

**Bruna Rodrigues de Araujo Ribeiro**

A POLÍTICA CRIMINAL INFANTOJUVENIL BRASILEIRA E A INFLUÊNCIA  
MIDIÁTICA ..... 171

**Bruno Silveira de Abreu**

IATROGENIA E SEUS DESDOBRAMENTOS NA SEARA DA  
RESPONSABILIDADE CIVIL..... 189

**Camilla Oliveira Ribeiro**

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE COMO  
MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL..... 209

**Carlos Eduardo da Silva Camillo**

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO ATRAVÉS DO LANÇAMENTO  
POR HOMOLOGAÇÃO..... 228

**Carlos Eduardo Faria de Castro Junior**

A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS PSICOGRAFADAS NO PROCESSO BRASILEIRO ..... 250

**Caroline da Silva Torrão**

A TEORIA DO BEM JURÍDICO EM FACE DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL:  
REFLEXÕES E CRÍTICAS POR UMA TEORIA ADEQUADA AO ESTADO SOCIAL  
E DEMOCRÁTICO DE DIREITO ..... 276

**Carollyn Barcelos Rocha dos Santos**

EDUCAÇÃO SEXUAL OBRIGATÓRIA NO ENSINO FUNDAMENTAL: QUESTÃO DE SAÚDE  
PÚBLICA X LIBERDADE RELIGIOSA/IDEOLÓGICA DOS RESPONSÁVEIS..... 302

**Cauê Pereira Martins Santos**

O TEMPO A FAVOR DO JURISDICIONADO – ANÁLISE DOS JUIZADOS  
ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS À LUZ DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA  
RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO..... 321





**Cheker Miguel Haddad Kury**

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 88/15

Uma análise interpretativa para o Poder Judiciário ..... 339

**Claudia de Amorim Niemeyer de Farias**

A SAÚDE SUPLEMENTAR: A INTERVENÇÃO E A REGULAMENTAÇÃO DO

ESTADO ..... 359

**Daniele Maghelly Menezes Moreira**

A EXCLUSÃO DO CONDÔMINO ANTISSOCIAL NO CONDOMÍNIO EDILÍCIO ..... 382

**Danielle Caroline Mendes Coelho**

TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO DE COMPENSAÇÃO POR

DANO MORAL ..... 400

**Dellano Barreto de Mello**

PRISÃO CIVIL AVOENGA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

SUBSIDIÁRIA ..... 415

**Diego Viegas Barbosa**

INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO: O CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CONSELHO

ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA ..... 429





## A RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA INTRASCENDÊNCIA DA PENA

Alline Siliprandi Peba

Pós-Graduada em Direito Tributário, com formação para Magistério Superior, na área do Direito pela Universidade Anhanguera-Uniderp Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo:** A responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica foi um dos temas trazidos pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 225, § 3º, tendo em vista que se constatava que as grandes degradações ambientais não eram realizadas pelas pessoas físicas. Com o advento deste dispositivo surgiram inúmeras controvérsias, levando-se em consideração que a pessoa jurídica é tida, por muitos, como uma ficção jurídica e como tal não seria possível obter uma conduta humana penalmente punível sem que passasse a responsabilidade para seus sócios, ferindo assim, o princípio da pessoalidade, previsto no art. 5º, inciso XLV da CRFB/88, que dispõe que a pena não passará da pessoa do condenado.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Responsabilidade Penal Ambiental das Pessoas Jurídicas.

**Sumário:** Introdução. 1. Da possibilidade de oferecimento da ação penal somente em face da pessoa jurídica. 2. Da aplicação de sanção penal às pessoas jurídicas e o princípio da intrascendência da pena. 3. Da possibilidade de responsabilizar penalmente às pessoas jurídicas de direito público pela prática de crime ambiental. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O tema amplo do artigo científico diz respeito à responsabilidade penal da pessoa jurídica. E o tema delimitado do presente artigo científico se refere à responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica e o princípio da intrascendência da pena.

O meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração, um direito difuso, e bem de uso comum do povo. Como forma de proteger esse bem tão importante para as gerações presentes e futuras, a Carta Magna de 1988 trouxe uma inovação no sentido de punir, de forma mais severa, principalmente no âmbito penal, os responsáveis pela degradação ambiental, que são em sua maioria as pessoas jurídicas. Tal previsão constitucional acabou sendo regulamentada pela Lei de Crimes Ambientais n. 9.605/98.



O presente trabalho traz como enfoque principal a temática da responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica e o princípio da intranscendência da pena no que tange à prática de crimes ambientais, ou seja, aborda a possibilidade de se aplicar uma sanção penal somente para a pessoa jurídica ou se seria necessária uma cumulação dessa sanção penal às pessoas físicas que a integram.

Dessa forma, será abordado se a ação penal poderá ser iniciada somente em face da pessoa jurídica ou se seria necessário que a denúncia tenha que ser proposta também em face das pessoas físicas que a compõe, levando-se em consideração as Teorias do Defeito de Organização e da Culpabilidade Corporativa, extraídas do direito alienígena.

Além disso, será analisado se a aplicação de uma sanção penal às pessoas jurídicas, unicamente, violaria o princípio da intranscendência da pena, bem como se essa ideia de responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica poderá ser aplicada às pessoas jurídicas de direito público.

Será comprovado que a aplicação de uma sanção penal, pela prática de crime ambiental, às pessoas jurídicas não viola o princípio da intranscendência da pena, pois a pessoa jurídica é diretamente beneficiada pela degradação ambiental, por conta do lucro com a atividade exercida sem observar as normas de proteção ao meio ambiente.

Ademais, será constatada a possibilidade de oferecimento da denúncia por parte do membro do Ministério Público somente em face das pessoas jurídicas, pelo fato de muitas vezes não ser possível descrever as condutas que são realizadas pelos sócios quando da decisão de degradar o meio ambiente em prol da internalização do lucro e socialização do ônus.

Defender a possibilidade de se imputar responsabilidade penal ambiental às pessoas jurídicas de direito público, bem como defender a necessidade de criação de um sistema que traga, de forma pormenorizada, como se daria essa responsabilização sem gerar uma hipótese



de confusão entre a pessoa que exige o cumprimento da sanção penal e a pessoa que a cumpre.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica e descritiva.

## **1. DA POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DA AÇÃO PENAL SOMENTE EM FACE DA PESSOA JURÍDICA**

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título VIII (Da Ordem Social) Capítulo VI a previsão acerca da defesa do Meio Ambiente. O art. 225 da Magna Carta prevê que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo considerado bem de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações<sup>1</sup>.

Como forma de tutelar esse bem de uso comum do povo de maneira eficaz, a CRFB/88 trouxe a possibilidade de se responsabilizar tanto as pessoas físicas, como as pessoas jurídicas que viessem a causar danos ao meio ambiente. Essa responsabilidade poderá ser de ordem administrativa e penal.

Posteriormente, foi editada a Lei n. 9.605/98 que regulamentou o art. 225 §3º da CRFB/88, de modo a trazer sanções penais e administrativas a serem aplicadas para as pessoas físicas e jurídicas causadoras de degradação ambiental.

Ação penal pode ser conceituada como sendo a possibilidade de a parte, seja numa ação penal privada, seja numa ação penal pública, requerer ao Estado-juiz a aplicação do direito objetivo a um caso concreto posto em juízo<sup>2</sup>. Em se tratando de crimes ambientais, a

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 out. 2014.

<sup>2</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 159.



Lei n. 9.605/98 trouxe em seu art. 26<sup>3</sup> a previsão de que a ação penal será pública incondicionada, ou seja, deverá a denúncia ser oferecida pelo membro do Ministério Público.

O art. 41 do Código de Processo Penal<sup>4</sup> prevê quais são os elementos que necessariamente devem constar de uma denúncia, sob pena de ser rejeitada por ser manifestamente inepta, na forma do art. 395 inciso I do CPP<sup>5</sup>.

Além disso, deverá a denúncia trazer todas as condições da ação para que possa haver o seu exercício regular, sob pena de ser rejeitada, nos termos do art. 395 inciso II do CPP<sup>6</sup>. As condições da ação podem ser divididas em legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Em relação aos crimes ambientais praticados por pessoas jurídicas, a controvérsia reside justamente na legitimidade. A legitimidade é a pertinência subjetiva para a demanda, e pode ser dividida em legitimidade ativa e passiva. A legitimidade ativa para a propositura de ação penal pública incondicionada em se tratando de crimes ambientais pertence ao Ministério Público, com fulcro no art. 24 do CPP<sup>7</sup>. Entretanto, é na legitimidade passiva para a ação penal em crimes ambientais que tanto a doutrina quanto à jurisprudência divergem, pois questionam acerca da possibilidade de ingressar com a ação penal somente em face da pessoa jurídica ou se seria necessário oferecer a denúncia em face dos sócios e da pessoa jurídica.

Inicialmente, autores como Luiz Flávio Gomes<sup>8</sup>, dentre outros, esposavam entendimento no sentido de que a ação penal pública, em se tratando de crimes ambientais,

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm) >. Acesso em: 10 out. 2014.

<sup>4</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm) >

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> GOMES *apud* JUSBRASIL. *Crime Ambiental: Pessoa Jurídica. Teoria da Dupla Imputação*. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2006493/crime-ambiental-pessoa-juridica-teoria-da-dupla-imputacao-pessoa-juridica-e-pessoa-fisica>>. Acesso em: 10 out. 2014.



somente poderia ser iniciada em face da pessoa jurídica, beneficiária da prática do crime ambiental, e em face dos sócios integrantes dessa pessoa jurídica, sob o fundamento de que não seria possível que a pessoa jurídica praticasse o delito ambiental sem a colaboração de uma pessoa física.

Ademais, o próprio Superior Tribunal de Justiça, passou a entender dessa maneira, e em diversos julgados, esposou entendimento no sentido de que a denúncia, em se tratando de crimes ambientais praticados por pessoas jurídicas, somente poderia ser oferecida se a imputação também fosse realizada em face das pessoas físicas que a compõe, respeitando-se o chamado princípio do *nullun crimen sine actio humana*. Assim, trouxe o Superior Tribunal de Justiça a chamada Teoria da Dupla Imputação.

Por essa Teoria da Dupla Imputação<sup>9</sup>, caso a denúncia seja oferecida somente em face da pessoa jurídica, sem descrever, conjuntamente, as condutas realizadas pelos sócios (pessoas físicas) na prática de crime ambiental, deverá ser rejeitada, por ser considerada inepta, aplicando-se o art. 395 inciso I do CPP.

Entretanto, recentemente, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>, entendendo de modo diverso, ou seja, pela não aplicação da Teoria da Dupla Imputação, expôs entendimento no sentido de que a denúncia pela prática de crimes ambientais poderia ser realizada somente em face das pessoas jurídicas, sem necessidade de imputar a prática de qualquer conduta em face de pessoas físicas que integram essas pessoas jurídicas.

Convém destacar que há entendimento doutrinário nesse mesmo sentido, esposado pelos autores Vladimir e Gilberto Passos de Freitas<sup>11</sup>, no sentido de que por mais que a pessoa jurídica seja tida como uma ficção jurídica, condicionar o oferecimento da denúncia

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 20.601. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2502922&num\\_registro=200501439687&data=20060814&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2502922&num_registro=200501439687&data=20060814&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 10 out. 2014.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 548181. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4026232>>. Acesso em: 10 out. 2014.

<sup>11</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70.

à descrição dos atos praticados por essas pessoas físicas no âmbito da pessoa jurídica seria inviabilizar o exercício da ação penal, visto que, na maioria dos casos, não é possível ao membro do Ministério Público descrever de maneira pormenorizada os atos praticados por cada integrante dessa pessoa jurídica que possa ter colaborado na prática do crime ambiental.

Tal situação inviabilizaria o oferecimento da denúncia, pois não se admite denúncia genérica, ou seja, que somente descreva a prática do crime, sem pormenorizar a conduta realizada por cada agente.

Ademais, o art. 225 §3º da CRFB/88 quando trouxe a possibilidade de se imputar responsabilidade penal para as pessoas jurídicas pela prática de crime ambiental não trouxe essa condicionante de que a denúncia somente poderia ser ofertada em face também das pessoas físicas que a compõe, segundo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>. Trazer a aplicação da Teoria da Dupla Imputação seria trazer uma regra que a Constituição não impôs.

Dessa forma, realizando uma interpretação literal e sistemática do texto constante do art. 225 §3º da CRFB/88, pode-se concluir que não há exigência constitucional e nem mesmo infraconstitucional de que a denúncia pela prática de crime ambiental tenha que ser oferecida em face da pessoa jurídica e da pessoa física que a integra, de forma conjunta.

## **2. DA CONDENAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL EO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA**

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar, no art. 225 §3º, que tanto as pessoas físicas como as pessoas jurídicas causadoras de degradação ao meio ambiente seriam

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 548181. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4026232>>. Acesso em: 10 out. 2014.





responsabilizadas no âmbito administrativo e penal, sem prejuízo de eventual reparação civil, trouxe grandes controvérsias no âmbito doutrinário e jurisprudencial<sup>13</sup>.

Uma das principais questões enfrentadas diz respeito ao princípio da personalidade, responsabilidade pessoal ou intranscendência da pena, previsto no art. 5º XLV da CRFB/88 e a possibilidade de, numa ação penal, condenar uma pessoa jurídica pela prática de crime ambiental sem que se atingisse a pessoa de seus sócios.

Pelo princípio da intranscendência da pena há a disciplina de que a pena não poderá passar da pessoa do condenado, isto é, tendo o agente uma responsabilidade penal, não é possível imputar o cumprimento de determinada penalidade a outrem<sup>14</sup>, justamente por ser a pena uma medida de caráter pessoal e trazer consigo diversas finalidades.

Com relação às pessoas jurídicas, existem duas Teorias que tratam de sua existência. Uma primeira, chamada de Teoria negativista, nega completamente a existência das pessoas jurídicas de forma autônoma. Já a segunda, chamada de Teoria afirmativista consagra que as pessoas jurídicas existem, entretanto, tal Teoria se desdobra em duas importantes, que é a Teoria da ficção e a Teoria da Realidade.

Pela Teoria da ficção, de Savigny, a pessoa jurídica seria um ente criado por lei, não possuindo realidade, de modo a existir somente por ficção, com o intuito de apenas facilitar a prática de determinados atos - *societas delinquere non potest*-. Já a Teoria da realidade destaca que as pessoas jurídicas não podem ser consideradas como mera ficção jurídica, pois esses entes possuem autonomia suficiente para que se possa distingui-la da pessoa dos seus integrantes, sendo um sujeito de direito, capaz de obter personalidade jurídica, e exercer os atos da vida civil<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar 2015.

<sup>14</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 45.

<sup>15</sup> AQUINO, Leonardo Gomes de. *Sociedade: Uma análise acerca das Teorias que envolvem a sua formação*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8563](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8563)>. Acesso em 10 de mar 2015.

O principal motivo de tal controvérsia reside no fato de que a pessoa jurídica é considerada, ainda por muitos, tais como Pierangelli, Zafaroni, René Ariel Dotti, Luiz Regis Prado, Luís Flávio Gomes, uma ficção jurídica, e como tal, não seria possível concebê-la realizando determinada conduta sem que esteja sendo representada por seus administradores ou sócios<sup>16</sup>. Assim, entende-se que as pessoas jurídicas seriam entes desprovidos de vontade e consciência.

Por conta disso, por mais que o ordenamento jurídico tenha previsto que as pessoas jurídicas possuiriam autonomia em relação à pessoa dos sócios, patrimônio próprio distinto do patrimônio dos sócios e domicílio distinto do domicílio dos sócios, não haveria como visualizar a prática de determinado ato exclusivamente pela pessoa jurídica, sem que esteja por trás desse ato uma pessoa física.

Diante disso, defende-se a tese de que não seria possível haver condenação por prática de crime ambiental a uma pessoa jurídica sem que se esteja de forma indireta responsabilizando o seu sócio ou administrador. Essa conduta violaria o princípio da intranscendência da pena, na medida em que ao aplicar uma penalidade à pessoa jurídica se estaria imputando uma penalidade aos sócios que a integram.

O crime pode ser conceituado como sendo fato típico, ilícito e culpável. Para que se possa falar em fato típico se faz necessária a existência de conduta, nexos causal, resultado e dolo ou culpa. E por conta disso, muitos autores justificam seu entendimento argumentando que para a existência de crime se faz necessária uma conduta humana, seja positiva, seja negativa, o que não se teria diante de uma pessoa jurídica, autonomamente, se desconsiderasse a figura dos seus sócios e administradores<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *É possível a responsabilização das pessoas jurídicas por crimes ambientais, ainda que não haja imputação em face das pessoas físicas*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2013/09/e-possivel-responsabilizacao-penal-da.html>>. Acesso em: 15 mar 2015.

<sup>17</sup> ALMEIDA, Ana Amélia Gonçalves de. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental*. Disponível em: <[http://www.ambito.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11146&revista\\_](http://www.ambito.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11146&revista_)



Dessa forma, como explica Luís Flávio Gomes<sup>18</sup>, a pessoa jurídica não teria como praticar uma conduta penal, pois além de não se ter conduta humana não teria culpabilidade, ou seja, não teria potencial consciência da ilicitude, por serem desprovidas de vontade e por não possuírem domínio final do fato. Assim, em caso de prática de crimes ambiental, dever-se-ia responsabilizar os sócios integrantes da pessoa jurídica, que decidiram realizar determinada conduta causadora de dano ambiental.

Segundo Francisco Munoz Conde<sup>19</sup> “a pena não pode ser dirigida, (...) às pessoas jurídicas no lugar das pessoas físicas que atrás delas se encontram, (...) não se pode imaginar que a pessoa jurídica possa sentir o efeito de cominação psicológica alguma”.

Entretanto, não foi esse entendimento que prevaleceu no âmbito jurisprudencial. Argumenta-se que o objetivo do constituinte foi sim responsabilizar penalmente a pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais, pois tais entes, a depender da atividade que exercem, são potenciais degradadores do meio ambiente, e como os demais ramos do direito não são suficientes para proteger esse bem jurídico tão importante, o direito penal deve intervir, como *ultima ratio*.

Corroborando com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça<sup>20</sup> decidiu que para imputar a prática de crimes ambientais à pessoa jurídica, se exigiria a presença da pessoa física que a integra, pois a pessoa jurídica, por mais que seja beneficiária do ato praticado, não atuou sozinha, de modo que os sócios que decidiram pela prática da conduta criminosa devem também ser responsabilizados penalmente, cada qual com a penalidade prevista em lei.

---

caderno=5>. Acesso em: 10 de mar 2015.

<sup>18</sup> GOMES, Luís Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação Criminal Especial*. São Paulo. RT, 2009, p. 89.

<sup>19</sup> CONDE apud DIÓGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira. *Dos argumentos negativistas da responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11768](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11768)>. Acesso em: 15 mar 2015.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 27593. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 15 mar 2015.

Dessa forma, faz-se uma interpretação do art. 3º da Lei de Crimes Ambientais, pois tal dispositivo admitiria a responsabilização da pessoa jurídica, desde que se identificasse os atos praticados pelos seus sócios.

Entretanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no RE 548181/PR<sup>21</sup>, esposou entendimento no sentido de que é possível que haja a condenação da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais, mesmo que os sócios que a integram sejam absolvidos ou até mesmo não tenham sido sequer denunciados.

A possibilidade de se aplicar uma sanção penal à pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental surge do afastamento da teoria do crime tradicional, e a aplicação da Lei n. 9.605/98, que regulamentando o art. 225 §3º da CRFB/88, traz em seu texto sanções penais diferentes das tradicionais, previstas no Código Penal, para serem aplicadas às pessoas jurídicas, levando-se em consideração a sua estrutura.

Diante disso, a Lei n. 9.605/98 em seu art. 21 traz a previsão de quais penas deverão ser aplicadas às pessoas jurídicas. E analisando tal dispositivo é possível constatar que não é aplicável às pessoas jurídicas as penas privativas de liberdade. Porém, os artigos 21 a 24 da referida Lei ao tratar das sanções penais especificamente não abordou como deveria agir o julgador quando da aplicação de tais sanções<sup>22</sup>.

Os doutrinadores que defendem a impossibilidade de se imputar às pessoas jurídicas sanção penal pela prática de crime ambiental embasam seu entendimento no sentido de que não seria possível aplicar à esse ente uma pena privativa de liberdade. Realmente, estão com a razão esses autores, diante da impossibilidade física de se aplicar tal reprimenda. Contudo, a Lei de Crimes Ambientais, conforme já acima mencionado, não trouxe entre as penas

---

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 548181/PR. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2518801>>. Acesso em: 15 mar 2015.

<sup>22</sup> SANTIAGO, Ivan. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica na Lei de Crimes Ambientais*. Lumen Juris, 2005, p.12.



aplicáveis à pessoa jurídica a pena privativa de liberdade. O legislador se preocupou em estipular sanções penais que pudessem ser aplicadas tão somente às pessoas jurídicas<sup>23</sup>.

Entretanto, mesmo diante dessa crítica, conclui-se que é possível condenar uma pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais, independentemente, da condenação da pessoa física que a integra. E caso haja a condenação somente da pessoa jurídica, deve o julgador aplicar as penalidades constantes do art. 21 a 24 da Lei n. 9.605/98, e uma vez comprovada a coautoria do crime ambiental com a pessoa física que a integra, deve-se aplicar as disposições constantes do art. 6º a 20º da Lei n. 9.605/98, que trata da aplicação da pena para as pessoas físicas.

### **3. DA POSSIBILIDADE DE SE APLICAR A RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO**

A Constituição Federal de 1988 repartiu competências entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tais competências são de duas espécies: horizontais e verticais. Em relação às competências horizontais, cada ente federativo possui competência para tratar de determinada matéria de maneira exclusiva, e em se tratando de competência vertical utiliza-se o critério da predominância de interesse<sup>24</sup>.

A competência se divide, ainda, em: legislativa e material (ou administrativa). Em se tratando de competência legislativa, cabe ao ente federativo legislar sobre determinado assunto, e em sendo competência administrativa ou material, caberá ao ente federativo exercer o poder de polícia, atuando de maneira concreta sobre a atribuição que lhe foi determinada<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. *Dos argumentos negativistas da responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11768](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11768)>. Acesso em: 15 mar 2015.

<sup>24</sup> THOMÉ, Leonardo de Medeiros Garcia Romeu. *Direito ambiental*. 6.ed. Salvador: JusPodvm, 2013, p. 65.

<sup>25</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 225.

O art. 24 incisos VI, VII e VIII da CRFB/88<sup>26</sup> traz a previsão de uma competência legislativa concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal e disciplina que competirá à esses entes, dentre outros assuntos, a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais. À União compete a edição de normas gerais e aos Estados e Distrito Federal compete a edição de normas específicas.

Com relação aos Municípios, apesar de não constar expressamente do *caput* do art. 24 da CRFB/88, o art. 30 incisos I e II da CRFB, bem como o art. 1º e 2º da Lei n. 6938/81<sup>27</sup> prevêm que os Municípios poderão elaborar normas supletivas e complementares em relação ao meio ambiente, desde que observe os padrões das normas federais e estaduais.

Como se observa, as pessoas jurídicas de direito público possuem competência constitucional de proteger e fiscalizar as atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente. Levando-se em consideração tal atribuição, surgiu na doutrina a divergência acerca da possibilidade de se responsabilizar penalmente essas pessoas pela prática de crimes ambientais.

Vale destacar que o art. 225 §3º da CRFB/88 não menciona se a responsabilidade penal somente seria aplicável às pessoas jurídicas de direito privado, ou se dentro da expressão “pessoa jurídica” estaria incluída as pessoas jurídicas de direito público.

Segundo Danielle Mastelari Levorato<sup>28</sup> para que se pudesse responsabilizar a pessoa jurídica de direito público seria necessário que o art. 225 §3º da CRFB/88 trouxesse de forma expressa essa possibilidade, tendo em vista que existem diversas peculiaridades que distinguem as pessoas jurídicas de direito público das pessoas jurídicas de direito privado.

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 mar 2015.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei 6938/81, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 29 mar 2015.

<sup>28</sup> LEVORATO, Danielle Mastelari. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos crimes Ambientais*. Revista dos Tribunais: 2006, p. 34.



Além disso, o art. 3º da Lei n. 9.605/98<sup>29</sup> dispõe que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, nos casos em que a conduta seja praticada no interesse ou benefício da entidade. Com isso, Ivan Santiago<sup>30</sup> sustenta que as pessoas jurídicas de direito público como possuem finalidade pré-determinada em lei, que é o interesse público, não se enquadraria no disposto no art. 3º da mencionada lei.

Ademais, caso fosse aplicada uma penalidade às pessoas jurídicas de direito público pela prática de crime ambiental, a coletividade seria punida duas vezes, tendo em vista que sofreria o dano ambiental e ainda iria responder penalmente pela prática dessa conduta, havendo, dessa forma, um *bis in idem* social<sup>31</sup>.

A responsabilidade penal ambiental das pessoas jurídicas de direito público encontraria impedimento também no que tange à aplicação das penalidades previstas na Lei de Crimes Ambientais, pois seriam inadequadas à natureza pública de tais entes. Como exemplo, pode-se citar o art. 22 inciso I da referida Lei, que prevê a suspensão total ou parcial das atividades, pois caso fosse aplicada essa penalidade, se iria violar o princípio da continuidade do serviço público.

Entretanto, realizando uma interpretação literal do art. 225 §3º da CRFB/88, bem como do art. 3º da Lei n. 9605/98, constata-se que os dispositivos não fizeram distinção entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. Dessa forma, somente o fato da natureza dessas pessoas serem distintas não afasta a possibilidade de responsabilidade penal ambiental.

Além disso, deve-se respeitar o princípio da igualdade, pois as pessoas jurídicas de direito público podem receber tratamento distinto das pessoas jurídicas de direito privado, desde que não seja um privilégio odioso. Assim, não faz sentido que somente as pessoas

---

<sup>29</sup> BRASIL. Lei 9605/98, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 29 mar 2015.

<sup>30</sup> SANTIAGO, op. cit., p. 67.

<sup>31</sup> Jus Navigandi. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4733>> Acesso em: 29 mar 2015.



jurídicas de direito privado possam responder penalmente pela prática de crime ambiental, e as pessoas jurídicas de direito público não.

Com relação às sanções aplicáveis em caso de prática de crime ambiental, ao ente público deve ser aplicada uma penalidade que respeite a sua natureza e os princípios basilares.

Assim, por mais que às pessoas jurídicas de direito público incumba a competência de preservar e proteger o meio ambiental, tal fato não impede que, caso não observe o comando constitucional, seja responsabilizada penalmente pela prática de crime ambiental.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que com relação ao texto constitucional do art. 225, §3º o legislador quis responsabilizar a pessoa jurídica civil, administrativa e penalmente, pois com o passar dos anos constatou-se que as maiores degradações ambientais eram realizadas pelas pessoas jurídicas, e que desta forma, necessitaria também da proteção do direito penal por se tratar da defesa de um bem jurídico relativamente importante.

Apesar da grande divergência existente, tanto no âmbito doutrinário, quanto no âmbito jurisprudencial, constata-se que é possível ingressar com a ação penal correspondente unicamente em face da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, sem que ingresse com a mesma demanda em face das pessoas físicas que a integram. Afasta-se, dessa forma, a Teoria da Dupla Imputação, pois condicionar o oferecimento da denúncia à descrição dos atos praticados por essas pessoas físicas no âmbito da pessoa jurídica seria inviabilizar o exercício da ação penal.

Além disso, podemos aceitar a responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica sem ferir o princípio da personalidade, pois caso a pessoa jurídica seja punida, em conjunto ou





separadamente, da pessoa física que a integra, cada uma receberá a pena lhe é correspondente e na medida de sua culpabilidade.

Entende-se também que a responsabilização penal ambiental da pessoa jurídica não fere o princípio da culpabilidade, pois a pessoa jurídica é capaz de realizar diversos atos, inclusive de natureza penal.

Quanto à possibilidade de aplicação da Lei de Crimes Ambientais aos entes públicos, haveria possibilidade de responsabilizá-los penalmente, pois apesar das pessoas jurídicas de direito público possuírem atribuições distintas das entidades privadas, não necessitaria de um tratamento distinto por parte do legislador. Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 225, quando trouxe a possibilidade de se responsabilizar penalmente uma pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, não as diferenciou em relação a sua natureza.

Dessa forma, por mais que incumba às pessoas jurídicas de direito público a competência de legislar sobre o meio ambiente e fiscalizar as práticas de atos que possam causar degradação ambiental, tal fato não impede que possam responder pela prática de crimes ambientais, quando diretamente causar um dano ao meio ambiente configurado na Lei n. 9.605/98 como um crime ambiental. Adotar esse entendimento significa observar o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, que não deixa de ser uma extensão do próprio direito à vida e à proteção da dignidade humana.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ana Amélia Gonçalves de. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental*. Disponível em: <[http://www.ambito.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11146&revista\\_caderno=5](http://www.ambito.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11146&revista_caderno=5)>. Acesso em: 10 mar 2015.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Sociedade: Uma análise acerca das Teorias que envolvem a sua formação*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8563](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8563)>. Acesso em 10 de mar 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 10 out 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 6938/81, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 29 mar 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 9605/98, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 29 mar 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 20.601. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2502922&num\\_registro=200501439687&data=20060814&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2502922&num_registro=200501439687&data=20060814&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 10 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 27593. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 15 mar 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE n. 548181. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4026232>>. Acesso em: 10 out. 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *É possível a responsabilização das pessoas jurídicas por crimes ambientais, ainda que não haja imputação em face das pessoas físicas*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2013/09/e-possivel-responsabilizacao-penal-da.html>>. Acesso em: 15 mar 2015.

CONDE apud DIÓGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira. *Dos argumentos negativistas da responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. Disponível



em:<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11768](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11768)>. Acesso em: 15 mar 2015.

DIÓGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira. *Dos argumentos negativistas da responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. Disponível em:<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11768](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11768)>. Acesso em: 15 mar 2015.

FREITAS, Vladmir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES *apud* JUSBRASIL. *Crime Ambiental: Pessoa Jurídica. Teoria da Dupla Imputação*. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2006493/crime-ambiental-pessoa-juridica-teoria-da-dupla-imputacaopessoa-juridica-e-pessoa-fisica>>. Acesso em: 10 out. 2014.

\_\_\_\_\_, Luís Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação Criminal Especial*. São Paulo. RT, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

Jus Navigandi. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4733>> Acesso em: 29 mar 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEVORATO, Danielle Mastelari. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos crimes Ambientais*. Revista dos Tribunais: 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013.

SANTIAGO, Ivan. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica na Lei de Crimes Ambientais*. Lumen Juris, 2005.

THOMÉ, Leonardo de Medeiros Garcia Romeu. *Direito ambiental*. 6.ed. Salvador: JusPodvm, 2013.



## RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 562.045-0: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA APLICAÇÃO DA PROGRESSIVIDADE NO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO

Amanda Cristina Farias de Oliveira

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj).

**Resumo:** Há tempos que a pesada carga tributária brasileira levanta inúmeras discussões. Na busca pela justiça fiscal, os princípios da capacidade tributária e da progressividade constituem importante instrumento de concretização de uma cobrança mais igualitária e, para muitos, menos onerosa. É aqui que se torna fundamental o papel do Judiciário na garantia de uma tributação isonômica e de acordo com os ditames constitucionais. Atento a esse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no RE n. 562.045-0 examinou a obrigatoriedade ou não da aplicação da progressividade no imposto sobre transmissão *causa mortis* ou doação (ITCMD). Entre alguns votos divergentes, concluiu aquela Egrégia Corte que os impostos reais – dentre os quais se insere o ITCMD – também estão abarcados pelo comando do art. 145, §1º, da Carta Magna e assim deve se sujeitar à progressividade.

**Palavras-chave:** Direito Tributário. Imposto sobre Transmissão *causa mortis* e Doação. Princípio da Progressividade. Capacidade Contributiva.

**Sumário:** Introdução. 1. O princípio da capacidade e da progressividade tributárias como instrumentos da justiça fiscal. 2. Os comandos do artigo 145 da Constituição da República e suas discussões 3. A progressividade no imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação e a mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal verificada no RE n. 562.045-0. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Pretende-se, com o presente trabalho, estudar o Recurso Extraordinário n. 562.045-0 do Rio Grande do Sul, em especial, no que tange ao acerto dos votos divergentes da Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, quando então firmou-se nova posição sobre a aplicação da



progressividade no imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, em homenagem à justiça fiscal e à efetiva capacidade contributiva.

O Brasil possui a carga tributária mais pesada entre os países emergentes, alcançando inclusive patamares mais elevados que Japão e Estados Unidos. E mais, a tributação brasileira ainda se mostra, em muitos casos, injusta, uma vez que tributa da mesma forma contribuintes em situações econômicas diferentes.

Nesse contexto, o princípio da progressividade tributária constitui importante instrumento de concretização da justiça fiscal. Ocorre que existem intensos debates entre contribuintes e Fazenda Pública sobre a aplicação do referido princípio, principalmente no campo dos impostos reais.

Foi por intermédio da ponderação das teses de ambos os lados que o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, pôs fim a um desses grandes debates, reverteu a orientação da Corte e assentou como constitucional a aplicação da progressividade sobre um imposto real.

Sempre se defendeu que o comando constitucional inserto no art. 145, §1º, da Carta Magna alcançava apenas os impostos pessoais, tendo em vista que o caráter subjetivo desta exação permitia a aplicação progressividade. Estariam excluídos os impostos reais dessa aplicação? Será demonstrado que a melhor interpretação do art. 145, §1º, da Constituição da República é aquela que entende ser a progressividade um mandamento constitucional destinado a todos os impostos, sem qualquer exceção.

E como coadunar os princípios corolários do sistema tributário nacional da capacidade contributiva e da justiça fiscal, com o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, ante o seu caráter real, de modo que a arrecadação seja mais isonômica? A técnica para a concretização do princípio da capacidade tributária é feita por meios do estabelecimento de alíquotas progressivas, de



acordo com a base de cálculo.

Isso significa que é possível falar em graduação nos impostos reais, principalmente nos impostos sobre o patrimônio, uma vez que a realidade econômica tributável se revela perfeitamente através do patrimônio tributável.

Foi nessa esteira de raciocínio que o Supremo entendeu que a graduação, conforme a manifestação de riqueza, no imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação constitui instrumento hábil a efetivar a justiça arrecadatória, na medida em que demonstra a capacidade econômica do contribuinte que suportará a exação.

O presente artigo consistirá no estudo dessa mudança de posicionamento do Supremo, por intermédio de uma metodologia bibliográfica e qualitativa, analisando o debate existente entre contribuintes e Fazenda Pública acerca de uma arrecadação tributária mais justa e menos onerosa.

## **1. O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE E DA PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIAS COMO INSTRUMENTOS DA JUSTIÇA FISCAL**

A tributação decorre da obrigação social e constitucional que todo cidadão possui de contribuir, no limite de suas forças econômicas, com o funcionamento da máquina estatal. Veja que o Estado, fruto do pacto social, é responsável pela concretização dos interesses públicos e das necessidades básicas de todos os indivíduos, cujo atendimento se dá por intermédio dos serviços públicos.

De fato, o custo da prestação dos serviços públicos deve ser repartido entre todos os integrantes da sociedade, uma vez que estes são os destinatários daqueles, ainda que não sejam considerados usuários efetivos. Em muitos casos, a simples disponibilização do serviço bastará



como fundamento da tributação. Nesta linha de raciocínio, a Constituição da República estabelece diretrizes, a fim de que esta repartição seja igualitária e justa.

Observe-se que a igualdade, na seara tributária, deve ser material, também chamada de igualdade substancial ou de fato, que consiste no tratamento de equiparação quando não houver justificativa para a diferenciação e no tratamento de distinção quando houver motivo suficiente para diferenciar. É à luz desta premissa que precisamos interpretar a contribuição obrigatória no limite das forças econômicas de cada indivíduo.

Surge então a necessidade de fomentar o equilíbrio na tributação, no intuito de evitar abusos estatais quando o ente público lançar mão do seu *ius imperi* para cobrar do cidadão os custos da manutenção do aparato estatal. Atento a isso, o ordenamento constitucional previu dois princípios tributários, consagrados como instrumentais da justiça fiscal: capacidade e progressividade.

A capacidade, no campo do Direito Tributário, é destinada aos impostos e deve ser entendida como a capacidade econômica de o contribuinte poder suportar as exações, de modo que reste preservada a sua saúde financeira para o sustento, o consumo, a poupança e o lazer – o chamado mínimo vital.

É daí que se veda o tributo com caráter de confisco, pois a sobrevivência do sistema arrecadatário e econômico do país demanda que o indivíduo tenha forças patrimoniais não exauridas, dentre outros fatores, pela tributação.

Diversos autores sustentam que o princípio da capacidade tributária assume verdadeiros contornos de direito fundamental, a exemplo do que diz o autor Francisco Pedro Jucá em seu artigo<sup>1</sup>:

---

1 MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho (coordenadores). *Direito Tributário Contemporâneo: estudos em homenagem a Luciano Amaro*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

Tal como buscamos enfatizar, a capacidade contributiva tem natureza de direito fundamental exatamente para conter o ímpeto fiscalista do Estado, preservando a integridade da capacidade de sobrevivência do indivíduo.

Cumprido apontar que a capacidade tributária possui duas facetas<sup>2</sup>. A primeira, se traduz na impossibilidade de se tributar aqueles fatos que não revelam qualquer capacidade econômica quando praticados. A segunda, consiste na inconstitucionalidade do “imposto fixo”. Em outros termos, nos impostos em que for possível aferir a capacidade econômica do contribuinte, entende-se que o princípio em comento constituirá fator impeditivo da alíquota fixa. Logo, a graduação da manifestação de riqueza revelada pelo indivíduo, quando da ocorrência do respectivo fato gerador, imporá a aplicação de alíquotas progressivas.

Assim, por ser a progressividade uma decorrência lógica da capacidade contributiva, entendo que aquela deve ser considerada um subprincípio desta última<sup>3</sup>. Todavia, existem autores que sequer trazem a progressividade como princípio geral do direito tributário, tão somente a consideram técnica de incidência de alíquotas, implementável em todos os impostos.

A despeito dessa discussão sobre a natureza principiológica ou não da progressividade, certo é que ela consagra o aumento de carga tributária, pela majoração da alíquota, atrelado ao aumento da base de cálculo. Observa-se que temos aqui outro instrumento da justiça fiscal, cuja principal função é a redistribuição da riqueza – o sujeito passivo tributário com maior incremento de riqueza, isto é, maior capacidade contributiva, contribuirá em proporção superior àquele que conta com menor incremento, na medida em que as alíquotas serão diferentes para ambos.

A repartição da tributação se mostra igualitária – do ponto de vista material – sem que isto

---

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 374.

<sup>3</sup> “A aplicação do princípio da progressividade deve, também, ser efetuada em conjunto com o princípio da capacidade contributiva, é tanto que na Constituição da Itália são tratados no mesmo dispositivo, art. 53, porque ambos subjetivizam o tributo, e a progressão deve observar aquela capacidade.” – SANTOS JR., Francisco Alves dos. Princípio da progressividade tributária na diminuição das diferenças, na terceira via e no consenso de Washington. *Revista da ESMape*, Recife, v. 6, n. 13, p. 153-204, jan./jun. 2001, p. 171.





se revele desproporcional. Ao contrário, constitui flagrante violação à razoabilidade fiscal impor ao contribuinte que tem uma base de cálculo alargada o mesmo recorte daquele que ostenta menor base cálculo, ou seja, patrimônio mais reduzido.

Indubitável que a progressividade atenta para as características do contribuinte sujeito da relação tributária, pois o seu olhar repousa sobre a disponibilidade financeira de um indivíduo ou da coisa por ele possuída. É neste ponto que recai a grande controvérsia discutida no presente trabalho, a ser estudada em capítulo próprio.

## **2. OS COMANDOS DO ARTIGO 145, §1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUAS DISCUSSÕES**

O Artigo 145, §1º da Constituição Federal<sup>4</sup> prestigia expressamente o princípio da capacidade contributiva:

Art. 145 [...] § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Traduz-se assim em princípio constitucional que apresenta dois comandos a serem observados na instituição dos impostos: a pessoalidade e a graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte. Todavia, é em torno da expressão “sempre que possível” que se estabelecem as discussões.

Há quem defenda que a Constituição da República estabeleceu uma discricionariedade na aplicação do princípio da capacidade contributiva, isto é, ficaria a cargo do legislador

---

4 BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicoocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicoocompilado.htm)>. Acesso em 30 de mar. 2015.

infraconstitucional decidir sobre a distribuição equitativa ou não da carga tributária nos impostos segundo a capacidade econômica dos contribuintes.

Não parece ser a interpretação mais acertada do dispositivo, em função dos demais princípios e diretrizes que regem o Direito Tributário. Falar em discricionariedade quanto à aplicação da capacidade contributiva é ir na contramão da justiça fiscal e da concretização da isonomia material entre contribuintes.

Assim, existem diversos doutrinadores que sustentam recair a facultatividade apenas sobre a personalidade nos impostos, como o célebre doutrinador Aliomar Baleeiro<sup>5</sup>. Um dos fundamentos para essa posição reside no fato da proximidade entre as expressões “sempre que possível” e “caráter pessoal”<sup>6</sup>.

O legislador constituinte haveria reconhecido, no art. 145, §1º, da Constituição Federal, a impossibilidade de todos os impostos serem pessoais e não a impossibilidade da aplicação da capacidade contributiva aos impostos reais. É assim que ensina o doutrinador Hugo de Brito Machado<sup>7</sup>:

Primeiro, note-se que o § 1º do art. 145 não veda de modo nenhum a realização do princípio da capacidade contributiva relativamente aos impostos reais. É certo que preconiza, tenham os impostos, sempre que possível, caráter pessoal e sejam graduados em função da capacidade econômica do contribuinte. Isto, porém, não quer dizer que só os impostos de caráter pessoal sejam instrumentos de realização do princípio da capacidade econômica, ou contributiva.

5 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 562045. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28562045%2EENUME%2E+OU+562045%2EACMS%2e%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k8of6gh>>. Acesso em: 12 mai. 2014, p. 10.

6 Neste sentido, também escreve Regina Celi Pedrotti Vespero Fernandes: “[...] Pode-se concluir que o princípio da capacidade contributiva está inserto de forma expressa no sistema constitucional brasileiro, sendo corolário dos princípios da igualdade, federativo e republicano. O sentido da expressão “sempre que possível” é a de que, independentemente da disposição das palavras do Texto Supremo, somente é aplicável aos tributos que possuam caráter pessoal e não à capacidade econômica. [...]” – FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. *Impostos sobre transmissão causa mortis e doação – ITCMD*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005. p. 43.

7 MACHADO, Hugo de Brito. *Progressividade e Seletividade no IPTU*. “IPTU, Aspectos Jurídicos Relevantes”, Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto – São Paulo: Quartier Latin, 2002. p. 259-61.



Consideram-se pessoais os impostos que levam em conta características subjetivas do sujeito passivo da relação tributária para sua incidência. De outro lado, os impostos reais trazem na sua hipótese de incidência apenas um fato ou uma coisa, sem levar em consideração as qualidades pessoais de cada contribuinte. Daí porque os primeiros se aproximam melhor da capacidade contributiva, tendo o legislador constitucional determinado a preferência pelos impostos pessoais sempre que isto for cabível.

Quanto ao segundo comando – graduação segundo a capacidade econômica – ele seria obrigatório para todos os impostos, sejam eles pessoais ou reais. Isto se justifica não só pelo fato de a expressão “sempre que possível” situar-se distante da expressão “serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”, mas também por uma interpretação histórica – examinando a regra correspondente a este artigo 145, §1º na Constituição Federal de 1946, a redação não deixava dúvidas de que a possibilidade recaía apenas sobre a personalidade dos impostos<sup>8</sup>:

Preliminarmente, cabe lembrar que, em sua essência, o preceito coincide com aquele encravado no art. 202 da Constituição Federal de 1946. Convém, reproduzirmos, uma vez mais, o texto exemplar da então Lei Fundamental: “Art. 202. Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”

E mais, a própria Constituição Federal de 1988 permite a graduação em impostos essencialmente reais, como é o caso do ITR – artigo 153, §4º, inciso I e do IPTU – artigo 156, §1º, incisos I e II. A primeira norma traz uma progressividade extrafiscal, destinada àqueles proprietários que não cumprem a função social, já a segunda, uma progressividade extrafiscal no inciso II e fiscal no inciso I, isto é, com intuito arrecadatório. Assim, vê-se que a técnica da graduação em impostos reais é possível<sup>9</sup>:

A menção expressa feita pela Lei Maior ao caráter progressivo de apenas dois impostos,

8 COSTA, Regina. *Princípio da capacidade contributiva*. 4 ed. atual., rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 95.

9 *Ibidem*, p. 103.



silenciando-se quanto aos demais, não conduz à conclusão de estar a progressividade fiscal vedada para estes, como erroneamente possa pensar-se. A despeito das referências expressas à técnica da progressividade, entendemos que a todos os impostos ela é aplicável, uma vez que constitui exigência do próprio princípio da capacidade contributiva, igualmente aplicável a todos eles. Somente mediante a instituição de alíquotas progressivas faz-se a desigualação entre situações desiguais, cumprindo-se, outrossim, o princípio maior da isonomia (art. 150, II).

Cabe salientar que a progressividade é uma espécie de graduação. Dentre os impostos graduados – gênero, estão enquadradas as subespécies impostos progressivos e impostos regressivos, aqueles com graduação crescente, estes, decrescente.

### **3. A PROGRESSIVIDADE NO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO E A MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VERIFICADA NO RE N. 562.045-0**

No que tange ao princípio da progressividade em sede constitucional, bem descreve o autor Francisco Santos:

No Brasil, as nossas forças conservadoras só permitiram que mencionado princípio fosse integrado no texto da Constituição recentemente, ou seja, na Constituição em vigor, que é de outubro de 1988, já com inúmeras alterações [...] de forma que o referido princípio passou a ser expressamente previsto, com aplicação obrigatória para o Imposto sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza (art. 153, §2º), e facultativa para o Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana (art. 156, §2º e art. 184, §4º, II), ou seja, para impostos que incidem sobre a renda e sobre a propriedade imobiliária.<sup>10</sup>

O texto constitucional não trouxe para o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação qualquer determinação específica no que diz respeito à progressividade. Frise-se: “determinação específica”, porque existe o comando geral da obrigatoriedade da graduação destinado aos impostos contido no art. 145, §1º, da Constituição Federal, conforme exposto no capítulo anterior.

<sup>10</sup> SANTOS JR., Francisco Alves dos. Princípio da progressividade tributaria na diminuição das diferenças, na terceira via e no consenso de Washington. *Revista da ESMape*, Recife, v. 6, n. 13, p. 153-204, jan./jun. 2001, p. 160/161.



Por mais que existam vozes no sentido da inaplicabilidade da progressividade como desdobramento da capacidade econômica do contribuinte nos impostos reais, não é necessária a total subjetividade do tributo para aferir a capacidade contributiva. Ela pode sim ser aferida levando-se em conta a coisa ou o fato tributado, pois estes elementos objetivos também podem revelar maior ou menor grau de riqueza do contribuinte.

Todavia, não era nesse sentido que se posicionava a jurisprudência. Embora a doutrina já defendesse a aplicação da progressividade aos impostos reais, o plenário do Supremo Tribunal Federal – órgão máximo da interpretação constitucional no país – ao contrário, rechaçava tal possibilidade.

Foi no julgamento do Recurso Extraordinário 562.045-0 que este raciocínio foi superado. No caso concreto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de controle difuso, entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 18 da Lei estadual nº 8.821/1989. Este dispositivo trazia uma progressividade para o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* com base na soma do valor venal dos bens do espólio. A depender da quantia alcançada com a referida operação, a alíquota do imposto variava, podendo o contribuinte ser isento do pagamento se o valor total fosse ínfimo segundo os critérios legais.

Em 30 de novembro de 2007 o STF reconheceu a repercussão geral do tema e iniciou-se o debate da questão. O relator do recurso, Ministro Ricardo Lewandowski, votou pela impossibilidade da aplicação de critérios progressivos nos impostos reais, apoiando-se inclusive em entendimentos anteriores da Corte e no renomado tributarista Aliomar Baleeiro.

Embora o Ministro relator fosse um dos defensores de que a expressão “sempre que possível” no artigo 145, §1º da CRFB, fazia referência à capacidade contributiva, importante destacar que, em seu voto, ele afirmou não ser absolutamente inadmissível avaliar a referida

capacidade nos impostos reais. De acordo com o Ministro, a progressividade somente estaria autorizada nestes tributos quando seus efeitos fossem extrafiscais e houvesse expressa previsão no texto constitucional, pois entendia ser vedado aos Estados-membros a utilização da progressividade “ao alvedrio das preferências ideológicas daqueles que de forma transitória ocupam o poder”<sup>11</sup>.

Assim, no caso *sub judice*, defendeu o relator pela inviabilidade de se aferir a riqueza de um contribuinte pela expressão econômica da base de cálculo do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis*. Em outros termos, o conjunto de bens que compõe a universalidade da herança, para o Ministro Lewandowski, não era elemento suficiente para expressar a capacidade econômica do contribuinte. Cabe transcrever trecho do voto no qual o ministro exemplifica o seu pensamento:

Basta verificar, que, por vezes, uma pessoa abastada herda algo de pequeno valor, ao passo que alguém de posses modestas é aquinhoadado com bens de considerável expressão econômica. Há casos, por demais conhecidos, em que as dívidas do herdeiro superam, em muito, o próprio valor dos bens herdados.<sup>12</sup>

Em voto divergente, lançando mão do conceito econômico de tributo e da classificação dos impostos diretos e indiretos, o Ministro Eros Grau salientou que todos os impostos se submetem à capacidade contributiva, sem distinções. Impostos diretos seriam aqueles que recaem sobre a renda auferida pelo contribuinte, enquanto os impostos indiretos atingem a renda aplicada ou despendida em bens ou serviços, de modo que, se incorporam e estes elementos. Afirmou o Ministro Eros Grau que especialmente os impostos diretos estão sujeitos à capacidade contributiva.

Tal classificação é importante, porque permite compreender que a manifestação de riqueza se extrai do exato momento em que ocorre o fato gerador. Ora, não é necessário levar em conta todos os aspectos patrimoniais e pessoais do contribuinte para que seja determinada a sua capacidade

---

11 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 562045. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28562045%2EENUME%2E+OU+562045%2EACMS%2e%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k8of6gh>>. Acesso em: 17 set. 2014.

12 Ibidem.



econômica. Isto coloca em xeque o exemplo dado pelo Ministro relator, transcrito acima, pois é indiscutível que o herdeiro de patrimônio vultoso tem mais capacidade de contribuir do que aquele que herda bens de valor ínfimo, independente desses herdeiros serem financeiramente providos ou não. A capacidade contributiva põe o seu olhar sobre o fato tributado. No mais, a despeito dos debates jurídicos, há que se reconhecer que, no nosso país, a regra é os menos favorecidos receberem herança menor do que os ocupantes das altas classes sociais. O contrário é hipótese excepcionalíssima.

Importante argumentação ainda fez o Ministro Eros Grau ao final do seu voto e durante os debates orais, quando ressaltou com maestria que não compete ao Supremo analisar a proporcionalidade ou razoabilidade do texto constitucional, mas sim controlar a correspondência do ordenamento jurídico com a Carta Magna<sup>13</sup>. Assim, conclui-se que o art. 145, §1º, da CRFB deve ser obedecido e não criticado.

Os Ministros Menezes Direito, Carmem Lúcia, Joaquim Barbosa, Ayres Brito, Ellen Gracie, Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Celso de Mello acompanharam o voto divergente, enquanto o Ministro Marco Aurélio seguiu o entendimento exposto pelo relator do recurso extraordinário.

A decisão no RE 562.045 foi aplicada a outros 9 (nove) Recursos Extraordinários – 544.298, 544.438, 551.401, 552.553, 552.707, 552.862, 553.921, 555.495 e 570.849, todos de autoria do Estado do Rio Grande do Sul.

---

13 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 562045. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28562045%2EENUME%2E+OU+562045%2EACMS%2e%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k8of6gh>>. Acesso em: 12 mai. 2014.



## CONCLUSÃO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal constitui fator crucial na interpretação constitucional. A constante evolução do posicionamento daquele órgão sobre os temas mais relevantes da sociedade afeta diretamente a sociedade, principalmente com relação às questões tributárias.

Como visto nos capítulos anteriores, quanto à aplicação da progressividade aos impostos reais, embora existisse doutrina no sentido da sua possibilidade, este não era o entendimento tradicional firmado no Supremo.

A reviravolta na jurisprudência do STF, por intermédio do Recurso Extraordinário nº 562.045, foi extremamente acertada e significativa para a implementação da justiça fiscal. Ao alinhar-se com a corrente que defende que todos os impostos, independentemente de sua classificação como de caráter real ou pessoal, podem e devem guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo, o Supremo garantiu maior isonomia na arrecadação fiscal.

Aliás, a isonomia – que permeia todo o texto constitucional – precisa mesmo ter essa aplicação compulsória no campo do direito tributário e conduzir o olhar do intérprete para além da compreensão literal da norma, sob pena de serem cometidas graves injustiças arrecadatórias.

Cumprido salientar ainda que a decisão em tela contemplou e concretizou a capacidade contributiva real, especialmente no Imposto Sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, pois corrigiu eventuais distorções de riquezas entre os diversos contribuintes.

Desse modo, percebe-se que o Tribunal Superior possui papel fundamental na interpretação dos comandos constitucionais à luz dos princípios insertos na própria Carta Magna e no controle da efetiva aplicação dos postulados tributários pelos entes tributantes.





## REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Renata Ribeiro. Capacidade contributiva e progressividade tributária. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, p. 307-346, abr./jun. 2008.

BARRETO, Aires Fernandino (coord.). *Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicoãocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicoãocompilado.htm)>. Acesso em 17 de set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE n. 562045. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28562045%2E+OU+562045%2EACMS%2e%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k8of6gh>>. Acesso em: 17 set. 2014.

COSTA, Regina. *Princípio da capacidade contributiva*. 4 ed. atual., rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2012.

DUTRA, Micaela Dominguez. *Capacidade contributiva: análise dos direitos humanos e fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. *Impostos sobre transmissão causa mortis e doação – ITCMD*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

GREGORIO, Anjos. *Capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Progressividade e Seletividade no IPTU*. “IPTU, Aspectos Jurídicos Relevantes”, Coordenador: Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: Quartier Latin, 2002. p. 259-61.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho (coordenadores). *Direito Tributário Contemporâneo: estudos em homenagem a Luciano Amaro*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Tributos estaduais: ICMS, ITD, IPVA, taxas e contribuição de melhoria, processo administrativo tributário, comentários, doutrina, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Destaque, 2007.

PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limites a tributação no estado democrático de direito*. Curitiba, Juruá, 2008.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, interpretação e elisão tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.



SANTOS JR., Francisco Alves dos. Princípio da progressividade tributaria na diminuição das diferenças, na terceira via e no consenso de Washington. *Revista da ESMape*, Recife, v. 6, n. 13, p. 153-204, jan./jun. 2001.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra (coord.). *Grandes temas do direito tributário sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VALADÃO, Alexander Roberto Alves. *Espécies tributárias e o mínimo existencial: contributo para o desenvolvimento de um estado fiscal sustentável*. Curitiba: Juruá, 2013.



## RESOLUÇÃO N. 45/2013 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: A PROIBIÇÃO DA REQUISIÇÃO DO PRESO PARA ENTREVISTA PRÉVIA E SUA CONSTITUCIONALIDADE/CONVENCIONALIDADE

Amanda Cristine Rocha da Cruz

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogada.

**Resumo:** O trabalho pretende empreender uma análise da constitucionalidade e convencionalidade da Resolução n. 45/13 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em face dos artigos 5º incisos LIV e LV da Constituição Federal, bem como o art. 8º, 2, “d” da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. A referida resolução veda que o preso vá ao fórum para ser entrevistado por seu Defensor público, posto que apenas poderá comparecer em tal local no momento da audiência. Busca-se, ainda, analisar a necessidade de observância dos tratados internacionais de direitos humanos e a implementação da bastante comentada audiência de custódia.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Direitos Humanos. Resolução n. 45/2013. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa. Defensor Público Natural.

**Sumário:** Introdução. 1. O Direito de Entrevista Prévia do Preso como Garantia da efetivação dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. 2. Da Atribuição para Tutelar o Direito de Defesa do Réu. 3. Meios para Efetivação do Direito de Entrevista Prévia do Preso. 4. Discussão acerca da Constitucionalidade da Resolução n. 45/2013 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho em tela aborda a proibição de requisição do preso assistido pela Defensoria Pública para ir ao fórum realizar sua entrevista prévia antes do oferecimento da resposta à acusação, no contexto da Resolução n. 45/13 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que limitou a ida do preso ao fórum apenas para realização de audiência.

Nessa esteira, tratar-se-á da importância do respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa em face da citada resolução, bem como o entendimento jurisprudencial acerca do tema.



Antes do oferecimento da resposta à acusação, mediante pedido, o réu era apresentado no fórum para entrevistar-se com o seu Defensor Público, até o início do ano de 2014.

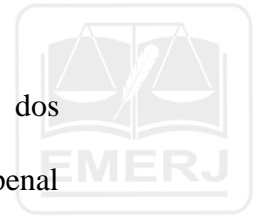
Quando, em outubro de 2013, ocorreu frustrada tentativa de resgate de preso no fórum de Bangu na cidade do Rio de Janeiro ocasionando a morte de uma criança e de um policial militar, o Tribunal de Justiça do referido estado por meio de seu Órgão Especial expediu a Resolução n. 45/13 do TJ/RJ, que vedou a requisição de presos para qualquer ato que não fosse processual, assim como para comunicações processuais.

Dessa maneira, apesar de a referida resolução não tratar expressamente sobre a proibição da requisição para entrevista prévia, o Tribunal do Rio de Janeiro, em sua maioria, entendeu pela impossibilidade de atender aos pedidos de atendimento prévio. Nesse sentido, entendeu o referido Tribunal que caberia à Defensoria Pública se aparelhar para que haja defensores públicos em cada presídio para este fim.

Nesse sentido, os presos, em sua maioria assistidos pela Defensoria Pública, estão sem essa entrevista inicial, extremamente importante para a concretização do devido processo legal, bem como do contraditório e da ampla defesa.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: a necessidade da entrevista prévia do réu para que sejam observadas as garantias constitucionais do preso; a responsabilidade para deslocamento do réu para o presídio; a discussão sobre a viabilização prática para que seja realizada a entrevista prévia do preso, especialmente por via da audiência de custódia; e a constitucionalidade em si da Resolução n. 45/13 diante do artigo 5º, incisos LIV e LV da CRFB/88 bem como do artigo 8º, 2, “d” da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. A metodologia será pautada pelo método bibliográfico-histórico, qualitativo e parcialmente exploratório.

Assim, visa-se a trazer à baila a discussão sobre a importância da entrevista prévia do preso e sua viabilização com a Resolução n. 45/13 do TJ/RJ. Ademais, busca-



se demonstrar a importância do cumprimento dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais de Direitos Humanos de modo que a norma processual penal brasileira se compatibilize com os primeiros.

## **1. O DIREITO DE ENTREVISTA PRÉVIA DO PRESO COMO GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

A entrevista do réu preso com seu defensor constitui ato inerente e imprescindível à amplitude de sua defesa, constitucionalmente garantida.

Como se sabe, a requisição do preso para entrevista com o Defensor Público busca tutelar o legítimo interesse assegurado como direito fundamental na Magna Carta que se reveste de diversas denominações, a saber: ampla defesa, contraditório, efetividade da prestação jurisdicional e devido processo legal, sendo certo que "a defesa é órgão da administração da justiça e não mero representante dos interesses do acusado. Isso porque ela se exerce, substancialmente, para a preservação e tutela de valores e interesses do corpo social, sendo, assim, garantia de proteção da própria sociedade".<sup>1</sup>

Para que se tenha materialmente uma defesa, portanto, garantidora da realização dos princípios maiores que informam o processo penal, não é suficiente a formal participação do Defensor em cada momento procedimental; é preciso que o defensor, no exercício de seu *munus*, garanta que o acusado influa no processo "como um de seus modeladores", com o poder de "criar situações processuais e reforçar sua perspectiva de sentença favorável".<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BATISTA, Nilo. Defesa deficiente, In: *Decisões criminais comentadas*, p. 106-112. Rio de Janeiro: Liber júris, 1976.

<sup>2</sup> SCHMIDT, Eberhard *apud* AMARAL, Augusto Jobim do. *Discurso penal e política da prova: nos limites da governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*, 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Coimbra, 2011. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/20164/3/AUGUSTO.JOBIM.DO.AMARAL.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

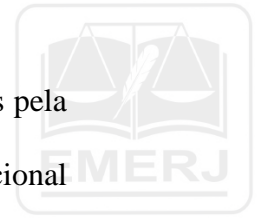
O indeferimento da requisição do réu para entrevista, com fundamento na Resolução n. 45/ 13 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio e Janeiro, a toda evidência, acarreta flagrante cerceamento de defesa, já que aborta a possibilidade de o réu colaborar com seu Defensor para apresentar resposta escrita ou oral, sacrificando toda a defesa.

Efetivamente, nulas são as chances de defesa de um acusado que somente terá contato com seu Defensor no dia da audiência de instrução e julgamento (AIJ) e sem nenhuma testemunha de defesa arrolada, já que para tanto imprescindível o contato prévio negado.

Para que se tenha a verdadeira existência do princípio da ampla defesa é *mister* que haja contato entre réu e seu Defensor. Inclusive antes do início da instrução, quando da elaboração da resposta, peça inaugural da defesa. O réu tem o direito de contraditar com contra hipóteses e contraprovas. Se for verdade que o Defensor Público deve assistir o réu, informá-lo da situação que se encontra perante o juízo, não menos verdadeiro é que o réu também deve ter a oportunidade de orientar o seu advogado, chamar-lhe a atenção para suspeições, inimizades ou mentiras que as testemunhas, no ato de depor, podem fantasiar.

E quando o Defensor Público estiver impossibilitado de se deslocar até o assistido, seja por razões de falta de estrutura física ou humana, seja pela sobrecarga de trabalho que pesa sobre ele? Como concretizar-se esse direito tão caro à humanidade?

A reiteração dessa prática acarretará uma violação ao devido processo legal, sendo certo que em todas as audiências de instrução e julgamento apenas testemunhas de acusação serão ouvidas e o processo ali será sentenciado.



A toda evidência, não é esta a ampla defesa e o contraditório, assegurados pela CRFB/88<sup>3</sup>, não se alcançando com tal proceder a efetividade da prestação jurisdicional num estado democrático de direito.

Na atual resposta preliminar, introduzida pela alteração legislativa da Lei n. 11.718/2008<sup>4</sup> há grande gama de questões, não só processuais, como de fato, que poderão ser aduzidas na peça processual.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci<sup>5</sup>, preleciona:

Se necessário, é imprescindível que o juiz possibilite ao réu, que não possua advogado constituído, avistar-se com o defensor público ou dativo nomeado, reservadamente, para que possa ser orientado das consequências de suas declarações, de modo a não prejudicar sua defesa.

O direito de entrevista pessoal e reservada do réu com seu defensor antes do ato do interrogatório pode ser evitado, atualmente, pois o rito foi alterado e somente ao final da audiência única, onde toda a prova é colhida, será ouvido o réu. Portanto, na maioria dos casos, ele já terá assistência de um defensor constituído, público ou dativo.

Nada impede, no entanto, que o defensor deseje orientar seu cliente, antes do interrogatório, justamente em função da prova que foi produzida na audiência. É um direito de ambos e o magistrado deve assegurar esse momento.

Além disso, nas entrevistas com os réus, utiliza-se a defesa de formulários próprios que ficam arquivados, com anotações feitas durante as entrevistas referentes a fatos relatados pelos réus que poderão ter influência na avaliação da prova que será produzida em AIJ ou ainda ser utilizadas no momento oportuno. Nesse momento também, alguns trazem questões atinentes ao uso nocivo de drogas e internação em clínicas que poderão ser objeto de futura instauração de incidente toxicológico.

Finalmente, na entrevista pessoal, também são indicados telefones de contato de familiares do réu preso e nesse contato pede-se busca de eventual testemunha citada pelo réu durante a entrevista, bem como cópia de documentos, comprovantes de residência e/ou trabalho, entre outros.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014.

<sup>4</sup> Idem. Lei n. 11.718, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111718.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014.

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.312.



Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>6</sup> entende que:

Defesa preliminar escrita cumpre importantes funções, a saber: a fixação de prazo para o oferecimento do rol de testemunhas e de prova pericial para o réu, além da apresentação das exceções (art. 95, CPP). E é aqui que surge um primeiro problema trazido com o novo rito procedimental da audiência una, a ser examinado logo adiante. É que, como, agora, o interrogatório do réu é o último a toda instrução, como se fará a defesa escrita do réu preso? A não ser que a Defensoria Pública instale um escritório de plantão em presídios e delegacias, a defesa escrita, nessas situações, se limitará a discutir questões de direito e não questões de fato. Até mesmo a elaboração do rol de testemunhas estará comprometida, na medida em que a ausência de contato entre o defensor e o acusado impedirá uma contribuição mais efetiva.

A uma constituição democrática como a vigente necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo, nos termos do que leciona o eminente professor Aury Lopes Junior<sup>7</sup> que prossegue esclarecendo que o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo, e sim como caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena, razão pela qual somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho foram rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionais asseguradas (devido processo legal).

Trata-se de pleito justo e democrático que visa a oferecer tratamento igualitário, na medida das desigualdades observadas, as populações vulneráveis que, infelizmente, compõem a massa de acusados nos processos criminais que tramitam em nos tribunais.

Frise-se, que as garantias constitucionais são inabaláveis e não podem ser relativizadas por parte do estado. Dessa forma, a assunção pelo estado do monopólio da atividade jurisdicional acaba por lhe impor diversos ônus, de modo a assegurar o pleno exercício da ampla defesa no direito processual.

Por fim, é da maior relevância repetir que uma das funções do Juiz é assegurar o contraditório e a efetividade de todos os instrumentos postos a serviço da eficácia dos

<sup>6</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 679.

<sup>7</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60.





direitos fundamentais, já que o espaço comum democrático é construído pela afirmação do respeito à dignidade humana e pela primazia do direito como instrumento das políticas sociais, inclusive a política criminal.

## 2. DA ATRIBUIÇÃO PARA TUTELAR O DIREITO DE DEFESA DO RÉU

Ao analisar a importância da entrevista prévia do preso em um Estado Democrático de Direito, cumpre-se buscar, no contexto atual, a quem deveria se atribuir a tutela de tal direito assegurado inclusive no âmbito internacional, conforme será visto no capítulo 4.

Observa-se, que os argumentos que defendem a medida versam no sentido da vedação legal da requisição do preso para que ele seja entrevistado pelo seu Defensor Público no fórum<sup>8</sup>. Argumentam que poderia haver uma possível responsabilização administrativa dos órgãos de segurança institucional do Tribunal de Justiça ao permitirem a apresentação irregular de presos nas dependências do Poder Judiciário, conforme o artigo 1º, § 1º da Resolução em debate.<sup>9</sup>

Embasando o entendimento a favor da citada resolução em comento, dispõe a Resolução n. 108/2010 do Conselho Nacional de Justiça<sup>10</sup>, que trata da ausência de previsão legal para a requisição do réu preso para comparecer em juízo para a simples comunicação de atos processuais, ao argumento de que afronta a segurança pública e causa ônus desnecessário ao erário. Segue a transcrição de seu artigo 4º:

<sup>8</sup> BRASIL. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Incidente de inconstitucionalidade nº 0026804-15.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Nildson Araújo da Cruz. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BF011988D4DC7AC371B4DB03E5A3EE29C5032240162A>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

<sup>9</sup> BRASIL. Resolução TJ/OE/RJ n. 45/2013, de 11 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://aoja-rj.jusbrasil.com.br/noticias/112098895/resolucao-45-dispoe-sobre-a-apresentacao-de-reus-presos-nas-dependencias-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

<sup>10</sup> Idem. Resolução CNJ n. 108/2010, de 06 de abril de 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_108.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_108.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2015.



Art. 4º As comunicações dos atos processuais ao indiciado, réu ou condenado preso serão realizadas por oficial de justiça diretamente ao estabelecimento onde custodiado, dispensada a requisição para a formalização de tais atos em juízo.

Parágrafo único: Comparecendo o réu ou apenado em audiência as comunicações em relação aos atos nela praticados serão realizadas na própria audiência.

Ademais, se amparam na rejeição do incidente de inconstitucionalidade de número 0026804-15.2014.8.19.0000<sup>11</sup> que tratava de pedido de *habeas corpus* elaborado pela Defensoria Pública, sendo conferido efeito vinculante a decisão que considerou ser a Resolução n. 45/ 13 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio e Janeiro compatível com a ordem constitucional vigente.<sup>12</sup>

Nessa esteira, entendem ser mera liberalidade do Poder Judiciário a requisição do preso para tais situações, posto que o ato normativo conjunto n. 10/2013 do TJRJ<sup>13</sup>, visou a eficiência da prestação jurisdicional, conforme preceitua a Carta Magna em seu artigo 3º, competindo à Defensoria Pública a realização da entrevista prévia do acusado.

Dessa maneira, por ser instituição que possui autonomia administrativa, deve a Defensoria Pública manter nos estabelecimentos penais Defensores Públicos para atendimento dos presos. Para tal, deverá a administração penitenciária providenciar o direito de entrevista do acusado com os membros da Defensoria Pública, na forma do artigo 4º e 22º, § 4º, ambos da LC n. 06/77<sup>14</sup>.

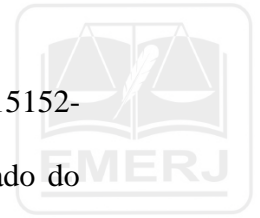
<sup>11</sup> BRASIL. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Incidente de inconstitucionalidade nº 0026804-15.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Nildson Araújo da Cruz. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BF011988D4DC7AC371B4DB03E5A3EE29C5032240162A>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

<sup>12</sup> Idem. Resolução TJ/OE/RJ n. 45/2013, de 11 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://aoja-rj.jusbrasil.com.br/noticias/112098895/resolucao-45-dispoe-sobre-a-apresentacao-de-reus-presos-nas-dependencias-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

<sup>13</sup> Idem. Ato Normativo Conjunto TJRJ/CGJ n. 10/2013, de 09 de maio de 2013. Disponível em: <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>14</sup> Idem. Lei Complementar n. 06/77, de 12 de maio de 1977. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/bc008ecb13dcfc6e03256827006dbbf5/e0a473c75c245a3c03256090073ce8e?OpenDocument>>. Acesso em: 29 mar. 2015.



Nesse sentido, colaciona-se o *habeas corpus* de número 0015152-98.2014.8.19.0000<sup>15</sup> da sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 10/06/2014 pela Desembargadora Maria Angélica Guedes:

[...] a DPERJ, órgão integrante do Poder Executivo, possui núcleos de atendimento nas unidades prisionais (NUSPEN), onde encontram-se lotados Defensores Públicos, aptos e capacitados a efetivarem o contato prévio com os presos, com a consequente disponibilização das informações àqueles designados para atuarem nas Varas Criminais, sempre no interesse de seus assistidos. Sendo certo, ainda, que a Lei Complementar n° 6, de 12.05.1977, que dispõe sobre a organização da instituição neste Estado, assegura de forma expressa em seu artigo 22, §4º, a presença dos membros da Defensoria Pública nos estabelecimentos prisionais. [...]

Afirmam que o artigo 108, IV da LC 80/94<sup>16</sup>, diz ser atribuição da Defensoria Pública providenciar a entrevista com o assistido preso no local de sua custódia, pois ela possui estrutura potencial e dotação orçamentária que possibilitam o cumprimento de referida responsabilidade. Além disso, consideram que a Defensoria Pública tem mais facilidade que os advogados no que tange a atuação desses últimos no estabelecimento prisional.

Entendem que a falta de requisição do preso não lhe acarreta prejuízo, uma vez que o artigo 185, § 5º do Código de Processo Penal<sup>17</sup>, garante ao preso, no momento do interrogatório, entrevistar-se pessoalmente com o seu defensor. No caso de serem necessárias, eventuais testemunhas indicadas pela defesa técnica poderiam ser ouvidas em data posterior, considerando os casos de inércia da Defensoria Pública.

Contrapondo-se a tal posicionamento, tem-se a ideia de que diante da inexistência de dispositivo legal expresso que obrigue o juiz a requisitar o preso para se entrevistar com o seu defensor antes do oferecimento da resposta à acusação, pelo artigo 5º, XXXV da CRFB/88 e o artigo 4º da Lei de Introdução das Normas de Direito

<sup>15</sup> Idem. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 49859. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157173481/recurso-em-habeas-corpus-rhc-49859-rj-2014-0181703-6>>. Acesso em: 29 mar. 2015

<sup>16</sup> Idem. Lei Complementar n. 80/94, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>17</sup> Idem. Decreto-lei n. 3689/41, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.



Brasileiro, não pode o Magistrado deixar de prestar jurisdição. Dessa forma, deve-se integrar as leis, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito para suprimir as lacunas legislativas, cabendo ao juiz as utilizar para fundamentar a requisição do preso nesses casos.

Ademais, a afirmação de que o preso apenas no momento do interrogatório teria contato com o seu defensor ocasiona sério prejuízos, posto que a resposta à acusação cumpre funções importantes no que tange aos requerimentos relativos à produção de provas, sob pena de preclusão, conforme foi salientado no primeiro capítulo desse artigo, ficando restrita a questões de direito e não questões de fato.

Nesse sentido, apontar testemunhas de defesa apenas no momento do interrogatório, nos casos de ausência de contato anterior com o defensor público, iria justamente contra a celeridade na instrução criminal visada pela reforma no Código de Processo Penal (Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08), devendo a defesa do réu ocorrer antes da citada peça processual.

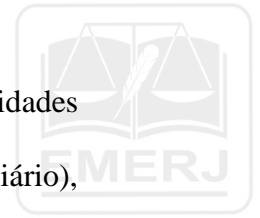
Cumpra-se destacar que os presos do sistema carcerário são em sua grande maioria defendidos pela Defensoria Pública, majoritariamente negros e pobres, denotando a engrenagem do sistema vigente de exclusão social.<sup>18</sup>

A realidade brasileira, segundo o mapa da Defensoria Pública no Brasil<sup>19</sup>, é a de que 72% dos locais que possuem ao menos um juiz, a população em condições de vulnerabilidade não tem seu direito de acesso gratuito à justiça garantido por um Defensor Público.

---

<sup>18</sup> BRAGA, Mariana. *Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/70225-brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

<sup>19</sup> CASTRO, A.L.M.; CUSTÓDIO, R.B.; WHATELY, T.M. *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Edição dos Autores, 2013, p.35. Disponível em: [http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa\\_da\\_defensoria\\_publica\\_no\\_brasil\\_impreso\\_.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impreso_.pdf). Acesso em 23 de abr.2015.



No estado do Rio de Janeiro, a existência de Defensores Públicos nas Unidades prisionais é uma realidade, por meio do NUSPEN (Núcleo do Sistema Penitenciário), em conformidade com o artigo 22, §4º da Lei Complementar n. 06/77<sup>20</sup>.

Contudo, deve-se destacar que, assim como o Ministério Público, a Defensoria Pública possui as garantias de autonomia funcional e administrativa, bem como princípios institucionais a autonomia, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, sendo ambas caracterizadas como função essencial à justiça, na forma dos artigos 127 e 134 da CRFB/88.

Dessa forma, entende-se, conforme o Desembargador José Muiños Piñeiro Filho<sup>21</sup>, que cabível a interpretação por analogia ao princípio do promotor natural, garantindo-se a entrevista do réu preso com o defensor com atribuição na Vara Criminal correspondente e não com o que atue nas unidades prisionais estaduais. Portanto, cabível o reconhecimento do princípio do Defensor Público natural, previsto no artigo 4º-A, IV da Lei Complementar Federal 80/94<sup>22</sup>.

Nesse diapasão, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro<sup>23</sup>:

A teoria do promotor natural ou legal, como anteriormente afirmado, decorre do princípio da independência, que é imanente a própria instituição. Ela resulta, de um lado, da garantia de toda e qualquer pessoa física, jurídica ou formal, que figure em determinado processo que reclame a intervenção do Ministério Público, em ter um órgão específico do *parquet* atuando livremente com atribuição predeterminada em lei, e, portanto, o direito subjetivo do cidadão ao Promotor (aqui no sentido *lato*), legalmente legitimado para o processo. Por outro lado, ela se constitui também como garantia constitucional do princípio da independência funcional, compreendendo o direito do promotor de officiar nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei Complementar n. 06/77, de 12 de maio de 1977. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/bc008ecb13dcfc6e03256827006dbbf5/e0a473c75c245a3c032566090073ce8e?OpenDocument>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>21</sup> Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC n. 0064732-05.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador José Muiños Piñeiro Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044EEF38DB5BBC6FFF509DC4DCDD2572548CC45F5F5D51>>. Acesso em: 29 mar. 2015

<sup>22</sup> Idem. Lei Complementar n. 80/94, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>23</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. Promotor natural. Atribuição e conflito com base na Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 50-51.



Dessa maneira, o argumento de que caberia à Defensoria Pública arcar com o transporte do Defensor Público ao local de custódia do preso em face de autonomia orçamentária, não merece qualquer respaldo, em verdade, constata-se que o que existe é uma impossibilidade material de que os Defensores Públicos das Varas Criminais compareçam às casas de custódia de sua comarca, participem de audiências, atendam as partes, oficiem os processos de seu acervo e compareçam diariamente ao seu órgão de atuação.

Assim, observa-se que, ainda que o transporte de presos até o fórum constitua um maior aparato para garantir a segurança de seu deslocamento e um maior custo para o Estado, Poder Executivo e não para o Judiciário, excepcionar garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, não pode ocorrer em um Estado Democrático de Direito.

### **3. MEIOS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE ENTREVISTA PRÉVIA DO PRESO**

Após a percepção de que a entrevista prévia do preso é um garantia constitucional que deve ser assegurada, mostra-se relevante analisar as possíveis soluções para que tal direito seja efetivado.

Eugênio Pacelli<sup>24</sup> trata do tema de forma paliativa, ao dizer que ao artigo 396 e 396-A do Código de Processo Penal se aplica o artigo 189 do Código de Processo Penal que permite a indicação de provas no momento do interrogatório. Dessa forma, ainda que a defesa prévia deva ser apresentada dez dias após a citação, poderia o acusado em seu interrogatório indicar provas em seu interrogatório.

Nessa esteira, o referido doutrinador entende que quando a defesa técnica não estiver em contato direto com o réu, poderá o juiz determinar a produção de prova. Isso

---

<sup>24</sup> PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46.



ocorre, pois conforme a atual realidade do Estado do Rio de Janeiro, a resposta à acusação, quando o réu é assistido pela Defensoria Pública, tem-se limitado a um protocolo, ausente de efetiva defesa do acusado. Ocorre que a referida peça processual comumente, traz apenas a indicação das testemunhas arroladas na denúncia.

Assim, o juiz poderá reabrir a instrução para que se produza a prova requerida pelo acusado. Entretanto, tal procedimento afetaria o princípio da celeridade processual, preconizado pela reforma do Código de Processo Penal no ano de 2008.

Nesse diapasão, para a elaboração de uma defesa prévia completa, necessário se faz o contato prévio do acusado com o seu Defensor Público. Dessa forma, observa-se como solução mais adequada ao caso seria a atualmente muito comentada audiência de custódia.

Ainda que a defesa pessoal seja facultativa na fase preliminar do processo penal, assim como na fase judicial, é assegurado a possibilidade de declarar, de rebater, resistir ou contraditar os elementos investigatórios e probatórios incriminatórios, em resumo, de se explicar diante da imputação. Tal direito no Brasil vem começando a ser exercido via audiência de custódia.

Trata-se de um direito integrante da ampla e plena defesa, na perspectiva de ser ouvido acerca da imputação criminal ou da constrição da liberdade. Sua previsão está contida no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu artigo 14.1 (“toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente”), e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em seu artigo 8.1, assegura que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal”.

A referida garantia incide também quando da lavratura do auto de prisão em flagrante ou da detenção em razão da prisão preventiva ou da prisão temporária, conforme o artigo 9.3 do PIDCP, quando estabelece que “toda pessoa presa ou detida



em virtude de infração penal deverá ser prontamente conduzida à presença de um juiz ou de outra autoridade habilitada”, bem como no artigo 7.5 da CADH (“toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”).

Assim, a apresentação imediata ao juiz possibilitaria o contraditório e a defesa, antecedentes à conversão da detenção em flagrante em preventiva. Sem a ocorrência da audiência de custódia, segundo a nova sistemática procedimental introduzida com as reformas parciais de 2008, o preso só será ouvido somente no final do processo, momentos antes de ser proferida a sentença.

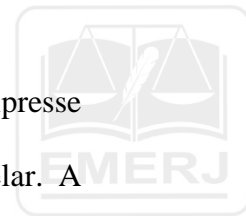
Nesse sentido, o preso ao ser requisitado pelo juiz para realização da audiência de custódia, ocorrerá seu comparecimento ao fórum, momento em que o Defensor Público o poderá entrevistar para a realização da entrevista prévia.

Assim, importante frisar que a finalidade da audiência de custódia é a de salvaguardar a integridade física e psíquica da pessoa, tendo em conta um dos momentos cruciais para a prevenção da tortura correspondente às primeiras horas em que a pessoa é privada de sua liberdade de locomoção, ficando a mercê dos agentes estatais responsáveis pela segurança pública.

Dessa forma, a exigência de apresentação dos presos é uma salvaguarda essencial para que se preservem os direitos humanos dos prisioneiros. É um meio de garantir que as detenções sejam legais e necessárias. Nesse momento se pode ouvir algo que o preso tenha a dizer e, por meio do contato também com o seu Defensor Público, que o acompanhará na oitiva com o juiz e, se colherá elementos para a elaboração de uma defesa prévia efetiva e justa.

Se o acusado é apresentado ao juiz pode protagonizar desde logo, desde que de acordo com a orientação de seu defensor técnico, suas razões, eventuais provas e outras formas de persuasão próprias da expressão corporal, da comoção pelo tom de voz e outras semelhantes. A possibilidade de autodefesa, juntamente com a defesa técnica é





expressão de reação contra o processo inquisitivo e não há motivo para que se expresse apenas quanto ao juízo de culpa, ficando silente quanto ao provimento cautelar. A relação imediata do juiz com as partes é característica do procedimento acusatório.

#### **4. DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N. 45/2013 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

No que se refere ao direito de elaboração da defesa prévia do acusado, deve-se observar que no âmbito constitucional a garantia referente ao seu direito de defesa está prevista no artigo 5º, LV da CRFB/88: “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Dessa maneira, a previsão de normas constitucionais exigentes de proteção jurídico-penal inseridas na Constituição Federal em seu catálogo de direitos fundamentais impõe ao juiz um compromisso efetivo com a causa penal, devendo a referida proteção ser tida como uma garantia do direito fundamental do acusado.

Nesse sentido, observa-se que na concepção de um sistema penal constitucionalmente necessário não resulta a relativização de garantias materiais e processuais que aproveitem ao acusado. Na temática da Constituição Penal há de um lado um limite garantista intransponível (intervenção mínima) e de outro, um conteúdo mínimo irrenunciável de coerção (intervenção necessária). Esse balanço deve ser o fio condutor da atividade estatal (legislativa e jurisdicional) em matéria penal.<sup>25</sup>

Desse modo, percebe-se que a Resolução n. 45/2013 do TJRJ, viola frontalmente a Constituição, devendo a defesa plena se sobrepor a segurança pública e a economia processual. Observa-se que o direito de defesa dessas pessoas não deve ser mitigado em nome de uma política de economia, celeridade processual e de segurança

---

<sup>25</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência tribunal de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.53.



pública, uma vez que segurança pública não é função do juiz e sim a de guardião dos direitos e garantias fundamentais no processo criminal.

Ademais, diante da imputação criminal, o Código de Processo Penal e as leis especiais estabelecem ser a defesa prévia um ato processual obrigatório, Após o recebimento da denúncia, o juiz citará o acusado para responder à acusação por escrito, no prazo de 10 dias (artigo 396 do Código de Processo Penal). Diante da ausência de resposta, deverá ser nomeado advogado para defender o acusado (artigo 396, §2º do Código de Processo Penal).

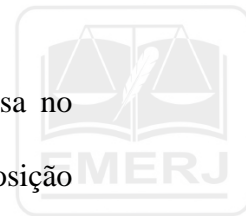
No âmbito do sistema internacional de proteção e promoção dos direitos humanos, o direito de o imputado comunicar-se diretamente com seu defensor consta no artigo 14.3, b do PIDCP (“... comunicar-se com defensor de sua escolha”) e 8.2, d da CADH (“comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor”). Em qualquer modalidade de interrogatório (comparecimento a juízo, deslocamento do juiz ao local onde está o imputado ou por videoconferência), afirma o artigo 185, § 5º do Código de Processo Penal o direito à prévia entrevista do interrogando, com seu defensor, salvo quando constituído e o imputado já tiver mantido contato acerca da imputação constante no referido processo.

O direito à entrevista prévia e reservada entre o réu e seu defensor, segundo o STF, ”possibilita ao réu que não possua advogado constituído conversar antecipadamente com o defensor nomeado, para que possa ser orientado sobre as consequências de suas declarações, de modo a não prejudicar sua defesa”.<sup>26</sup>

A partir da redemocratização política brasileira, marcada pela promulgação da atual Constituição, o Brasil integrou-se ao sistema internacional de proteção e promoção dos direitos humanos, ratificando grande parte dos tratados que compõem o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Referida normativa, segundo os §§ 2º e 3º

---

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 99.684. Relatora: Min. Ellen Grace. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6067847/habeas-corpus-hc-99684-sp>>. Acesso em: 29 mar. 2015.



do artigo 5º da CRFB/88, uma vez ratificada pelo Congresso Nacional, ingressa no sistema jurídico pátrio com força de emenda constitucional ou, ao menos, em posição hierárquica de superioridade em relação à legislação, quedando-se apenas abaixo dos dispositivos constitucionais, segundo o entendimento do STF em relação aos tratados incorporados na forma do §2º do artigo 5º da CRFB/88.<sup>27</sup>

Nesse sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), ratificado pelo Brasil em 24/01/92 e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (OEA, 1969), ratificada pelo Brasil em 09/07/92, ambos na forma do artigo 5º, §2º da CRFB/88, passaram a serem incorporados automaticamente pelo Direito brasileiro, promulgando-se o Decreto n. 592/92 e o Decreto n. 678/92, respectivamente.

A posição hierárquica de tais tratados muito debatida pela doutrina passou a ocupar no direito interno, ao menos no plano jurisprudencial, a posição firmada pelo STF de que as normas advindas dos tratados internacionais de direitos humanos, se não tem hierarquia constitucional, situam-se, por sua natureza, acima do restante da legislação, em posição de supralegalidade, mas de infraconstitucionalidade.<sup>28</sup>

Segundo Flávia Piovesan:<sup>29</sup>

[...] a incorporação automática (...) – sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para a sua exigibilidade e implementação – traduz relevantes consequências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a estes mesmo direitos, sob pena de invalidação. Consequentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência.

Dessa forma, e de acordo com o vetor interpretativo aplicável aos direitos humanos, as normas dos tratados internacionais complementam a garantia prevista constitucionalmente para nela incluir o direito do réu se entrevistar previamente com o

<sup>27</sup> Orientação a que se chegou quando do julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários n. 466.343 e 349.703 e dos *Habeas Corpus* n. 87.585 e 92.566, em 03.12.2008.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 95.967. Relatora: Min. Ellen Grace. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14770628/habeas-corpus-hc-95967-ms-stf>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>29</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 104-105.



seu defensor público para a elaboração da resposta à acusação, de modo que se pode afirmar, que a relação entre a Constituição da República e os tratados de direitos humanos e de complementaridade, nunca de oposição.

Tal entendimento é reforçado pela primeira parte do artigo 5º, §2º da CRFB/88, que determina que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)”.

Assim, observa-se uma cláusula de abertura do rol de direitos fundamentais, a permitir a inclusão de outros direitos e garantias àqueles já previstos na lei maior, desde que consoantes com os princípios constitucionais, o que se mostra de evidente adequação à interpretação que ora se faz, no sentido da possibilidade de ampliação das garantias da pessoa presa, já estabelecidas no inciso LXII do artigo 5º da CRFB/88, para incluir o direito do acusado se entrevistar previamente com o seu defensor público antes da elaboração da resposta à acusação.

Portanto, tal discussão referente à complementaridade de tais tratados, considerando-os como ocupantes de posição hierarquicamente superior à das leis ordinárias, seria desimportante por se encontrarem no mesmo patamar que a norma constitucional ou se fazerem como norma complementar a lei maior, estando logo abaixo desta, mas acima das demais leis.

Conclui-se que a Resolução em debate afronta a Carta Magna brasileira, bem como o sistema de proteção internacional dos direitos humanos, considerado norma supralegal, segundo o STF.

## CONCLUSÃO

Sintetizando o exposto, é possível afirmar que a Resolução n. 45/2013 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no que tange ao direito do réu



entrevistar-se previamente com o seu defensor público é uma grave afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa estabelecidos no artigo 5º, LV, da CRFB/88.

Impedir o contato do preso com o defensor público correspondente ao da sua vara criminal seria uma ofensa ao princípio do Defensor Público natural e acarretaria graves prejuízos à colheita de provas para a elaboração de uma efetiva resposta à acusação.

Observa-se como solução para que o preso passe a ter contato com o seu Defensor, a implementação das audiências de custódia, que impõem a oitiva da pessoa presa, sem demora, por um juiz, momento em que o Defensor Público terá a oportunidade de entrevistar o réu, acabando de vez com a ausência de uma defesa efetiva do acusado assistido pela Defensoria Pública.

A audiência de custódia, assim como o direito de comunicar-se livremente com o seu defensor estão previstos na CADH em seus artigos 8.1 e 8.2 “d” e no PIDCP em seus artigos 14.1 e 14.3 “b”, estando tais tratados internalizados e incorporados ao direito brasileiro, em posição hierárquica infraconstitucional e supralegal.

O artigo 5º, LV e LXII da CRFB/88 combina-se com as normas dos tratados de direitos humanos, ampliando as garantias da pessoa privada de liberdade, de modo que sua prisão seja comunicada ao juiz e o de ser ouvida, sem demora, por esse último e por seu Defensor Público quando requisitada para comparecimento ao fórum.

Tem-se a necessidade da legislação processual pátria adaptar-se a esse direito fundamental da pessoa presa, de modo a disciplinar o procedimento, o que, entretanto, não inviabiliza a aplicação da audiência de custódia já de imediato por magistrados de diversos estados como São Paulo e Rio de Janeiro.

Isso porque, o comparecimento pessoal, sem demora, perante o juiz, para fins de verificar os motivos da prisão e a preservação dos direitos fundamentais do preso é amplamente referendado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, à qual o



Brasil manifestou expresso acatamento, devendo tal ato ser sempre acompanhado pela defesa técnica, conforme preveem o artigo 8.2, “d” da CADH c/c o artigo 5º, LIV e LV da CRFB/88.



## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Defesa deficiente, In: *Decisões criminais comentadas*, p. 106-112. Rio de Janeiro: Liber júris, 1976.

BRAGA, Mariana. *Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/70225-brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo> >. Acesso em: 28 mar. 2015.

BRASIL. Ato Normativo Conjunto TJRJ/CGJ n. 10/2013, de 09 de maio de 2013. Disponível em: <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html> >. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3689/41, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) >. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Incidente de inconstitucionalidade nº 0026804-15.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Nildson Araújo da Cruz. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BF011988D4DC7AC371B4DB03E5A3EE29C5032240162A> >. Acesso em: 28 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.718, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111718.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014.

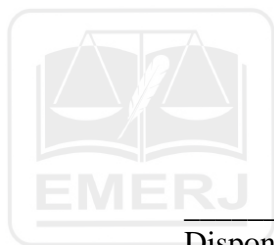
\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 06/77, de 12 de maio de 1977. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/bc008ecb13dcfc6e03256827006dbbf5/e0a473c75c245a3c032566090073ce8e?OpenDocument>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 80/94, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm) >. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Resolução CNJ n. 108/2010, de 06 de abril de 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_108.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_108.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Resolução TJ/OE/RJ n. 45/2013, de 11 de novembro de 2013. Disponível em: < <http://aoja-rj.jusbrasil.com.br/noticias/112098895/resolucao-45-dispoe-sobre-a-apresentacao-de-reus-presos-nas-dependencias-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC n. 0064732-05.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador José Muiños Piñeiro Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044EEF38DB5BBC6FFF509DC4DCDD2572548CC45F5F5D51>>. Acesso em: 29 mar. 2015



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 49.859. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157173481/recurso-em-habeas-corporum-rhc-49859-rj-2014-0181703-6>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC n. 95.967. Relatora: Ministra Ellen Grace. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14770628/habeas-corporum-hc-95967-ms-stf>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC n. 99.684. Relatora: Ministra Ellen Grace. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6067847/habeas-corporum-hc-99684-sp>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural. Atribuição e conflito com base na Constituição de 1988*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CASTRO, A.L.M.; CUSTÓDIO, R.B.; WHATELY, T.M. *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Edição dos Autores, 2013.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência tribunal de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

LEE, Bruno. *Juiz Deve Requisitar Réu Para Entrevista com Defensoria, diz TJ-RJ*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-06/juiz-requisitar-reu-entrevista-defensoria-tj-rj>>. Acesso em: 23 set. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva 2014.





SCHMIDT, Eberhard apud AMARAL, Augusto Jobim do. Discurso penal e política da prova: nos limites da governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo, 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Coimbra, 2011. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/20164/3/AUGUSTO.JOBIM.DO.AMARAL.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

WEIS, Carlos. *Estudo Sobre a Obrigatoriedade de Apresentação Imediata da Pessoa Presa ao Juiz*. Comparativo Entre as Previsões dos Tratados de Direitos Humanos e do Projeto de Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3042>>. Acesso em: 23 set. 2014.



## NOTAS SOBRE A FACTICIDADE NO PROCESSO PENAL

Amanda Viana de Albuquerque

Graduada pela Universidade Cândido Mendes – Centro. Funcionária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O estudo sobre a facticidade possui relação direta com a constituição das relações jurídicas processuais. O processo, enquanto tipo complexo é composto pela sucessiva realização de atos processuais, denotando, ato após ato, novas situações jurídicas, vinculantes dos atos subsequentes. Entretanto, verifica-se que determinadas condutas praticadas na seara processual penal, embora incompatíveis com a situação jurídica imediatamente anterior à sua ocorrência, acabam sendo, em muitas vezes, chanceladas pelo Poder Judiciário, o que não se coaduna com dogmática processual tampouco com a legitimidade e a segurança que se espera da atividade jurisdicional.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Facticidade. Ato processual. Relação jurídica.

**Sumário:** Introdução. 1. Notas gerais sobre facticidade processual e sua repercussão na relação jurídica processual. 2. Aspectos sobre as condutas processuais e sua aptidão para constituição de novas situações jurídicas. 3. Breve análise de decisões das Cortes Superiores correlatas ao tema. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Não há como se conceber o direito, seja ele de que natureza for, sem tratar da facticidade, do suporte que enseja a incidência da norma jurídica, que operando intelegivelmente recai sobre a conduta daqueles que se encontram submetidos aos seus comandos.

O objetivo do presente trabalho é a realização de uma breve abordagem sobre a facticidade no processo penal, notadamente sob a ótica da eficácia inerente aos atos processuais que, ao revés de produzidos de forma aleatória, devem ser realizados coordenadamente, condicionados às situações processuais anteriores e condicionantes das subsequentes, fazendo do processo um tipo complexo de formação sucessiva.



Isso porque, não raras vezes, admite-se, especialmente na seara processual penal, sob a égide dos princípios da obrigatoriedade da ação penal e da independência funcional, a prática de determinadas condutas pelo órgão de acusação, incompatíveis com as situações jurídico-processuais antecedentes, resultantes da própria atuação ministerial.

Dessa forma, busca-se ponderar que o poder-dever de acusar não é ilimitado, mas encontra freio nos princípios constitucionais e na própria dogmática processual, no sentido de conferir a cada conduta processual, seja ela comissiva ou omissiva, uma eficácia individual e uma eficácia geral, capaz de vincular os atores processuais às condutas posteriores, não lhes sendo permitida a inobservância das consequências lógicas decorrentes de sua atuação anterior, sob pena de colocar em risco a legitimidade e a segurança que do processo se espera.

Para tanto, o presente trabalho foi estruturado em três partes, realizando-se, de início, uma abordagem sobre aspectos da facticidade processual e sua repercussão na relação jurídica processual, ou seja, sobre a constituição do fato no processo e seus efeitos.

Na segunda parte, buscou-se elaborar algumas considerações sobre aspectos das condutas processuais e a sua aptidão para a criação de novas situações jurídicas, asseverando-se a impossibilidade de subordinação da lógica processual aos princípios da indisponibilidade e da independência funcional.

Por fim, serão analisadas algumas decisões correlatas ao tema, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O presente trabalho seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e jurisprudencial, qualitativa, parcialmente exploratória.



## 1. NOTAS GERAIS SOBRE FACTICIDADE PROCESSUAL E SUA REPERCUSSÃO NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

*Ex facto oritur jus*. Esse brocado jurídico, de origem romana, traduz de forma exata a imperiosidade do estudo do fato para o direito.

No campo jurídico, uma das classificações existentes, e a mais relevante para o presente trabalho, é aquela que identifica três modalidades de fatos para efeitos processuais: o fato concreto, existente no campo material e juridicizado pela norma abstrata no momento de sua ocorrência; o fato conceitual, ou *fattispecie*, ou suporte de regra jurídica, que é o fato abstratamente previsto na norma jurídica; e o fato afirmado, que é aquele representado pela narração do autor, conforme registra Machado Guimarães<sup>1</sup>, *si vera sint exposita*, e encontra-se embutido na causa de pedir, extraída da relação jurídica material afirmada.

Na seara processual penal, o fato afirmado representa o objeto da imputação, a situação fática que se pretende constituir no curso da relação jurídica processual a fim de justificar a incidência da norma de direito material por intermédio da sentença.

Ao examinar a instauração da relação jurídica processual, verifica-se que essa se dá, inicialmente, de forma linear, entre autor e Estado-Juiz, por intermédio do oferecimento da inicial ou denúncia. Nessa, o autor, observando as condições da ação, indiciárias dos fatos que afirma, e os pressupostos processuais, pede ao juiz que receba o fato afirmado como verdadeiro e, conseqüentemente, outorgue a ele, ou a quem represente, a proteção jurídica pleiteada.

Sobre o tema, Afrânio Silva Jardim<sup>2</sup> dispõe que:

<sup>1</sup> GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 96.

<sup>2</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Reflexão teórica sobre o processo penal. *Justitia*, São Paulo, v. 46, p. 91-125, dez. 1984.



[...] Todo o desenvolvimento do processo consiste em dar ao pedido o devido seguimento. Através do pedido, procura o autor fazer valer sua pretensão, sujeitando o réu ao processo. Exige o autor a prevalência de seu interesse, funcionando o pedido com exteriorização de uma determinada pretensão, cujos contornos são delimitados pela imputação ou causa de pedir.

Impende registrar, desde logo, que a relação jurídica que se busca constituir por intermédio da demanda não se confunde com a relação jurídica, se existente, no campo material: o suporte fático difere, sendo certo que essa, calcada no fato concreto, é subsumida à incidência da norma de direito material e, com exceção dos fatos afetos ao direito penal, resolvida na esfera material, através do adimplemento da obrigação, não equivalendo àquela, delimitada e indiciada pelo fato afirmado na inicial e constituída no curso do processo de forma contínua e dinâmica, ficando sujeita à atuação das partes e ao entendimento, ao final, obtido pelo sentenciante.

Nesse sentido, Badaró<sup>3</sup> assevera que “o fato processual é um concreto acontecimento histórico tido por existente, mas que pode não ter efetivamente existido. (...) O fato processual é o fato imputado e, como tal, é algo meramente afirmado, isto é, um acontecimento concreto que se diz ter ocorrido”.

Ademais, partindo da premissa que o fato, seja ele de que natureza for, traduz, antes de tudo, um acontecimento no tempo e no espaço, revela-se ontologicamente impossível a sua reconstituição, o que esvazia a assertiva de que o processo se destina à reconstrução do fato concreto por meio da prova.

Como adverte Calmon<sup>4</sup> :

[...] Por mais requintados que sejam os instrumentos de verificação disponíveis, jamais haverá segurança absoluta de que, mediante sua utilização, se alcance, com segurança, no operar jurídico, a verdade real, o que realmente aconteceu no mundo da vida. Nem pode o operador do direito vincular-se necessariamente ao que efetivamente ocorreu. Trabalha o jurista com a certeza processualmente verificada e

<sup>3</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 100.

<sup>4</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27.

certificada e somente ela pode operar, corresponda ou não àquela verdade real já mencionada. (...) O que ocorreu efetivamente no mundo da vida (passado) escapa, por impotência essencial, a sua eficácia prescritiva, que se volta inteiramente para o futuro, para o que deve ser. O que ele pode assegurar é a consequência que prescreve, jamais reconstituir o passado com fidelidade ou recompô-lo como deveria ter sido. [...]

Não se pretende, com isso, afirmar a inexistência do direito fora do campo processual. O direito existe no campo puramente material e pode ser satisfeito, salvo algumas exceções, pelo seu adimplemento. De outro giro, ainda que se afirme, por meio do processo, a existência de um direito inadimplido, essa afirmação, que justifica o exercício da pretensão de cunho processual, mesmo que guarde similitude com os fatos extraprocessuais, com esses não se confunde.

Em verdade, não raras vezes conclui-se, ao final do processo, pela improcedência do interesse originalmente deduzido, o qual se pretendia transformar em direito, após a constituição da suposta relação jurídica material através do fato processual, como, ao revés, pela procedência de um pedido, diante do êxito da parte em constituir a relação jurídica afirmada por meio dos atos processuais, cuja ação material jamais existiu no campo extraprocessual.

Entende-se, portanto, que o processo comporta apenas uma pretensão: a de exigir do Estado-Juiz a prestação jurisdicional, *prozessuale Anspruch*, apta e eficaz para a resolução da questão posta em julgamento. No mais, a afirmação do fato realizada por intermédio da inicial não denota nada além de um interesse, que implicará, ou não, ao final da demanda, na constituição de uma nova relação jurídica, com maior ou menor correlação com a ação material, se existente, construída através dos atos processuais praticados pelas partes, ensejando a elaboração de uma norma jurídica a incidir, especificamente, naquela relação jurídica dialeticamente constituída, por meio da sentença.



Como esclarece Bülow<sup>5</sup>,

[...] *La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, em grano arte, a desconocer su naturaleza de relación continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluídas, la relación jurídica procesal se encuentra em embrión. Esta se prepara por médio de actos particulares. (...). Y también esta ulterior atividade discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación.*

Por conseguinte, o sucesso ou fracasso do processo depende precipuamente da atuação das partes, na desincumbência de seus ônus, no exercício das posições de vantagens que assumem no curso processual<sup>6</sup>, bem como na capacidade de evidenciar ou negar a relação jurídica afirmada na exordial.

O conteúdo formal do processo será, portanto, o conjunto desses atos produzidos em seu contexto. Esclarece Afrânio<sup>7</sup> que:

[...] *Sob o aspecto formal, o conteúdo do processo é o conjunto dos atos processuais (postulatórios, instrutórios, e decisórios), através dos quais a relação processual se desenvolve, criando faculdades, poderes, sujeições, direitos, deveres e ônus para os diversos sujeitos processuais. Sob o aspecto substancial, o conteúdo do processo é a afirmação do autor da inexistência (ação declaratória) ou existência de uma relação jurídica material, sobre a qual, via de regra, surge uma controvérsia a ser dirimida pelo juiz.*

O objeto do processo é, de forma imediata, a prestação jurisdicional eficaz à resolução da situação jurídica constituída dialeticamente e obtida ao final da instrução processual, e, de forma mediata, os efeitos dessa decisão na situação jurídica em questão.

<sup>5</sup> BULOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Juridicas Europa – America, 1964, p.1.

<sup>6</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. t. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5. Esclarece o autor, ao tratar da teoria da situação jurídica de GOLDSCHMIDT, que “todo o direito subjetivo trazido ao processo, como objeto de uma controvérsia a ser tratada por sentença judicial, pela simples contingência de estar submetido ao crivo de um julgamento – que, por definição, poderá negar sua existência –, transformar-se-á, para aquele que se julga seu titular, numa simples expectativa de direito”.

<sup>7</sup> JARDIM, op. cit., p. 91-125.



A sentença, portanto, traz em si um comando específico para aquela situação resultante da atuação dos envolvidos no curso do processo, afastando ou reconhecendo determinado fato, que pode corresponder no todo, em parte, ou não corresponder àquele fato afirmado na peça vestibular, desde que haja manifestação oportuna do interessado nesse sentido, em observância ao princípio da correlação<sup>8</sup>, e atribuindo-lhe efeitos jurídicos, decorrentes da incidência de normas de direito material e processual. Pode, ainda, concluir pela ausência das condições e pressupostos exigidos para a prolação de uma decisão de mérito, conferindo-lhe, tão-só, os efeitos decorrentes da incidência da norma de direito processual, correspondentes à resolução da relação jurídica processual instituída, com a entrega da prestação jurisdicional pelo Estado-Juiz.

A norma jurídica trazida na sentença é individualizada, pois, não em razão da elaboração de outra norma jurídica específica para o caso concreto, mas sim em decorrência da constituição do fato jurídico-processual individualizado, resultado dos atos e das omissões dos atores processuais, e que não se confunde com aquele fato genericamente trazido na norma de direito material, denominado *fattispecie*. E sobre essa relação, qualificada na sentença, que incidirão os efeitos da coisa julgada, que não possuem qualquer correlação com a justiça real e efetiva, mas visam somente conferir à parte que logrou êxito em demonstrar, por meio dos atos processuais, a plausibilidade de suas afirmações, a tutela que só a imperatividade e a coercibilidade da decisão judicial pode oferecer.

Por isso, diante da classificação quinária das ações operada por Pontes de Miranda<sup>9</sup>, conclui-se que a eficácia preponderante da sentença é constitutiva, e não declaratória.

---

<sup>8</sup> BADARÓ, op. cit., p. 121. Sobre o princípio da correlação dispõe o autor que [...] A regra da correlação entre acusação e sentença impõe que a sentença julgue somente o que foi objeto da imputação, mas também tudo o que foi objeto da imputação. A sentença deve esgotar o conteúdo da pretensão, resolvendo-a totalmente, e nada resolvendo que esteja fora da mesma. Também haverá violação da regra da correlação entre acusação e sentença quando o juiz deixar de considerar ou omitir um ou alguns dos fatos contidos na imputação.

<sup>9</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 117-122.





## 2. ASPECTOS SOBRE AS CONDUTAS PROCESSUAIS E SUA APTIDÃO PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVAS SITUAÇÕES JURÍDICAS

A norma processual enuncia determinadas formas de comportamento<sup>10</sup> que devem ser adotadas no curso da relação processual de acordo com a tutela jurisdicional pleiteada.

Como esclarece Calmon de Passos<sup>11</sup>,

[...] O tipo, portanto, é mais do que a hipótese de fato prevista na norma; (...) E porque realidade circunscrita (somente existe no processo) pede, inclusive, para sua perfeita compreensão, seja situado no procedimento. O paradigma legislativo do ato denuncia, ainda, um conjunto de elementos cujo conhecimento é essencial para apreender o conteúdo da norma: o sujeito realiza o ato; a modificação da realidade em que o ato consiste e que, por sua vez, se deixa decompor em vários elementos: o objeto e a forma pela qual o ato se exterioriza, em todos ou em parte de seus elementos; e o procedimento, isto é, a ordem dos atos que conduzem ao provimento jurisdicional.

Assim, os atos processuais constituem, aos poucos, uma relação jurídica reflexa àquela deduzida na exordial, calcada na apresentação de provas e contraprovas pelas partes, direcionadas à constituição dos fatos que pretendem demonstrar, merecendo ressalva, nesse aspecto, dos fatos afetos ao direito penal, onde o ônus da prova pertence com exclusividade ao órgão de acusação, em observância ao princípio do *favor rei*.

O encadeamento desses atos, produzidos de acordo com a forma prescrita em lei, de maneira sequencial e direcionada ao alcance de um resultado específico, configuram o denominado ato complexo, e a forma como este ato complexo é produzido é chamada de procedimento<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> PASSOS, op. cit., p. 75.

<sup>11</sup> Ibid., p. 81.

<sup>12</sup> CONSO apud PASSOS, op. cit., p. 83. Como preleciona Giovane Conso, o procedimento é “toda *fattispecie* complexa de formação sucessiva em que um ato resulta do adimplemento de uma obrigação nascida de um outro fato do procedimento”.



O procedimento confere, pois, substância ao processo, traduzindo não apenas a forma e a ordem que devem ser observadas na realização dos atos processuais, mas como assevera Calmon de Passos<sup>13</sup> “uma série de atos e uma série de efeitos causalmente coligados com vistas a um efeito conclusivo”. De acordo com o processualista<sup>14</sup>,

[...] quando a realização de um fato estiver subordinada à realização de um outro que o deve preceder é que o fato precedente é pressuposto. Por outro lado, só se a falta da realização de determinado fato posterior importa em não integração do tipo, por conseguinte, importa em inócorrência dos efeitos buscados é que o fato sucessivo é condição.

O processo corresponde, assim, a um macro sistema, composto por micro relações. Cada conduta processual traz em si a ideia de sucessividade, possuindo, em linhas gerais, duplo efeito: seu efeito próprio, derivado de sua prática individualmente considerada, e um efeito decorrente de sua conjugação com as demais condutas processuais, de forma concatenada, visando, ao final, um efeito conclusivo<sup>15</sup>.

Pois bem. Se o processo é dialético, resultado da atuação de cada uma das partes são essas condutas comissivas ou omissas realizadas por cada um dos atores processuais que acarretarão, sucessivamente, novas situações jurídicas, criando posições de vantagens e desvantagens processuais.

Enuncia Goldschmidt<sup>16</sup>, em sua teoria da situação jurídica processual, que:

[...] *La inactividad procesal no es propiamente contraria a derecho, sino contraria a un imperativo del propio interés. (...) Por lo general, nos es necesaria conminación alguna para que se produzcan los efectos de la inactividad. (...) Los efectos de la inactividad procesal son de dos clases, generales y especiales. Los primeros son la « exclusión de la posibilidad de realizar e lacto omitido » (el llamado efecto*

<sup>13</sup> PASSOS, op. cit., p. 83.

<sup>14</sup> Ibid, p. 87.

<sup>15</sup> Nesse aspecto, podemos mencionar a citação: a sua realização, de forma válida, traz para o demandado um efeito individual – o de contestar os fatos narrados na exordial, sob pena de, adotando uma postura omissiva, suportar os efeitos da revelia – e, para a demanda, um efeito geral, consistente em completar e conferir validade à relação jurídica processual.

<sup>16</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Labor S.A., 1936, p.208-209.



*preclusivo: § 230) y la obligación de pagar las costas. Los efectos especiales son los determinados por la Ley para cada caso concreto, y principalmente el de la ficción de que e lacto omitido se há realizado, cuando su ejecución sea necesaria para la continuación del proceso (se suple la realidad por la ficción, como dice Weismann) [...]*

Logo, determinadas condutas processuais são irretratáveis simplesmente porque, uma vez praticadas, consolidam novas situações jurídicas, com eficácia vinculante à conduta subsequente. É aquela situação jurídica, imediatamente anterior à realização da conduta processual, o pressuposto, como regra, a ser observado para a constituição das situações futuras, e assim por diante, a fim de que o processo possa caminhar sem retrocessos, com direção ao seu fim, qual seja, a prolação da sentença.

E um desses efeitos produzidos pelos comportamentos omissivos ou comissivos adotados pelas partes, aptos a criação de novas posições jurídicas no curso do processo, com prejuízo das situações anteriores, é o que enseja o que denominamos preclusão.

Como ressalta Didier<sup>17</sup>,

De acordo com o princípio da preclusão, o procedimento não deve ser interrompido ou embaraçado (ou, ao menos, as interrupções e os embaraços devem ser reduzidos ao mínimo inevitável). Deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba: não se admite o retorno para etapas processuais já ultrapassadas; não se tolera a adoção de comportamentos incoerentes e contraditórios.

Todavia, especialmente no processo penal constata-se a existência de condutas processuais praticadas pelo órgão de acusação que se revelam incompatíveis com a situação jurídica imediatamente anterior à sua ocorrência, decorrentes da atuação do próprio órgão ministerial.

Um exemplo clássico ocorre quando o Ministério Público postula, em alegações finais, a absolvição do acusado e, diante de uma sentença absolutória, insurge-se em sede recursal pela condenação do demandado.

---

<sup>17</sup> DIDIER, Fredie Jr. *Curso de direito processual civil*. v.1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2009, p.279.



A conduta adotada pelo *parquet*, ao requerer a absolvição do acusado, e não opinar, já que com o advento da Constituição Republicana, inaugurando o sistema acusatório, delimitou-se as funções de acusar e de julgar, ambas de titularidade, como regra, estatal, passando o Ministério Público de órgão opinativo, prolator de pareceres não vinculativos, à parte, a quem compete promover, privativamente, a ação penal pública, faz exsurgir uma nova situação jurídica que não autoriza sua insurgência recursal futura, em caso de prolação de uma sentença absolutória.

De fato, a sucumbência, indispensável à configuração do interesse recursal, não está presente na referida sentença absolutória, o que se depreende da situação jurídico-processual imediatamente anterior e pressuposto à sua prolação, não sendo conferida ao órgão ministerial a possibilidade de restabelecer a posição jurídica existente antes de sua conduta em sede de memoriais, já preclusa.

Como preceitua Ovídio Baptista<sup>18</sup>, trata-se da “impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior”.

Tais condutas adotadas pelos órgãos ministeriais, muitas vezes calcadas nos princípios da indisponibilidade, trazido no art. 42 do Código de Processo Penal, e da independência funcional, previsto no art. 127, § 1º, da CRFB/88, este visando obstar qualquer submissão do Ministério Público às eventuais influências externas, não podem servir como fundamento para que sejam afastadas as consequências processuais lógicas e decorrentes de sua própria atuação, sob pena de se admitir, com isso, mais do que um mero dissabor técnico, a transformação do processo em um instrumento imprevisível, instável e inseguro, ostentando dois pesos e duas medidas para as partes envolvidas.

---

<sup>18</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 209.



Não se desconhece a posição doutrinária contrária. Por todas, vale conferir os fundamentos apresentados por Maurício Zanoide de Moraes<sup>19</sup>, dispondo que:

[...] Contudo, qualquer que seja a hipótese de alteração avaliativa do Ministério Público (pelo mesmo integrante ou por integrantes distintos), o fato é que novas posturas na condução da ação penal são sempre permitidas, e, dentre elas, a possibilidade de aquele órgão recorrer em sentido contrário ao que até então vinha sendo pugnado no feito. (...) Em se tratando de membros distintos daquela instituição pública, a explicação fica mais clara, pois, devido ao princípio da independência funcional reitor do Ministério Público, é permitido, e talvez muito mais provável, que diferentes integrantes tenham opiniões diversas quanto à culpa do agente no transcurso da *persecutio criminis* e, portanto, conduzam a acusação de modos diversos. (...)

E arremata:

[...] Dentro do âmbito fático descrito na peça acusatória vestibular e, portanto, sem ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa, garantidores da necessária correlação entre acusação e sentença, poderá o mesmo acusador ou outro integrante do Ministério Público requerer em recurso, para além do até então pugnado em alegações finais, um agravamento da situação jurídica do imputado surgida com a decisão impugnável.

No entanto, o princípio da independência funcional deve ser examinado à luz dos direitos e garantias fundamentais, alicerces do estado democrático de direito vigente, cuja defesa, vale lembrar, também é função institucional do Ministério Público, como dispõe o art. 127 da CRFB/88, incluindo o princípio basilar do devido processo legal.

Nessa esteira, não se pode admitir a adoção de condutas pautadas na personalidade, que permitam a conclusão de que o direito-poder de punir pertence ao órgão ministerial, de forma individualizada. Ao revés, esse direito potestativo é inerente ao Estado, sendo exercido pelo Ministério Público. Portanto, a independência funcional conferida ao órgão de acusação deve ser lida conjuntamente com a indivisibilidade, que denota que os atos praticados pelo *parquet* decorrem da mesma fonte, qual seja, o direito-poder de punir, que é uno.

---

<sup>19</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 308-310.



Além disso, tais conclusões, em muitas vezes, partem da falsa premissa de que o Ministério Público estaria sempre legitimado, mesmo diante de um pedido absolutório formulado pelo próprio órgão ministerial em momento anterior, a requerer a condenação do acusado, com base no princípio da indisponibilidade da ação penal<sup>20</sup>, pois estaria impedido, por força de lei, de desistir da ação penal.

Entretanto, quando o órgão ministerial conclui pela inexistência de provas ao final da instrução criminal, tal atuação não configura a desistência da ação.

Isso porque tal instituto processual se refere à desistência da relação jurídica processual, por meio do qual a parte desiste de obter um pronunciamento jurisdicional sobre o interesse deduzido em Juízo.

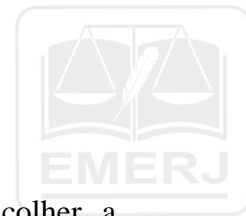
Por outro lado, quando o *parquet* pugna pela absolvição do réu, não está desistindo da ação processual. Ao contrário, postula um pronunciamento de mérito, amparado, em muitas vezes, no princípio da presunção de inocência, reconhecendo, assim, a procedência do direito de exceção exercido pelo réu, corolário do direito de ação.

De fato, não se olvidando que o órgão ministerial também representa o Estado, aqui entendido em sua função de acusar, jamais pode se ter como legítimo o interesse de ver acolhido um pedido condenatório injusto, com a punição indevida de um inocente<sup>21</sup>, o que contraria toda a lógica penal e a própria lei, notadamente a norma do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, que estabelece que diante da insuficiência de provas, ou seja, ausente a demonstração incontestes dos fatos narrados na exordial, a única solução jurídica possível é a prolação de um decreto absolutório.

---

<sup>20</sup> De acordo com o artigo 42 do Código de Processo Penal, “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal”.

<sup>21</sup> BADARÓ, op. cit., p. 85. Nesse sentido, esclarece que “O papel do Ministério Público, como representante do Estado, é fundamental nessa conceituação. No processo Penal, o Estado tem interesse na punição do culpado, mas também tem interesse na tutela de liberdade do inocente. (...) Assim, é inexato falar que a sentença absolutória sacrifica o interesse do Estado na condenação. Ao contrário, foi atendido o interesse do Estado que, no caso, por ter-se verificado infundada a imputação, consistia na absolvição do imputado inocente”.



Diante dessa situação, não resta ao magistrado outra opção senão acolher a manifestação formulada pelo *dominus litis*, mesmo diante da norma do artigo 385 do Código de Processo Penal, resquício de um sistema inquisitorial que não se coaduna com a ordem democrática vigente.

### 3. BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DAS CORTES SUPERIORES CORRELATAS AO TEMA

Não há jurisprudência consolidada sobre o tema, cingindo-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a alguns julgados.

O Supremo Tribunal Federal<sup>22</sup>, com arrimo nos princípios da sucumbência e da indisponibilidade da ação penal, decidiu que:

Recurso criminal: sucumbência do MP, não obstante a sentença absolutória haja acolhido suas alegações finais: precedentes. Dada a indisponibilidade da ação penal pública, a sucumbência do MP e medida em relação ao objeto total da acusação, demarcada pela imputação deduzida na denuncia, que não pode ser retratada nem reduzida por alegações posteriores: assim, não obstante as razões finais hajam concluído pela absolvição do réu, pode o Ministério Público apelar da sentença absolutória.

(HC 68316, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 27/11/1990, DJ 14-12-1990 PP-15110 EMENT VOL-01606-01 PP-00140)

Entende-se, no entanto, que a questão não perpassa pela sucumbência, que exige a presença de uma parte vencedora e uma parte vencida.

Isso porque a sucumbência exigida à configuração do interesse recursal não está presente na sentença absolutória quando esta se encontra lastreada na situação jurídico-processual imediatamente anterior e pressuposto à sua prolação, constituída através do pleito ministerial formulado em alegações finais pela absolvição do acusado.

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 68316. Quinta Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Sessão de 27/11/1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2868316%2E+OU+68316%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q694y6t>>. Acesso em: 12 ago. 2015.



Nesse aspecto, não é o interesse deduzido na denúncia que delimita a atividade jurisdicional exercida por meio da sentença, mas sim o que resulta das condutas praticadas pelas partes durante todo o processo, examinadas como um todo direcionado a um fim: ou seja, o efeito conclusivo do ato complexo que representa o procedimento.

Além disso, a ideia de sucumbência está eminentemente vinculada ao conceito de lide que, seja no processo civil ou penal, não se revela categoria essencial. De fato, só se pode conceber como essencial o que se mostra indispensável a toda e qualquer relação jurídica processual, admitindo-se, no entanto, a existência desta sem a efetiva oposição do réu à pretensão do autor.

Sobre o tema, Calamandrei<sup>23</sup> esclarece, em suas *Instituciones*, que:

*Puede haver ejercicio de función jurisdiccional al solo objeto de asegurar la observância del derecho, aun em cuanto no existe ningún conflicto de intereses entre las partes, las cuales están perfectamente de acuerdo en querer conseguir un certo efecto jurídico. [...]*

*La finalidad de la jurisdicción no es verdaderamente la de componer un conflicto de intereses, sino que es solamente de la, exista o no exista el conflicto entre las partes, aplica la ley penal.*

Dessa forma, quando o órgão ministerial admite, ao final da instrução criminal, que o pedido formulado na denúncia não deve ser acolhido, notadamente nas hipóteses em que se constata a insuficiência de provas, ao revés de dispor da ação penal por meio do instituto da desistência, está reconhecendo a procedência do direito de exceção do acusado, exigindo a prolação de uma sentença de mérito, de caráter absolutório, com fulcro no art. 386 do Código de Processo Penal.

Portanto, diante dessa conduta processual adotada pelo Ministério Público, denotando uma nova situação jurídica, não é permitido ao órgão julgador operar a condenação do acusado, sob pena de violação ao princípio da correlação, tampouco ao órgão acusatório insurgir-se em sede recursal para obter a reforma da decisão, por faltar-lhe, no caso,

---

<sup>23</sup> CALAMANDREI apud JARDIM, op. cit, p. 91-125.





pressuposto recursal intrínseco, consubstanciado no interesse processual<sup>24</sup>, aqui considerada a ausência de sucumbência.

Nesse sentido, vale conferir julgados do Superior Tribunal de Justiça<sup>25</sup> sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL QUANTO À INTERPOSIÇÃO DO ESPECIAL. ACÓRDÃO QUE CONCEDEU A ORDEM PARA TRANCAR PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. PENDÊNCIA DE CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que preceitua que "não se admitirá recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão" é compatível os princípios fundamentais do Ministério Público expressos nos arts. 127, § 1º, da Constituição Nacional - unidade, indivisibilidade e independência funcional -, de onde se extrai que os membros do Ministério Público, a despeito da existência de independência funcional, integram um só órgão, sob a mesma direção. A substituição dos membros do Ministério Público não altera subjetivamente a relação jurídica processual estabelecida entre o Ministério Público Federal e o réu.

2. Tendo sido impetrado habeas corpus pelo Ministério Público Federal objetivando a absolvição do recorrido pela atipicidade material da conduta, tese acolhida pela Corte Regional, não pode outro membro da mesma Instituição postular a reforma do acórdão, por faltar-lhe interesse recursal.

3. Hipótese em que o Parquet Federal impetrou habeas corpus perante a Corte de origem, pedindo o trancamento do inquérito policial, e, em seguida, interpôs recurso especial contra o acórdão que havia concedido a ordem por ele requerida.

4. Não há negativa de vigência ao art. 28 do Código de Processo Penal, não obstante tenha o Tribunal a quo determinado o trancamento do inquérito policial na pendência do procedimento estabelecido nos arts. 28, do estatuto processual, e 62, inciso IV, da Lei Complementar nº 75/93, uma vez que, apesar de o acórdão objurgado ter concedido a ordem para trancar o procedimento investigativo, não ponderou sobre eventual ilegalidade do ato do juiz que determinou o cumprimento do art. 28 do Código de Processo Penal, mas o flagrante constrangimento ilegal na manutenção de apuratório cujo objeto constitui fato atípico.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1182985/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 25/06/2013)

Alegações finais do Ministério Público (pedido de absolvição/ desclassificação). Sentença (acolhimento). Recurso ministerial (apelação). Interesse de agir (ausência).

1. Não há como confundir a independência funcional do Ministério Público com o interesse de agir em determinados momentos processuais.

2. Havendo sido pleiteada pelo Ministério Público a absolvição de um dos acusados e a desclassificação do crime imputado na denúncia ao outro, teses acolhidas pelo

<sup>24</sup> Conforme disposto no art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal, "Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão".

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.182.985. Quinta Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Sessão de 18/06/2013. Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201000299804&dt\\_publicacao=25/06/2013](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000299804&dt_publicacao=25/06/2013)>. Acesso em: 12 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 39780. Sexta Turma. Relator: Ministro Nilson Naves. Sessão de 09/06/2009. Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200401666367&dt\\_publicacao=10/08/2009](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401666367&dt_publicacao=10/08/2009)>. Acesso em: 12 ago. 2015.



juiz, não poderá outro promotor, em recurso de apelação, pugnar pelo agravamento da situação dos réus.

Faltar-lhe-ia, como de fato faltou, interesse de agir.

3. Habeas corpus concedido para se restabelecer a sentença.

(HC 39.780/RJ, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 10/08/2009)

Como se vê, a questão, além de pouco discutida, é controvertida, aguardando-se a deliberação, inclusive pela nova composição nas Cortes Superiores, acerca do tema.

## CONCLUSÃO

A teoria da relação jurídica processual, desenvolvida por Oskar Von Bulow, e a teoria da situação jurídica, elaborada por James Goldschmidt, ao revés de incompatíveis, se complementam para elucidar a facticidade no processo e os efeitos oriundos dos atos praticados pelos atores processuais.

As condutas adotadas no curso da relação processual ensejam a constituição de novas situações fático-jurídicas que, por sua vez, implicam ônus, vantagens, poderes e sujeições, denotando, ao final, um macro sistema resultado da atuação dialética das partes.

O processo, assim, não se destina à mera verificação de fatos concretos e posterior declaração da vontade contida na norma jurídica para a relação individual reconstruída, mas, sim, à concessão de um provimento jurisdicional conferido de acordo com a síntese dos atos constituídos pelos próprios envolvidos, possuindo a sentença, nessa ordem de ideias, eficácia preponderantemente constitutiva.

As condutas processuais acarretam consequências de cunho material e processual, sendo, algumas vezes, irretratáveis simplesmente porque, uma vez praticadas, fazem exsurgir uma nova situação jurídica, subsequente e síntese das atuações anteriores. É esta situação jurídica o pressuposto a ser observado para a constituição das situações futuras, não podendo ser elidida por uma das partes, como algumas vezes se vê na seara processual penal, com



espeque nos princípios da indisponibilidade da ação penal e da independência funcional, sob pena de se admitir o retrocesso processual e, com isso, transformar o processo em um instrumento imprevisível, instável e inseguro.

Além disso, o princípio da independência funcional deve ser confrontado com o princípio da indivisibilidade, já que os atos praticados pelo Ministério Público decorrem do poder-dever de punir, que é uno, não estando, ademais, autorizada sua leitura apartada dos direitos e garantias fundamentais, especialmente o devido processo legal.

Por fim, o requerimento ministerial pela absolvição do demandado não equivale à desistência da ação, instituto processual se refere à desistência da relação jurídica processual, não violando, com isso, o princípio da indisponibilidade da ação penal, mas atendendo ao princípio da presunção de inocência, jamais se podendo ter como legítimo o interesse do Estado, representado em sua função de acusar pelo Ministério Público, de ver acolhido um pedido condenatório injusto, com a punição indevida de um inocente.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Notas sobre a democratização do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.) *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 251-260.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2015.



\_\_\_\_\_. Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em 12 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC n. 68316. Quinta Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Sessão de 27/11/1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2868316%2ENUM%2E+OU+68316%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q694y6t>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.182.985. Quinta Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Sessão de 18/06/2013. Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201000299804&dt\\_publicacao=25/06/2013](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000299804&dt_publicacao=25/06/2013)>. Acesso em: 12 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 39780. Sexta Turma. Relator: Ministro Nilson Naves. Sessão de 09/06/2009. Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200401666367&dt\\_publicacao=10/08/2009](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401666367&dt_publicacao=10/08/2009)>. Acesso em: 12 ago. 2015.

BULOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1964.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. v. 1. Campinas: Servanda, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Labor S.A., 1936.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária Ltda., 1969.

JARDIM, Afrânio Silva. Reflexão teórica sobre o processo penal. *Justitia*, São Paulo, v. 46, p. 91-125, dez. 1984.

DIDIER, Fredie Jr. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

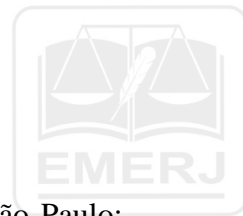
LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LYRA, Doreodó Araujo. *Desordem e Processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Processo e ideologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em: 24 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



## A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À PROPRIEDADE

Ana Amélia Resende Cury

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

### **Resumo:**

**Palavras-Chave:** Direitos Reais. Desapropriação Judicial. Direito Constitucional à Propriedade. Função Social da Propriedade. Posse.

**Sumário:** Introdução. 1. O Direito Constitucional à Propriedade. 2. A Função Social da Propriedade. 3. O inovador instituto da Desapropriação Judicial. 4. A relativização do Direito Constitucional à Propriedade e a possível inconstitucionalidade da Desapropriação Judicial. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho buscará fundamentar a constitucionalidade do novo instituto à luz da relativização de um dos direitos fundamentais previstos na Magna Carta Brasileira. Certo é que o legislador civilista acaba por possuir competência para rechaçar um direito fundamental ao criar uma nova modalidade de desapropriação.

O trabalho em análise exige uma única justificativa, qual seja, demonstrar a constitucionalidade da inovação trazida pelo legislador de 2002, tendo em vista que essa referida legislação infraconstitucional garantiu direitos previstos expressamente pela Constituição Federal de 1988.

O até então chamado novo Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, adentrou no ordenamento jurídico brasileiro trazendo em seu bojo diversas inovações. Por intermédio dessas criações, buscou resguardar direitos previstos na Constituição Federal de 1988, direitos esses que passaram a apresentar maior importância para a coletividade nas últimas décadas.

Uma das inovações apresentadas foi a chamada Desapropriação Judicial, que recebeu essa nomenclatura por inúmeros doutrinadores civilistas interessados no tema. É considerada uma nova espécie de desapropriação tendo em vista a perda da propriedade para um dos polos



da relação obrigacional, que receberá, em contrapartida, o pagamento de uma indenização por ter que arcar com tamanho prejuízo em sua seara patrimonial.

Contudo, esse mesmo instituto coloca em pauta dois direitos constitucionais, quais sejam, o direito de propriedade e a função social da propriedade. Enquanto aquele, em um primeiro momento, será rechaçado, o outro será resguardado. Ambos são direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, e ambos são opostos no presente caso. Cada um desses direitos será objeto de estudo no presente trabalho, que resultará no desenvolvimento do primeiro e do segundo capítulo.

O instituto da desapropriação decorre de previsão constitucional, justamente por retirar do particular seu direito de propriedade, um dos direitos basilares da República Federativa do Brasil. No caso em tela, surge por intermédio da legislação infraconstitucional. Tendo em vista tais afirmativas, é possível constatar que a desapropriação judicial – objeto do terceiro capítulo do presente artigo científico – adentra o ordenamento jurídico brasileiro cercada de indagações, defendendo diretamente o direito da coletividade frente ao direito de um particular.

Será possível observar que o Código Civil de 2002 apresentou em seu escopo um instituto que relativiza o direito de propriedade, sem que exista qualquer autorização constitucional para tal relativização. Buscou-se, por esse caminho, o resguardo de um segundo direito constitucional, a chamada função social da propriedade. A situação apresentada coloca em evidência possíveis prejuízos a particulares, que poderão perder seu direito de propriedade em função de um instituto previsto na legislação de forma irregular. O debate entre dois direitos constitucionais de tamanha importância será tratado no quarto e último capítulo do presente trabalho, o que resultará na abordagem da possível inconstitucionalidade da Desapropriação Judicial.



Mesmo diante de controvérsias e de inúmeras dificuldades de aplicação no caso concreto, a desapropriação judicial apresenta-se como interessante instituto trazido pelo legislador de 2002, sendo privilegiado no presente trabalho.

## 1. O DIREITO CONSTITUCIONAL À PROPRIEDADE

A propriedade, nos tempos da antiguidade, apresentava, acima de tudo, grande utilidade econômica. Em tempos em que dinheiro era sinônimo de poder, aquele que detinha bens passava a ter em suas mãos soberania social. Possuir um bem, principalmente uma terra, era considerado como o direito mais sagrado entre os cidadãos.

Em 26 de agosto de 1798, a Assembleia Nacional Constituinte Francesa, formada pela Assembleia dos Estados Gerais, com o intuito de limitar o poder absoluto do rei Luís XVI, proclamou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que previa, entre suas medidas, o direito à propriedade individual. O referido documento, que surgiu no ápice da Revolução Francesa, garantia universalmente ao homem e ao cidadão, aquele que detinha direitos políticos, o direito de defender sua propriedade privada. No Brasil, o caminho histórico seguido não foi diferente. Houve uma transição da propriedade pública, pertencente à Coroa Portuguesa, para a propriedade privada, transição esta que se deu mediante apropriação por parte dos particulares.

Diante de tamanha importância, a propriedade adquiriu grande espaço dentro do Direito Privado, justificando-se na subsistência do indivíduo, sendo possível garantir domínio sobre suas terras frente qualquer tentativa de imposição do Poder Público. A soberania da propriedade privada em tempos passados é demonstrada de maneira clara e concisa por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>1</sup>, que lecionam da seguinte maneira:

---

<sup>1</sup> DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Reais*. 8 ed.. Bahia: Jus PODVIM, 2012. p. 259.





A primeira geração de direitos fundamentais consistiu em deveres de abstenção por parte do Estado, no sentido de preservar as liberdades individuais. Dentro os direitos naturais e inalienáveis da pessoa, o mais significativo era a propriedade. No modelo econômico liberal do *laissez faire*, a função estatal primordial era a de defender a segurança do cidadão e da sua propriedade.

Porém, com o passar dos anos, a sociedade foi se modificando. O mundo moderno impôs novos conceitos e alterou ditames consagrados até então. A concepção individualista que permeava a propriedade deixou de fazer sentido, vez que a nova sociedade passou a dar grande valor aos interesses sociais. A implementação dos direitos sociais no seio da sociedade brasileira fez com que o direito à propriedade tomasse proporções diferenciadas. Abriu-se, assim, espaço para a imposição de uma função social a todas as propriedades.

Pela primeira vez, em 1934, a importância social da propriedade apareceu no texto constitucional brasileiro, afirmando que tal direito não poderia ser exercido contra os interesses sociais e coletivos. A Constituição de 1946 condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social, enquanto que a Constituição de 1967 passou a considerar a propriedade como um princípio da ordem econômica brasileira.

Percebe-se que, anteriormente, era crível ser a propriedade um direito absoluto, afirmativa esta que encontra tropeços nos dias atuais, em decorrência das alterações que sofreu no cenário histórico mundial. Certo é que a propriedade foi e continua sendo considerada como um dos direitos mais relevantes da sociedade humana. Tal relevância é tão grande que mereceu respaldo constitucional, apresentando-se como um dos direitos fundamentais positivados no artigo 5º, *caput* e inciso XXII, da Constituição Federal de 1988.

O direito de propriedade nada mais é do que a relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa, que poderá ser bem móvel ou imóvel. Entende-se por um direito complexo, que será configurado pelo domínio, onde o proprietário poderá usar, gozar, dispor e ainda reaver a coisa. Direito este que, como espécie de Direito Real, conforme previsão do artigo 1.225,



inciso I do Código Civil de 2002, impõe à coletividade uma abstenção, em razão de sua oponibilidade *erga omnes*.

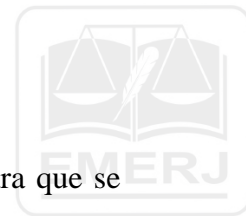
Levando em consideração o reflexo econômico e social do direito à propriedade dentro de qualquer sociedade, justificou-se a imposição de uma função social a todas as propriedades resguardadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## 2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade foi ganhando grande espaço na sociedade, visto que, em 1988, positivou-se no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, que apregoa até os dias de hoje que “a propriedade atenderá sua função social” (Art. 5º, inciso XXIII da CRFB/1988). Com a positivação da função social em rol de tamanha importância, o constituinte de 1988 deixou claro que tal instituto deve ser interpretado como princípio próprio e autônomo, eliminando o caráter egoístico que permeava a propriedade privada.

Entende-se, dessa forma, que a propriedade não deve estar sujeita aos interesses de um único sujeito. Também não há de se pensar que a propriedade deve deixar de atender aos interesses individuais de seu proprietário. A ideia da função social da parte do princípio de sopesar os interesses de ambas as partes.

Toda propriedade possui, em seu bojo, a necessidade de cumprir uma função social. Ao tratarmos da propriedade imobiliária temos duas consideradas como principais, quais sejam, a função social urbana e a função social rural. Enquanto a função social urbana vem positivada no artigo 182, §§ 2º e 4º da Constituição Federal de 1988 – que deverá ser interpretado em consonância com o artigo 40 do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, a função social rural apresenta-se no artigo 186, também da Lei Maior do País, onde é possível encontrar seus pilares objetivamente definidos pelo constituinte.



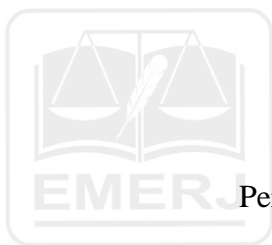
Conclui-se, então, que será necessária a determinação do tipo de imóvel para que se possa buscar e implementar a função social cabível à espécie territorial. O proprietário, seguindo os ditames apresentados pela Constituição Federal de 1988, deverá atender a função social referente ao seu tipo de imóvel. Essa função social apresenta-se como real fundamento para que o dono do imóvel possa garantir seu direito constitucional à propriedade. Assim, um direito positivado no rol de direitos e garantias fundamentais constitucionais, passa a ser visto como uma imposição, como uma condição essencial que deverá, necessariamente, ser cumprida pelo proprietário. O Estado, antes mero regulador das relações econômicas, passa a intervir diretamente em tais situações, deixando de lado a postura liberal adotada em momentos passados.

Entra em cena a figura da “despatrimonialização”<sup>2</sup> do Direito Privado, que nada mais é do que a necessidade de se observar e resguardar o direito da coletividade frente aos direitos patrimoniais individuais, sem se descuidar dos direitos existentes do real proprietário. A propriedade perde seu caráter absoluto, vez que passa a observar a funcionalidade que lhe é imposta pelo texto constitucional. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>3</sup> afirmam, em seu livro, que a evolução social foi a principal causa da positivação da função social da propriedade no ordenamento jurídico, por meio do texto constitucional. De tal modo, lecionam:

Realmente, a evolução social demonstrou que a justificação de um interesse privado muitas vezes é fator de sacrifício de interesses coletivos. Há muito, não mais se admite que a satisfação de um bem individual seja obtida “às custas da desgraça alheia”. Portanto, ao cogitarmos da função social, introduzimos no conceito de direito subjetivo a noção de que o ordenamento jurídico apenas concederá merecimento à persecução de um direito individual, se este for compatível com os anseios sociais que com ele se relacionam.

<sup>2</sup> TEPEDINO, Gustavo et. al.. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 501.

<sup>3</sup> DE FARIAS, op. cit., p. 308.



Percebe-se que o próprio dinamismo social altera conceitos e, conseqüentemente, direitos e deveres, que passam a ser interpretados de maneira diversa, de acordo com as necessidades da atual população. Dessa inquietação surge o princípio da função social da propriedade que, ao se positivizar na Carta Magna Brasileira, reflete diretamente nas leis ordinárias que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

### 3. O INOVADOR INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

A desapropriação judicial é uma inovação trazida pelo legislador de 2002 no novo Código Civil, tendo em vista que não se enquadra nas hipóteses constitucionais de desapropriação já previstas na Lei Maior Brasileira (desapropriação ordinária, desapropriação rural, desapropriação urbana e desapropriação confisco). Flávio Tartuce e José Fernando Simão entendem ser figura própria e exclusiva do Direito Brasileiro ao afirmar que “os dispositivos e o instituto, além de não encontrarem correspondentes na codificação anterior, também não estão previstos em qualquer outra codificação do Direito Comparado. Constitui, assim, criação brasileira”<sup>4</sup>.

A desapropriação judicial é considerada uma nova hipótese de perda do direito real de propriedade. Esse instituto vem positivado nos parágrafos 4º e 5º, do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, que determinam que: “o proprietário poderá ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante” e que “no caso do paragrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida

---

<sup>4</sup> TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 3a ed.. São Paulo: Método, 2008. p. 141.



ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

Carrega em sua nomenclatura a palavra “judicial” por ser resultado de uma atuação do Poder Judiciário, após provocação realizada pelo proprietário do imóvel. A inovação legislativa traz uma hipótese onde a desapropriação não mais será um prerrogativa do Poder Executivo e do Poder Legislativo, podendo ser realizada pelo juiz, no exercício de suas atribuições. Independe, assim, de iniciativa do Poder Público.

Trata-se de uma hipótese onde o proprietário, privado da posse direta do seu imóvel, e tendo por base o seu direito de reivindicar, ingressa em juízo para recuperar seu bem. Diante de peculiaridades e requisitos legais a serem preenchidos, o juiz terá legitimidade para reconhecer que o proprietário não mais possui poderes sobre aquele imóvel. O sujeito perde sua característica de dono, recebendo uma indenização arbitrada pelo próprio magistrado de acordo com suas convicções.

O fundamento, nesse caso, não será especificamente a necessidade pública, a utilidade pública ou o interesse social. A propriedade, fruto da desapropriação, não será implementada ao patrimônio do Poder Público. Há, ainda, o interesse do ocupante do imóvel, que sobre ele exerce posse direta e concede, por meio da implementação de obras e serviços, uma função social ao terreno.

Ressalta-se que deverá ser configurado o abandono do imóvel por parte do seu proprietário. Caracteriza-se a inércia do dono pelo lapso temporal mínimo de cinco anos, período em que permanecera com a posse indireta do bem, tão somente. A posse direta deverá se concentrar na mão de uma coletividade, conforme determinação legal. Assim sendo, significativa quantidade de pessoas concederá ao imóvel uma função social que inexistia até o momento.



O legislador civilista de 2002 entendeu que a função social prevista na Carta Magna poderia ser alcançada e implementada no terreno por meio de uma atuação humana. Para que seja possível a aplicação do instituto da desapropriação judicial, será necessário que as pessoas que se encontram na posse direta do imóvel tenham realizado obras e serviços de relevante interesse social e econômico.

O próprio legislador determinou que a posse desse considerável número de pessoas no imóvel reivindicado deve ser ininterrupta, pelo prazo mínimo de cinco anos, além de ser classificada, para seus efeitos, como uma posse de boa-fé. Ressalta-se, ainda, que o imóvel deve ser considerado, pelo magistrado, como uma extensa área, capaz de comportar a implementação da função social necessária.

Portanto, preenchidos os requisitos dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, e constatada a implementação da função social da propriedade, o juiz poderá optar pela aplicação do instituto da desapropriação judicial, se assim for a vontade dos réus da ação reivindicatória. Claramente há de estar configurado o interesse dos réus de adquirirem o imóvel, para que só então a desapropriação judicial seja objeto de análise pelo juiz competente.

A efetiva determinação da desapropriação judicial pelo magistrado resulta necessariamente no pagamento de uma justa indenização ao antigo proprietário, indenização esta que visa sanar eventuais prejuízos sofridos pela parte que perde sua propriedade. Por consequência lógica, o pedido reivindicatório postulado em juízo pelo autor será julgado improcedente. Nesse sentido, o Enunciado nº 306 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça leciona que: “a situação descrita no § 4º do art. 1.228 do Código Civil enseja a improcedência do pedido reivindicatório”.

Percebe-se que o proprietário, aquele que ingressou com a ação para readquirir seu direito de propriedade pleno, acaba por perder seu terreno para posseiros que ali instituíram



uma função social garantida expressamente pela Constituição Federal de 1988. Prevalece, sob o interesse particular, o interesse da sociedade como um todo. Estamos diante de uma forma de supremacia do interesse público frente ao interesse privado.

Essa inovação apresentada pelo Código Civil de 2002 surgiu com o intuito de prestigiar a função social da propriedade pelo valor que esta função passou a representar dentro da sociedade moderna. O direito de propriedade permanece intocável dentro do ordenamento jurídico, desde que respeite o interesse público ao qual se vincula. Há uma relativização de um direito que era, até certo momento, considerado e consagrado como direito absoluto.

Entende-se que, a partir do momento que a propriedade deixa de obedecer aos ditames constitucionais consagrados, existe a possibilidade de uma relativização do direito do proprietário. Uma dessas formas de mitigação acontece, exatamente, por meio da desapropriação judicial, onde o proprietário, ao desrespeitar a função social do seu imóvel, perde seu direito de propriedade em prol de uma coletividade.

#### **4. A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À PROPRIEDADE E A POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL**

Como apresentado, a desapropriação judicial é uma inovação trazida pelo Código Civil de 2002. Ao adentrar no ordenamento jurídico brasileiro, esse novo instituto virou objeto de inúmeras discussões que envolvem, principalmente, sua constitucionalidade.

Atualmente vislumbra-se duas correntes que tratam do assunto em comento. Uma debruça seus estudos na constitucionalidade da desapropriação judicial. Diametralmente oposta, a segunda corrente alega sua inconstitucionalidade, conforme argumentos a serem esposados abaixo.



O entendimento que defende a inconstitucionalidade da desapropriação judicial tem por base as formas de desapropriação apresentadas pela própria Constituição Federal, quais sejam, desapropriação ordinária, desapropriação urbana, desapropriação rural e desapropriação confisco. Alegam serem essas quatro as únicas espécies possíveis no ordenamento jurídico brasileiro, que decorrem especificamente do texto constitucional.

Teori Albino Zavascki, mesmo não concordando com tal entendimento, apresentou em seu texto “A tutela da posse na Constituição e no projeto do Novo Código Civil”<sup>5</sup> essa tese:

A legitimidade constitucional do novo instituto tem sido objeto de questionamento tanto na Câmara quanto no Senado. Seus opositores sustentam haver nele inconstitucionalidade evidente, por ofensa ao direito de propriedade, que não pode ser comprometido a não ser pelas formas desapropriatórias que a Constituição prevê.

O direito real de propriedade integra o rol de direitos e garantias fundamentais constitucionais, vinculando sua possível relativização com o próprio texto apresentado pela Carta Magna. Assim, somente o constituinte, seja ele originário ou reformador, possui legitimidade para declarar a perda da propriedade em razão da função social, garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988.

Seguindo a linha de pensamento de tal entendimento, a expropriação não pode ser aplicada fora dos limites impostos pela Constituição Federal. Vê-se que a criação da desapropriação judicial põe em pauta os ditames constitucionais, o que desrespeitaria a vontade implícita do constituinte.

Alega-se, ainda, que essa forma de perda da propriedade poderia incentivar a invasão de terras. Não se trata de uma invasão mediante força, vez que descaracterizaria o requisito da boa-fé apresentado pelo próprio texto legal. Seria uma simples imposição de posse sobre um

---

<sup>5</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do Novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 852.





pedaço de terra que se encontra sem um proprietário atuante. Um pedaço de terra vazio e a possível implementação da função social nesse terreno atrairia pessoas para lá atuarem. Após a instituição da posse bastaria, então, que os requisitos apresentados pelo parágrafo 4º do artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro de 2002 fossem preenchidos. Conseqüentemente, os posseiros teriam seu território seguro, podendo vir a se tornar proprietários após cinco anos de posse ininterrupta.

Em contra partida é possível encontrar defensores da constitucionalidade da desapropriação judicial, entre eles Flavio Tartuce<sup>6</sup>, conforme será apresentado a seguir. A importância da função social da propriedade apresenta-se no ordenamento jurídico brasileiro com tanta força que é capaz, por si só, de relativizar o direito de propriedade. Tal entendimento se funda na chamada constitucionalização do direito civil, ou seja, os institutos apresentados pelo Código Civil deverão ser lidos em consonância com os ditames e princípios consagrados no texto da Constituição Federal de 1988, ora vigente.

O legislador está diante de duas garantias fundamentais do cidadão, previstas em um rol constitucional, quais sejam, o direito de propriedade e a função social da propriedade. Ele detém liberdade para pesar essas duas garantias e defender, em determinado momento, a que considerar mais relevante. Certo é que a função social defende o interesse de uma coletividade, não se restringindo aos direitos do particular.

A desapropriação judicial representa, de forma clara e simples, a leitura do princípio da função social da propriedade na sociedade moderna. As modificações sofridas pela civilização foram capazes de refletir diretamente nos ditames e nas regras sociais. O legislador ordinário adquire liberdade para pôr em prática a necessidade da função social do imóvel. Assim, a desapropriação judicial adentra no ordenamento jurídico como uma das formas de aplicação prática dessa garantia constitucional.

---

<sup>6</sup> TARTUCE, op. cit., p. 145.



Flávio Tartuce e José Fernando Simão<sup>7</sup> acreditam ser constitucional a desapropriação judicial, como pode ser visto:

Com o devido respeito, não há como concordar com o entendimento que prega a inconstitucionalidade da desapropriação judicial privada, pois, como se verá, o instituto visa justamente a dar uma função social à propriedade em situações em que a posse não bem atende a essa finalidade de interesse da coletividade.

Fundam-se, basicamente, na prevalência da função social da propriedade frente ao interesse particular de propriedade, apesar de ambos serem direitos constitucionalmente consagrados. Lecionam, com maestria, que a posse deve sempre atender a finalidade de interesse da coletividade, resguardando, assim, a sociedade como um todo. Busca-se a proteção de um sistema, eliminando as individualidades que lá se inserem.

Esse mesmo entendimento é defendido por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>8</sup>:

Contudo, é mister acreditar que o legislador instituiu uma nova modalidade de desapropriação por interesse social, por a norma conceder ao juiz o poder de concretizar conceitos jurídicos indeterminados e verificar se o “interesse social e econômico relevante” de uma coletividade de possuidores apresenta merecimento suficiente para justificar a privação de um direito de propriedade. O próprio artigo 5º, XXIV da Constituição reserva ao legislador um espaço para construir o que entenda como “interesse social”, mesmo que o beneficiado pelo ato não seja o poder público ou os serviços estatais.

Percebe-se que os doutrinadores acima apresentam a desapropriação judicial como sendo uma nova espécie de desapropriação fundada no interesse social, como acontece na desapropriação ordinária. Certo é que as necessidades da ordem social vigoram sobre o interesse do particular, sendo possível que o proprietário venha a perder seu direito de propriedade em dado momento, devendo sempre ser levado em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Além disso, o dono do bem, mesmo que privado de seu imóvel, terá direito ao pagamento de justa indenização, sanando eventuais prejuízos patrimoniais. Claramente o

---

<sup>7</sup> TARTUCE, op. cit., p. 145.

<sup>8</sup> DE FARIAS, op. cit., p. 80.



legislador civilista de 2002 ponderou os direitos dos possuidores e os direitos do proprietário, tendo optado por privilegiar o interesse da coletividade. Diante da colisão de princípios constitucionais, cabe ao responsável pela interpretação da norma em vigor determinar aquele que deverá sobressair, sendo, na presente situação, o princípio da função social da propriedade.

A afronta de princípios constitucionais, que possuem igual importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, deve ser analisada por meio de um juízo de ponderação, que deverá considerar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para tanto. Não existe supremacia de princípios constitucionais. Na hipótese ora analisada, deve-se considerar de maior importância o interesse de uma coletividade determinada, frente ao interesse patrimonial de um único proprietário, fazendo prevalecer a função social da propriedade.

Renomados estudiosos<sup>9</sup> do Direito Civil, diante de tamanha discussão acerca da constitucionalidade da desapropriação judicial, visualizaram a necessidade de sanar esse problema. Assim, na I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal o tema foi posto em pauta, resultando na aprovação do Enunciado nº 82, que determina que “é constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”.

Dessa forma, diante da importância prática das Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, o entendimento majoritário atual defende a constitucionalidade da desapropriação judicial, baseando-se na importância da implementação da função social na propriedade em todo e qualquer pedaço de terra.

Faz-se mister lembrar que, apesar do entendimento acima exposto e do posicionamento da Jornada de Direito Civil, é plenamente possível vislumbrar a defesa da

---

<sup>9</sup> A I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, realizada em 12 e 13 de setembro de 2002, teve em sua Comissão de Trabalho a presença ilustres estudiosos do direito brasileiro, entre eles Marcelo Ferro e Sílvio de Salvo Venosa, que participaram da aprovação dos Enunciados referentes ao Direito das Coisas, ora apresentados. CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Brasília. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 29 abr. 2015.



inconstitucionalidade do instituto, como fora apresentado anteriormente, fundando-se, principalmente, na primazia da Constituição Federal frente ao texto apresentado pelo Código Civil de 2002.

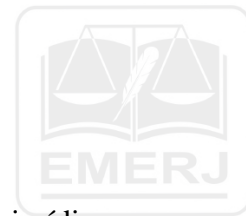
Contudo, o presente trabalho visa a demonstrar a real constitucionalidade do instituto da desapropriação judicial, colocando em primeiro plano a prevalência do princípio da função social da propriedade e, conseqüentemente, o interesse de uma coletividade que deu razão de ser a um pedaço de terra até então abandonado. Impossível, assim, defender cegamente a inconstitucionalidade do referido instituto. Consagra-se a relativização do direito constitucional de propriedade, direito este que deixa, efetivamente, de ser lido como um direito absoluto.

## **CONCLUSÃO**

A desapropriação judicial, inovação legislativa, se apresenta como um instituto com inúmeras características próprias, estabelecidas pelo legislador civilista de 2002. Defende, principalmente, a função social da propriedade, buscando uma sociedade menos patrimonialista e mais igualitária.

Embora não exista determinação legal expressa, considera-se uma nova forma de desapropriação, principalmente pela necessidade de pagamento de justa indenização ao agora antigo proprietário, vez que este perde seu direito de propriedade sobre o terreno, tendo seu patrimônio lesado substancialmente. Adota-se, assim, a nomenclatura da desapropriação judicial.

O novo instituto se insere no ordenamento jurídico brasileiro carregando certa importância. Traz novos conceitos jurídicos, até então inexistentes, onde o magistrado possuirá liberdade para especificá-los de acordo com seu livre arbítrio. Trata-se de uma



inovação que não se restringe ao instituto por si só, acompanhada de conceitos jurídicos indeterminados, hipótese inimaginável no Código Civil de 1916.

Além disso, a desapropriação judicial coloca em pauta um juízo de ponderação de princípios constitucionais. Diante da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade torna-se possível relativizar um direito que, antigamente, era considerado como absoluto. Evidente que essa relativização não pode ser feita de forma indiscriminada, devendo ser estudada no caso concreto, de acordo com os requisitos impostos pela lei.

O juiz deverá identificar o considerável número de pessoas atuando sobre o terreno, realizando obras e serviços de relevante interesse social e econômico. Deve ainda o imóvel ser considerado como extensa área, onde os novos possuidores lá permaneceram de forma ininterrupta pelo prazo de cinco anos, sendo essa posse considerada como uma posse de boa-fé. Diante de uma reivindicação do imóvel ou de uma ação possessória por parte do proprietário, o magistrado adquire liberdade para analisar as peculiaridades do caso em pauta.

Percebe-se que o magistrado opta por privilegiar o interesse coletivo, tendo como resultado a privação do particular do seu direito real de propriedade. Declara a perda desse direito em razão de uma função social ali implementada por um grupo de pessoas. Assim, o legislador do Código Civil de 2002 demonstra com louvor a importância de toda propriedade respeitar sua função social, sob pena de o proprietário perder patrimônio que não mais é tratado como direito absoluto.

A desapropriação judicial carrega em seu bojo a defesa e a efetivação da função social da propriedade, direito fundamental consubstanciado na Constituição Federal de 1988. A efetivação prática de tal princípio capacita a defesa da constitucionalidade do referido instituto que busca, principalmente, consagrar direitos sociais e interesses de uma coletividade. Estas novas premissas acentuam-se no ordenamento jurídico pátrio, ganhando espaço e passando a ser respeitadas nas atuações específicas em casos concretos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. Conselho de Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>> Acesso em: 29 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. *Estatuto da Cidade*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Reais*. 8. ed. Bahia: Jus PODIVM, 2012. 142 p.

RAMOS, Glauco Gumerato. Contributo à Dinâmica da Chamada Desapropriação Judicial: Diálogo entre Constituição, Direito e Processo. In: MAZZEI, Rodrigo; DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Bahia: Jus PODIVM, 2007. p. 433 – 462.

ROSADO, Marcelo da Rocha. Alguns Aspectos Relevantes da Usucapião e da Expropriação Privada. In: MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Questões Processuais do Novo Código Civil*. São Paulo: Manole Ltda., 2006. p. 415 – 453.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. 65 p.

TEPEDINO, Gustavo et. al.. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 9 p.

TEPEDINO, Gustavo; SCREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade e Legalidade Constitucional. Direito, Estado e Sociedade: *Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio*. Rio de Janeiro, n. 17, p. 41 – 57, ago./dez. 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 12. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. 52 p.

ZAMPAR JR. José Américo. Expropriação Civil: Um Estudo dos §§ 4o e 5o do art. 1.228 do CC/2002. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 347 – 381, jan./mar. Ano 13

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do Novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 843 – 861.



## A EFICÁCIA DO PROTESTO AO ADIMPLEMENTO DA DÍVIDA ALIMENTAR

Ana Carolina Abrantes Nascimento Verdini Maia

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho visa a discutir sobre a possibilidade de protestar a sentença condenatória de alimentos. Neste aspecto, a Lei 9492/1997 admite o protesto de títulos, dentre os quais, os títulos executivos judiciais. Utiliza-se, assim, este título judicial como objeto do presente trabalho, com o fim de demonstrar os efeitos e benefícios gerados pelo protesto da sentença condenatória de alimentos. Diante da polêmica referente à violação do segredo de justiça, por se tratar de sentença, a qual uma das partes, na maioria das vezes, é uma criança, se faz necessário alguns esclarecimentos.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Devedor de Alimentos. Protesto da sentença condenatória de alimentos. Negativação do nome.

**Sumário:** Introdução. 1. Da Possibilidade do protesto da sentença condenatória de alimentos. 2. Conceito, Causas e consequências do protesto. 3. O apontamento do nome do devedor de alimentos no banco de cadastros de crédito e a polêmica do segredo de justiça. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca discutir a eficácia do protesto da sentença condenatória de alimentos, como sendo uma forma mais célere para a satisfação do crédito alimentar, pois é sabido, que muitos devedores desaparecem, deixando de cumprir com as suas obrigações, mudando de endereço, pedindo demissão do emprego, dificultando muitas das vezes a realização de intimações para o prosseguimento da execução judicial, bem como a realização da prisão, visto não saber ao certo o paradeiro desse devedor.

O crédito alimentar possui uma característica peculiar, pois tem um caráter emergencial, uma vez que o alimentando, na maioria das vezes, não tem como se auto sustentar, o que o faz depender dos alimentos para suprir as suas necessidades.

Com base nesse caráter emergencial, o ordenamento jurídico prevê alguns mecanismos para compelir os devedores à satisfação do crédito: expropriação de bens;



desconto em folha; prisão civil; etc. Ocorre que, para utilizar esses mecanismos faz-se necessário a intimação do devedor, e se a intimação se der por frustrada? Se o mandado para dar ciência dos atos executórios for negativo? Obviamente, essas indagações pressupõem o devedor esquivar-se por infindas vezes ao cumprimento da sua obrigação, o que de fato, infelizmente, ocorre no cotidiano forense.

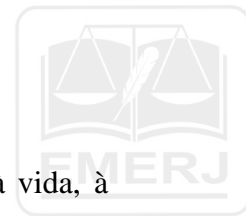
Portanto, o que se pretende perquirir, ante as formas de execução aqui discorridas, sem dúvida, a aplicação da nova medida coercitiva mais dinâmica e eficiente, a fim de obstar integralmente qualquer ato procrastinatório do executado ao cumprimento efetivo do dever alimentar, discutir os principais obstáculos como: a questão do constrangimento do alimentante, ora devedor, quanto ao protesto da sentença condenatória e os limites do instituto do “Segredo de justiça”; os pontos positivos e negativos da medida bem como a sua eficácia como forma de desafogar o judiciário.

Diante disso, a possibilidade de protestar a sentença de execução, que é um título executivo judicial, alcançaria de forma mais simples e célere a satisfação do alimentando, ora credor, já que a medida impossibilitaria o devedor na realização de várias transações bancárias, como adquirir cartões de crédito, aberturas de conta, empréstimos, dificultando a vida social e econômica do devedor, contribuindo muito com a defesa do bem estar do menor, dando proteção, principalmente às garantias constitucionais que lhe são conferidas.

## **1. DA POSSIBILIDADE DO PROTESTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS**

Inicialmente será preciso introduzir este trabalho dissertando um pouco sobre o direito de família sob o óbice da Constituição Federal, para termos em mente a importância





desse direito em nossa sociedade, pois dentre os outros direitos, é o mais ligado à vida, à dignidade da pessoa humana, merecendo, portanto, a mais ampla proteção do Estado.

A Constituição Federal de 1988 adotou uma nova ordem de valores a compor as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação; privilegiando, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, princípio este, hoje inculcado em quase todas as constituições democráticas. Sendo certo que o referido princípio instrui a base familiar, garantindo pleno desenvolvimento e realização de todos os seus integrantes, principalmente da criança e do adolescente, conforme preceitua o art. 227, da Carta Suprema.

Vale dizer que, os artigos 5º, inciso I e 226, §3º da Constituição Federal consagram o princípio da igualdade entre homens e mulheres, afastando efetivamente o patriarcalismo da relação conjugal, abrindo um novo espaço às funções da mulher no seio familiar; ou seja, o dever de prover à manutenção da família é encargo do casal, de ambos que a compõem, de acordo com a possibilidade de cada qual.

Acompanhando a relevância normativa dos princípios, o que concerne à obrigação dos pais em face dos filhos, o direito de família passa a reconhecer que, o sustento, guarda e educação são deveres pertinentes ao poder familiar (art. 229 CRFB e art.1634 do Código Civil), afirmando que os alimentos são devidos por quem desempenha as funções parentais e ou por quem possui laços de afinidade e afeto.

A constituição ao consagrar o princípio da igualdade da pessoa humana, garante ao ser humano o direito de viver e sobreviver com dignidade. Por isso, os alimentos asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integralidade física e moral.

Conforme suscita Carlos Roberto Gonçalves<sup>1</sup>:

Constituem os alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo; sendo, portanto, a obrigação alimentar: ' Le

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153.



devoir imposé juridiquement à une personne d'assurer la subsistance d'une Autre personne.

O ordenamento jurídico garantiu a subsistência daqueles que compõem o núcleo familiar, invocando o princípio da solidariedade familiar, independente de qual seja a sua formação. O dever de alimentar está pautado no princípio do bem estar do menor, ou seja, do melhor interesse da criança, conforme o disposto no artigo 227 do Constituição federal, o qual assegura o direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, e à cultura.

Apesar do Direito de família possuir natureza privada, haverá constante interferência do direito público, uma vez que a interferência do Estado visa assegurar à dignidade da pessoa, obrigando aquele que integra o núcleo familiar prover a subsistência com honradez. Portanto, o descumprimento voluntário do dever de alimentar é muito grave, pois contém caráter personalíssimo, que visa preservar a integridade física e moral daqueles que necessitam do alimento devido.

Desse modo, o Estado atua no âmbito familiar aplicando medidas coercitivas, com o intuito de fazer com que o descumpridor da obrigação alimentar, ou seja, o devedor de alimentos, seja coagido tanto na forma pessoal quanto na física, para cumprir a sua obrigação, assegurando assim, a integridade daqueles que necessitam do alimento devido, utilizando-se para isso os preceitos dos artigos 5, LXVII, da Constituição Federal e artigo 733 § 1º do Código de Processo Civil.

A obrigação alimentar é a concretização da dignidade da pessoa, portanto, o seu inadimplemento gera consequências muito sérias ao devedor. Por isso o ordenamento jurídico possibilita a utilização de mecanismos coercitivos para fazer com que o devedor possa cumprir essa obrigação.

Uma vez não cumprida obrigação alimentar, caberá ao credor, geralmente menor, executar o devedor, a fim de ver a sua dívida quitada, ou melhor, o seu direito respeitado.



Ocorre que a legislação processual civil permite ao exequente, credor, optar pela expropriação patrimonial, com base no artigo 732 do CPC, ou pela coerção pessoal, a prisão civil, conforme o artigo 733 também do Código Processo Civil, diferenciando-se das outras dívidas civis.

Hoje já é admitida uma terceira forma de coerção, que se difere da expropriação patrimonial, a qual incorre sobre penhora dos bens do devedor, bem como a penhora *on line*, procedimento realizado pelo juiz, que bloqueia a conta corrente da instituição financeira do devedor no valor do débito, ou incidindo sobre algumas outras rendas provenientes dos rendimentos do devedor, como por exemplo: alugueres de prédio ou qualquer outro rendimento que o devedor venha ter, como desconto em folha, quando o devedor exercer atividade laborativa remunerada diretamente por um empregador.

A outra modalidade de coerção trazida pela Constituição Federal, em seu Art. 5º, LXVII, é a pessoal. Ou seja, a possibilidade da prisão civil em face do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. No entanto, importa aduzir que, o mecanismo disponibilizado não possui caráter sancionatório; mas, sim, o condão de desestimular a resistência ao cumprimento de especial dever.

Há de se revelar que, a prisão civil é medida gravosa, pois consiste na privação de liberdade do indivíduo, garantia esta, constitucional, cuja ofensa deve ser repelida no Estado democrático de Direito. Entretanto, por observância ao texto ad própria Lei Maior, depreende-se da sua aplicação que a mesma se dá, especificamente, contra o devedor voluntário e inescusável. Ademais, não se pode negar que o seu efeito de segregação repercute de maneira positiva; pois, compele, imperiosamente, a atitude procrastinatória do alimentante devedor de satisfazer as necessidades do alimentado.

Em razão da gravidade da dívida alimentar e seu caráter emergencial quanto ao seu cumprimento, se faz necessário um procedimento executório mais célere para a sua satisfação, já que o procedimento da execução Dessa forma, após a Sentença Condenatória de Execução



de Alimentos, o credor não necessitaria mais sofrer dissabores processuais, como: não conseguir encontrar nenhum bem do devedor para realizar a penhora; saber o endereço do empregador para oficiá-lo com intuito de ter os alimentos descontados em folha, e até mesmo encontrar o devedor para fazer cumprir o mandado de prisão, já que muitos desaparecem não deixando nenhum vestígio do seu paradeiro, uma vez que os parentes mais próximos se omitem a fornecer o seu paradeiro.

Considerando que muitas das obrigações não são cumpridas, por força de sentimentos menores, ocasionando óbices meramente protelatórios, alheios à pura razão da impossibilidade financeira e material, momentaneamente ficta. Muito dos devedores utilizam de subterfúgios para deixar de pagar ou aumentar o prazo para pagamento da dívida.

Sendo assim, o ordenamento jurídico com o objetivo de garantir a prestação alimentar de forma rápida passou a admitir a possibilidade de protesto extrajudicial do devedor de alimentos, por meio de protesto da sentença condenatória da ação de alimentos, já que decisão judicial é título executivo judicial, podendo assim ser levada a protesto como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação, conforme dispõe a Lei n. 9.492/97.

De acordo com a resolução n. 52 de 16 de dezembro de 2010, o credor da dívida alimentar poderá requerer ao cartório, o qual tramitou o processo alimentar, certidão da existência da dívida, visto que junto com a sentença será protocolizado no tabelionato de protesto, para se valer de meio coercitivo para a satisfação do crédito alimentar, devendo para isso: a sentença, ora título, conter a qualificação completa do devedor, número do processo, valor certo da dívida, a data da sentença e do transito e julgado.

Em sendo protestado o devedor, seu nome será incluído aos bancos de proteção do crédito, ressalta-se que nesse caso, apenas aparecerá o nome do devedor e o motivo da inclusão, não sendo possível incluir número do processo e nome do menor. Tal questão é



discutida, pois há quem entenda que a expedição da certidão da dívida violaria o segredo de justiça, quanto a isso discutiremos mais adiante.

O protesto da dívida alimentar veio facilitar a satisfação do crédito alimentar, já que não é necessário encontrar o devedor para compeli-lo ao pagamento da dívida, pois nesse mecanismo, a intimação será feita por edital, trazendo como consequências sérias e indesejáveis restrições. Ademais, a partir do momento que o devedor alimentar deparar-se com o seu nome inserido no cadastro de restrição ao crédito, certamente, não se quedará mais inerte, não mais, frente ao inadimplemento da obrigação condigna; nem tão pouco se esquivará das intimações competentes em sede de processo executório, o que de fato, infelizmente, ocorre no cotidiano forense, razão pela qual os procedimentos pertinentes à execução tendem a não lograr êxito com facilidade e rapidez.

## **2. CONCEITO, CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DO PROTESTO**

O protesto é um ato formal e solene, pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívidas (artigo 1º da Lei n. 9.492/97).

Existem diversas formas de protesto, já que esse é um ato destinado a comprovar a inadimplência de uma determinada pessoa, física ou jurídica, quando ela estiver devedora de um título de crédito ou de outro documento de dívida sujeito ao protesto.

Nesse trabalho, será abordado mais especificamente o protesto referente à sentença condenatória de alimentos, ou seja, será analisado mais especificamente a eficácia em protestar uma sentença de alimentos, que não deixa de ser um protesto de um título executivo judicial.



São muitas as causas que ensejam uma pessoa a protestar um título em face de outra: por falta de pagamento; por falta de aceite; por falta de devolução; para o exercício do direito de regresso; para fins de falência do devedor<sup>2</sup>.

Recentemente, devido a grande dificuldade em se encontrar o devedor de alimentos, tem se admitido a possibilidade de protestar a sentença de alimentos que já tenha transitado em julgado, que, juntamente, com uma certidão expedida pelo cartório da Vara de Família se tornaria um título representativo da dívida como outro qualquer, podendo, portanto ser levado a protesto, após o seu inadimplemento<sup>3</sup>.

O protesto, não deixa de ser um ato de interesse público, pois nada mais é do que a publicação de uma dívida a todos aqueles que se interessem por essa informação, tais como bancos, lojas, credores, coobrigados ou co-devedores.

O maior objetivo do protesto é pela facilitação da resolução do conflito, que poderá ser solucionado com maior celeridade, sem necessitar da interferência judicial, a qual, além de gastos com advogados, custas judiciais acarretam angústias, exposições e aborrecimentos desnecessários.

Ademais, com o protesto se garante o direito de regresso, interrompe a prescrição da dívida, incluiu o nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, restringe as atividades junto à agência bancária, tais como; retiradas de talões de cheque, cartões de crédito, realização de financiamentos empréstimos financeiros, etc.

Contudo, uma das mais conhecidas consequências decorrentes do protesto é a restrição creditícia do devedor, o qual passa a ter sua dívida publicada em todos os cadastros

---

<sup>2</sup>CARTÓRIO AYRES. *Serviços: O que é protesto?* Disponível em: <<http://www.cartorioayres.com.br>>. Acesso em 14 jan. 2015.

<sup>3</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ato Executivo Conjunto TJ/CGJ nº 7/2014. Acesso em: 14 jan. 2015.



restritivos de crédito, deixando público que aquele devedor não cumpriu com uma de suas obrigações, podendo, portanto vir a descumprir as futuras.

Conclui-se, portanto, que o protesto pode ser um meio mais eficaz e célere de resolver os conflitos relacionados aos créditos alimentares, já que neste caso a citação só ocorre para notificar o devedor que a sua dívida fora protestada e que ele terá 3 dias para quitá-la ou automaticamente estará incluída nos cadastros restritivos de crédito.

Sendo assim, aqueles devedores contumazes que se escondem, que não conseguem ser presos, quando já existe mandado de prisão em face deles, não terão como se desincumbirem da obrigação.

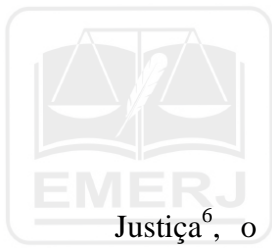
Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do CPC.<sup>4</sup> Ato, esse que pode ter comandos diferentes, tais como: constitutivo; aquele, o qual, a sentença constitui um novo estado jurídico, cria ou modifica uma relação jurídica, tais como: separação e divórcio e anulação de casamento; declaratório, aquele, o qual tem como objetivo a declarar a existência ou não de uma relação jurídica. Ex.: ação de investigação de paternidade e ação de usucapião e o condenatório, aquele, o qual impõe ao vencido uma prestação passível de execução, podendo ser uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, ou ainda, pagamento de quantia certa, por exemplo: ação de indenização e alimentos<sup>5</sup>.

Contudo, será discutida a questão da sentença condenatória, uma vez que esta é considerada um título executivo judicial, sendo, portanto, um instrumento hábil para realização de um protesto.

A Lei 9492/1997 admite o protesto de títulos e outros documentos de dívida, tais como: títulos executivos extrajudiciais e judiciais, quanto aos últimos, mais especificamente as sentenças condenatórias de alimentos transitado em julgado, objeto desse trabalho, foi autorizado pelo Conselho Nacional de Justiça, diante de precedente do Superior Tribunal de

<sup>4</sup> BRASIL. Lei n. 11.232/05. Artigo 162, §1º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 out. 2014.

<sup>5</sup> DONIZETE, Elpídio Donizetti. *Redigindo a Sentença Cível*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p 125.



Justiça<sup>6</sup>, o qual, admitiu o protesto de sentença condenatória transitada em julgado relacionada a obrigação alimentar.

Neste sentido<sup>7</sup>:

RECURSO ESPECIAL. PROTESTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA, TRANSITADA EM JULGADO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE QUE REPRESENTE OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA LÍQUIDA, CERTA E EXIGÍVEL.

1. O protesto comprova o inadimplemento. Funciona, por isso, como poderoso instrumento a serviço do credor, pois alerta o devedor para cumprir sua obrigação.
2. O protesto é devido sempre que a obrigação estampada no título é líquida, certa e exigível.
3. Sentença condenatória transitada em julgado é título representativo de dívida - tanto quanto qualquer título de crédito.
4. É possível o protesto da sentença condenatória, transitada em julgado, que represente obrigação pecuniária líquida, certa e exigível.
5. Quem não cumpre espontaneamente a decisão judicial não pode reclamar porque a respectiva sentença foi levada a protesto.

Diante dessa possibilidade, ao credor de alimentos, surge uma forma mais simples, eficaz e célere para a satisfação do crédito, que não necessite de uma nova demanda, inúmeras intimações, alto custo do processo civil, ausência de patrimônio e a própria resistência do devedor. Ao devedor apenas resta pagar a dívida em três dias após a protocolização do título, quando o Tabelião de Protesto expedirá a intimação ao devedor no endereço fornecido pelo credor, que, não sendo encontrado, será publicado edital, e findo o prazo para o pagamento do título, terá seu nome incluído nos cadastros restritivos de crédito.

Ter o nome incluído nos cadastros restritivos de crédito traz ao devedor algumas consequências, as quais prejudicam por demais a vida desse devedor, como por exemplo: impossibilidade para abertura de conta bancária, de realizar pagamentos parcelados, de realizar qualquer tipo de financiamento, ou seja, são vários os prejuízos decorrentes dessa inclusão.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 750805. Relator Des. Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=750805&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em: 29 mar. 2015.





Com certeza, todos os prejuízos decorrentes dessa inclusão dificultam a vida de qualquer pessoa, pois em algum momento da vida será preciso realizar uma transação bancária, realizar um empréstimo ou um financiamento. Portanto, ao se deparar com todos esses empecilhos cotidianos, o qual ele poderá vir a ter que passar, faz com que ele rapidamente quite essa dívida da melhor forma possível, o que parece ser muito mais grave do que uma possível execução de alimentos, que necessariamente precisa de uma citação, encontrar bens, comprovar muita das vezes o vínculo empregatício, tudo isso sem esquecer-se do tempo que se gasta para conseguir todas as informações necessárias para após tentar penhorar um bem. No caso desse devedor não ter nenhum bem em seu patrimônio ? Quanto tempo levaria até conseguir encontrar algum bem para penhorar? Como saber ao certo quanto ganha o devedor que não se consegue comprovar o vínculo empregatício?

### **3. O APONTAMENTO DO NOME DO DEVEDOR DE ALIMENTOS NO BANCO DE DADOS DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO E A POLÊMICA DO SEGREDO DE JUSTIÇA**

A sentença que impõe o pagamento de alimentos dispõe de eficácia condenatória plena. Ou seja, o valor, por essa, fixado constitui uma obrigação certa. Não havendo mais, o que se questionar, visto que, no momento, quando prolatada a sentença, pressupõe-se que todos os atos processuais legais já se perfizeram: o contraditório, a Ampla defesa, a realização de audiências, tanto a de conciliação como a de instrução e julgamento. Em síntese, o que se pretende sobrelevar, mediante a disposição de todos os atos, por ora, é que o devedor de alimentos não pode desafiar uma sentença judicial, quedando-se inerte, de forma inescusável ao cumprimento da obrigação regularmente estabelecida. De mais a mais, considera-se que a ele foram, oportunamente, ofertadas todas as chances para compor o *quantum* alimentício de



acordo com as suas condições financeiras e materiais.

A recusa voluntária daquele que tem o dever de prestar alimentos constitui, não tão-somente, ato atentatório à dignidade da justiça; mas, sobretudo, ao próprio Direito à vida, à proteção da dignidade do alimentado, colocando em xeque a sua sobrevivência.

Deste modo, como conclusão lógica que, sendo o Direito à vida, preceito constitucional, uma vez ofendido, devem ser aplicadas medidas coercitivas mais contundentes, a fim de causar maior impacto no cotidiano do devedor, obstando com veemência qualquer escusa ao cumprimento da obrigação condigna. Ademais, a omissão do alimentante voluntário não denota nenhuma explicação plausível, devendo por isso ser rechaçada através de mecanismos mais céleres e eficazes.

O art. 600, do Código Processual Civil, em seus incisos, preceitua como ato atentatório à dignidade da justiça, o executado que *II* -se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos. *II* –resiste injustificadamente às ordens judiciais.

Da mesma forma, o art. 601 estabelece que nas hipóteses supracitadas poderá o juiz incidir em multa de até 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito da execução. É certo, e isso não se põe dúvidas que, o executado, voluntário e inescusável, em sede de alimentos, deveria sofrer as referidas conseqüências legais, de sobremodo que o julgador deveria aplicá-las de ofício, em concreto.

Vale lembrar que na esfera do Direito de família, em razão de suas normas possuírem caráter indisponível, o juiz de família detém maior poder instrutório e decisório. Em sede de alimentos, por exemplo, o magistrado pode intervir com maior liberdade e fixar a pensão alimentícia em valor superior daquele pleiteado na exordial e, até mesmo, determinar *ex officio* a prisão civil por inadimplemento alimentar. Assim, por observância ao aumento de poderes que lhe é conferido, o julgador exerce o seu poder-dever, adentrando nas relações pessoais com maior discricionariedade, deixando, portanto, de ser mero expectador de conflitos



judiciais.

Desse modo, o magistrado, ao identificar *in casu* atitudes ardis e maliciosas do alimentante, deverá, imperiosamente, coibi-las, utilizando-se não tão-somente das formas executórias atribuídas à obrigação alimentar; mas, sobretudo, utilizando-se da sua criatividade para adotar medidas que se apresentem efetivas, inovando de sobremaneira a possibilidade de novas jurisprudências. Exemplo clássico que diz respeito à criatividade dos juízes, quanto aos meios de coerção é aquele da expropriação patrimonial, no que tange à penhora *on line*, realizada sobre a constrição de dinheiro em depósito ou aplicação financeira (Art. 655-A, CPC).

Cabe registrar que a referida medida era, inicialmente, apenas aplicada nas obrigações não pertinentes à esfera da família. Todavia, por interpretação ao texto do dispositivo legal supracitado, cuja Lei nº 11.382/2006 introduziu-lhe nova redação, os juízes de família começaram aplicar, em face do devedor de alimentos tal providência.

Por outras palavras, o silêncio do legislador, no que se refere à execução de alimentos poder se valer do cumprimento da sentença (Art. 475-J e seguintes CPC), bem como da execução por quantia certa contra devedor solvente (Art. 646 e seguintes, CPC), não obstou os julgadores de reconhecer os encargos de natureza alimentar e de inseri-los no respectivo procedimento executório. Logo, pode-se inferir, às claras, o extenso poder instrutório e decisório, conferidos ao juiz de família contemporâneo.

Considerando ser o inadimplente em alimentos um gravíssimo devedor; tendo em vista que esse possui a obrigação de assegurar a sobrevivência de quem necessita de amparo alimentar, sobretudo por observância à importância da referida responsabilidade, que é o de garantir uma vida com dignidade a quem lhe é credor; faz-se necessário se perquirir medidas mais enérgicas e contundentes a fim de coibir efetivamente sua voluntária e inescusável inadimplência. Por essa razão, oportuno se traz à luz a aplicação da medida utilizada na esfera



cível, em face do devedor da obrigação de pagar quantia certa, a qual enseja a negativação do nome de seu titular nos bancos de dados em todos os órgãos de proteção ao crédito do país, visando preservar o interesse da coletividade, dando-lhe conhecimento de quem é mau pagador.

Ademais, a partir do momento que o devedor alimentar deparar-se com o seu nome inserido no cadastro de restrição ao crédito, certamente, não se quedará mais inerte, não mais, frente ao inadimplemento da obrigação condigna; nem tão pouco se esquivará das intimações competentes em sede de processo executório, o que de fato, infelizmente, ocorre no cotidiano forense, razão pela qual os procedimentos pertinentes à execução tendem a não lograr êxito com facilidade e rapidez.

Por essa razão, hoje se pode contar com mais um mecanismo para driblar esse devedor, já que muitas vezes, a inadimplência persiste por força de sentimentos menores, ocasionando óbices meramente protelatórios, alheios à pura razão da impossibilidade financeira e material, momentaneamente ficta.

É necessário que se faça valer o Princípio da proporcionalidade, visto que se um simples devedor de uma obrigação referente a um bem fungível, torna-se automaticamente vinculado ao cadastro negativo do banco de dados da *Serasa*; faz-se plausível a inserção do devedor de uma obrigação alimentar, considerando toda a peculiaridade que norteia as regras dos alimentos no nosso código civil.

Com fulcro no Art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal Da República, o qual delibera coercitivamente a prisão civil pelo inadimplemento da obrigação alimentícia; ademais, visto que a referida coerção não pode ser aplicada às demais dívidas; concluí-se desde logo o quão imprescindível o zelo e a proteção conferidos pela nossa Lei Maior em face do alimentado. Daí que o meio, por ora ilustrado, de modo a inserir o executado em alimentos no referido órgão supracitado, revela-se plenamente compatível com o sistema Constitucional.



Nesse sentido, destaca-se observação de Maria Berenice Dias<sup>8</sup>: “como o Direito à vida é o mais sagrado de todos os direitos, é necessário gerar mecanismos que garantam o cumprimento da obrigação de prover o sustento de quem não tem condições de manter-se sozinho.”

Porquanto se uma instituição financeira possui a prerrogativa de imediato, ao descumprimento da obrigação assumida, incluir o nome do seu devedor no banco de dados dos órgãos protetores ao crédito, o alimentando a possui na sua íntegra. Posto que, a dívida contraída por um cidadão referente à compra de uma simples “geladeira”, por exemplo, não pode sobrepujar à dívida alimentar, que caracteriza a garantia da própria vida digna de quem os recebe. A má-fé do devedor que anseia fugir dos seus deveres é realmente a maior razão pela qual atualmente uma maioria inegável das execuções percorre por uma verdadeira *via crucis*, resultando em infintos processos, de sobremodo desgastantes, transformando a soberana sentença condenatória em vulnerável ato, ante o cenário de disputas de egos e manobras processuais procrastinatórias.

Contudo, muito se discute sobre o instituto de segredo de justiça, insta salientar que a sua restrição, para fins de publicidade configura um resguardo e proteção quanto aos menores, que na maioria das vezes, fazem parte das relações de família, mormente quanto às ações de alimentos. Trata-se, pois, de restrição em face de terceiros que venham a molestar indistintamente, sob consulta os autos da família.

Todavia, a questão de inclusão do inadimplente alimentar, visa a buscar exatamente a sua publicidade, revelando-o com devedor voluntário, o qual não lhe assiste nenhuma razão com intenções a protegê-lo. Fala-se aqui de conflitos de normas constitucionais, ao sobrepesar o alimentado, que não tem meios de prover por si a sua sobrevivência, em respeito, assim, ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Proteção Integral da Criança e do Adolescente;

---

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. *Direito das famílias*. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada . Revista dos tribunais. 2007, p. 451.

e o inadimplente de alimentos, alguém capaz e abastado que, inescusavelmente, abstém-se de sua responsabilidade. A possível polêmica em face da medida em apreço, a ser argüida, talvez se mostre em razão do segredo de justiça que protege o âmbito familiar, bem como em razão do Princípio da intimidade, por sua privacidade ser exposta ante a inclusão do seu nome nos órgãos competentes de crédito<sup>9</sup>.

Ora, tal argumentação não deve prosperar já que se observa claramente a hierarquia dos valores constitucionais em cada caso concreto; sendo certo que neste a prevalecer, mediante o respectivo conflito deve ser o Princípio a garantir a vida, presidida este pelo Princípio da Dignidade da Pessoa.

Muito se falava na possibilidade do juiz, de ofício ou a pedido do alimentado, incluir o nome do devedor de alimentos nos cadastros restritivos de crédito, tão logo se observasse a dificuldade de quitação da obrigação, porém, nem sempre esse pedido era acatado, pois alguns entendiam que essa era uma atividade da iniciativa privada.

Recentemente, uma decisão do Tribunal do Rio de Janeiro<sup>10</sup> admitiu a possibilidade de inclusão do nome do devedor de alimentos nos cadastros restritivos de crédito, desde que a inclusão fosse realizada por meio de protesto da dívida.

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INADIMPLEMENTO VOLUNTÁRIO E INESCUSÁVEL DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. PROTESTO DE TÍTULO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. SPC E SERASA. CONSEQUÊNCIA. DADOS CONSTANTES DAS CENTRAIS DE PROTESTO QUE SÃO COLETADOS PELOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE SEGREDO DE JUSTIÇA (CF, ART. 93, IX). IMPOSSIBILIDADE DE SE CONFERIR PRIMAZIA À INTIMIDADE DO DEVEDOR DE ALIMENTOS EM DETRIMENTO DA SOBREVIVÊNCIA DAQUELE QUE ANSEIA PELO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. 1. Não é possível que o Judiciário determine, por ofício dirigido diretamente aos órgãos de proteção ao crédito, a inclusão do nome dos devedores de

<sup>9</sup> UCHOA CAVALCANTI, André Cleófas. *Família, dignidade e afeto*. p. 79. *Tese de doutorado*. PUC. São Paulo. 2007, p. 133.

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0019060-03.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Mario Guimarães Neto. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>> Acesso em: 30 mar.2015.



pensão alimentícia no rol dos maus pagadores, pois apesar do caráter público dessas entidades (CDC, art. 43, §3º), o exercício dessas atividades é regido pela iniciativa privada - o que careceria da devida fonte de custeio. 2. É possível, contudo, que o nome do devedor de pensão alimentícia seja incluído nos cadastros de inadimplentes, caso o credor de alimentos efetue o protesto da dívida alimentar, o que se coaduna com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual é admissível o protesto de sentença transitada em julgado (REsp 750.805-RS). 3. Não viola a cláusula de sigilo de justiça admitir o protesto da dívida alimentar. Se o sigilo do processo pode ser afastado em prol do interesse público a informação, (CF, art. 93, IX), certamente pode ser relativizado quando, em respeito ao princípio da razoabilidade, estiver em risco a garantia do pagamento de uma dívida alimentar, pois em nome desse interesse a Constituição restringe até mesmo a mais cara das liberdades, que é o direito de ir e vir (CF, art. 5º, LXVII). 4. Como a emissão da certidão da dívida alimentar para protesto não implica renúncia ao direito de preservação da intimidade das partes, deve nela constar apenas o número do processo, o nome do devedor, do representante legal do credor de alimentos e o valor nominal do débito. 5. Decisão agravada que, ao ter permitido a expedição de certidão para protesto, conferiu ao credor de alimentos o resultado prático equivalente à medida almejada (inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes), não sendo possível, entretanto, que a negativação seja imposta, diretamente, pelo Poder Judiciário. 6. Recurso conhecido. De ofício, determina-se que a certidão emitida para protesto conste apenas o número do processo, os nomes do devedor e do representante legal do credor de alimentos, bem como o valor nominal do débito.

No entanto, o mesmo tribunal<sup>11</sup> também admitiu a inclusão do nome do devedor nos cadastros restritivos de crédito, porém, sem a necessidade de protesto, o que deixa claro que a negativação é sem dúvida mais um mecanismo que busca resolver a questão da inadimplência alimentar. Mecanismo, esse, que pode ser alcançado de forma mais célere com o protesto da dívida.

## CONCLUSÃO

Com base nos materiais pesquisados, a respeito do tema abordado, observa-se que a possibilidade do protesto de sentença condenatória de execução de alimentos, demonstra ser um meio mais célere de satisfazer o crédito alimentar, principalmente na possibilidade de incluir o nome do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito.

---

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0053595-21.2014.8.19.0000. Relator: Desembargado Carlos Eduardo Moreira da Silva. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043F334464E8138A6575699B137DBC2715C503391D5440>>. Acesso em: 30 de mar.2015.



Todavia, tratando-se de medida a ser aplicável no âmbito do direito de família, impõe-se aos alimentos um caráter emergencial em detrimento do alimentando, que na maioria das vezes, menor e incapaz, não possuindo, porquanto, meios próprios para manter a sua subsistência.

Outrossim, demonstrando uma solução um tanto eficaz, visto que uma ação de execução pode durar mais de ano, além do gasto com honorários advocatícios, custas judiciais, idas e vindas ao fórum na tentativa de acelerar o andamento processual.

Nesse sentido, merece destacar que a nossa Constituição Federal garante, imperiosamente, a Proteção Integral a Crianças e Adolescentes (Art. 227), reconhecendo-os como sujeitos de Direito ao exercício dos Direitos Fundamentais; quais sejam, o Direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à Dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Partindo da premissa que a Proteção Integral da Criança e do Adolescente é princípio fundamental na Constituição Federal, implica afirmar uma tutela, em concreto, mais enérgica e eficiente, a garantir efetivamente a sua sobrevivência e desenvolvimento pleno. Ou seja, seu desenvolvimento psíquico, físico e moral, sendo imprescindível o respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

No caminho dessa compreensão, infere-se, necessariamente, que o interesse individual, do alimentante, quanto à possibilidade de evocar o seu constrangimento ante a modalidade do protesto, por ora evidenciada, que é a possibilidade de protesto, que decorrerá da inclusão do seu nome perante os órgãos de proteção ao crédito, não deve prosperar, visto que a referida alegação sobrepuja, de sobremaneira, o interesse de Ordem Pública, que é o de assegurar ampla e integralmente o interesse do menor.

Em suma, o que se pretende almejar com as idéias e os argumentos expostos neste trabalho, não esquecendo, contudo, a menção sobre o obstáculo em face do instituto do





segredo de justiça, é a possibilidade da aplicação de uma medida coercitivas mais célere e contundentes, qual seja necessária para a proteção prioritária do menor, alimentado. Por certo, que a medida invocada neste artigo tem como finalidade precípua incluir o nome do devedor de alimentos no cadastro dos respectivos órgãos de proteção ao crédito, divulgando seu perfil de mau pagador, impedindo-o, assim, de contrair empréstimos bancários, de constituir empresas, de participar de licitações, dentre outras prerrogativas pertinentes a quem de verdade prima pela pontualidade do adimplemento nas suas obrigações.

Desse modo, parece pertinente ter a expectativa de que o alimentando possa buscar um novo mecanismo para alcançar o seu objetivo, em face da publicidade do nome do devedor alimentar nos cadastros restritivos de crédito.

Assim, espera-se que com a Lei 9497/97, tal feito possa ocorrer de alguma forma, até porque, se a Constituição Federal prevê a prisão civil àquele que descumpre o dever alimentar, cuja gravidade se revela na própria segregação do indivíduo; porque não ser admissível a aplicação menos gravosa? Em outras palavras: Se há a possibilidade de utilizar-se do mais, por que não utilizar-se do menos?

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. 60 ed. Ed. Saraiva. 2009.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. 16 ed. São Paulo: Rideel. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 750805. Relator: Des. Humberto Gomes de Barros Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=750805&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em: 29 mar. 2015

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0053595-21.2014.8.19.0000. Relator: Desembargado Carlos Eduardo Moreira da Silva. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043F334464E8138A6575699B137DBC2715C503391D5440> > Acesso em: 30 de mar. 2015.



\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0019060-03.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Mario Guimarães Neto. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw> > Acesso em: 30 mar.2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ato Executivo Conjunto TJ/CGJ nº 7/2014. Acesso em: 14 jan. 2015.

CARTÓRIO AYRES. *Serviços: O que é protesto?* Disponível em: <<http://www.cartorioayres.com.br>>. Acesso em 14 jan. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7.ed.Revista e Ampliada. São Paulo: Atlas.2007.

\_\_\_\_\_. *Programa de sociologia jurídica*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21.ed. São Paulo: Atlas. 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 4 ed. Revista , atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

DONIZETE, Elipdio Donizetti. *Redigindo Sentença Cível*.7.ed.São Paulo: Atlas,2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 41 ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Constituição Da República Federativa de Brasil*. 6 ed.Rio Janeiro: Lúmen Iuris. 2008.

ROSENVALD, Nelson. *Direito Das famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2008.

UCHOA CAVALCANTI, André Cleófas. *Família, dignidade e afeto*. p. 79. *Tese de doutorado*. PUC. São Paulo. 2007. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br//tde\\_busca/arquivo.php](http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php)>. Acesso em 20 fev. 2015.



## RESPONSABILIDADE CIVIL - O DEVER DE INFORMAÇÃO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E DA PUBLICIDADE

Beatriz do Espírito Santo Moraes

Graduada pela Universidade Candido Mendes e pós graduanda na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** Os princípios que regem as relações entre a Administração Pública e os administrados são constantemente trazidos às discussões acadêmicas, tanto por serem de grande serventia para explicar o sentido das normas, quanto para que haja aplicação prática do direito. Os deveres de transparência, de informar, por exemplo, foram alguns dos parâmetros abordados no presente artigo científico. Ademais, o interesse público e o privado foram trazidos à baila, a fim de que fosse abordada a responsabilidade civil nas hipóteses em que há dever de informar por parte do Estado.

**Palavras-Chave:** Direito Constitucional. Direito Administrativo. Princípios que regem a administração pública

**Sumário:** Introdução. 1. Dever de transparência 2. Dever de Informar 3. Interesse Público como norteador da transparência e do dever de informar 4. Responsabilidade Civil em decorrência do Dever de Informar. Conclusão. Referências

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa possui como justificativa o fato de que a ponderação de direitos fundamentais, principalmente os que tangem ao interesse público e ao dever de informar, deve ser realizada do modo mais coerente e que gere consequências menos drásticas possível aos envolvidos, visto que o interesse público pressupõe publicidade e o dever de informação aí se enquadra como vetor central.

A caracterização da responsabilidade civil em questões controvertidas que envolvem o interesse público e o dever de informar, na atual conjuntura sócio-política, em que se estabelecem as relações sociais no Brasil, está eivada dos mais diversos interesses possíveis, que vão muito além do público e privado, abrangendo também os interesses sociais, políticos, ideológicos, religiosos, ambientais, dentre outros.

A partir da redemocratização do país, diversos direitos foram tutelados pela Carta Magna, e isso se deu também no âmbito dos interesses públicos, impondo deveres de abstenção por parte do Estado, bem como deveres positivos de informar.

Justifica-se, outrossim, o presente trabalho, no fato de que a responsabilização civil encontra barreiras no interesse público e no dever de informar, mas não pode ser desprezada nos casos em que se verificar que a conduta teve nexos causais com o dano gerado, de modo que, quanto mais elementos a casuística oferecer, melhores condições o órgão julgador terá para decidir.

Para isso, necessário investigar em que consiste o dever de informar e qual a sua função, sob que parâmetros deve o julgador se pautar para determinar que alguma matéria é de interesse público; se uma ponderação de interesses pode ser realizada de modo abstrato – partindo-se de conceitos pré-estabelecidos - ou sempre levará em consideração o caso concreto; quais são os principais precedentes judiciais e em que situações prevaleceu o interesse público ou a responsabilização civil; se é possível a responsabilização civil em casos que envolvam o interesse público e o dever de informar.

Para responder a tais indagações, estabelecer-se-ão conexões entre o direito de informar, o interesse público e a responsabilidade civil, discutir sobre que aspectos deve se pautar o interesse público e detalhar e apresentar resenha das principais decisões judiciais que consagram a discussão existente acerca do dever de informar e do interesse público;

Por derradeiro, a pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, incluindo autores de vanguarda e casos concretos de repercussão nacional. O método utilizado será basicamente o empírico, com discussão de casos e análise de argumentos favoráveis e contrários à prevalência dos princípios estudados.



## 1- DEVER DE TRANSPARÊNCIA

Com a evolução dos meios de comunicação existentes, a informação passou a circular com muito mais rapidez do que em tempos remotos, sendo difundida de forma a chegar a um número de pessoas significativo em pouquíssimo tempo, o que a tornou alvo de curiosidade e descoberta em instantes.

Como corolário do princípio da informação, o princípio da transparência<sup>1</sup> se tornou fundamental para manutenção do Regime Democrático, até mesmo porque a Constituição de 1988 estabeleceu que o cidadão tem o direito de ser informado, nos termos do art. 5º, incisos XXXIII, XXXIV e LXXII, que assegura a todos o direito de dos órgãos públicos informações (dados) de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral.

Assim, a administração possui o claro dever de prestar informação adequada acerca dos atos que vier a praticar, sendo certo que o princípio da transparência encontra-se no bojo de vários, não menos importantes, princípios que garante aos administrados maior segurança e estabilidade com o modo como é gerido o dinheiro público.

Agindo com transparência, os órgãos da administração estarão preservando o interesse público, que deve se sobrepujar, em diversos casos, ao interesse pessoal dos administradores, dos integrantes da administração pública ou até mesmo dos administrados.

Tal sobrelevação do interesse público é tema bastante controvertido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, já que impõe a ponderação de diversos interesses outros, que se extraem do ordenamento jurídico e possuem tutela constitucional, muitas das vezes.

Importante, portanto, se faz a análise de alguns desses princípios. Tanto dos expressamente inseridos na Carta Magna, quanto os que dela se extraem através do texto

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 133.



expresso, quanto os assegurados no ordenamento jurídico que diz respeito ao tema, ora tratado.

### **1.1. Princípio da publicidade**

Consagrado no art. 37, *caput* da CRFB/88<sup>2</sup>, o princípio da publicidade rege a atuação da administração pública no exercício de suas funções precípuas – dentre as quais se inserem a gestão do orçamento público, regulamentação de atividades, dentre outras atividades -, com o objetivo primeiro de conferir eficácia aos atos da administração, que só a partir de então terão visibilidade e vinculação; e permitir o controle do ato pela população ou pelos órgãos públicos indispensáveis à tutela dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Para que surta os efeitos desejados pelo constituinte originário, a publicidade deve obedecer à forma prescrita em lei, ou seja, deve ser externalizada mediante publicação do ato no Diário Oficial e, por vezes, em jornal de grande circulação, sob pena de nulidade do ato praticado.

### **1.2. Princípio da Moralidade**

A conduta da administração pública deve se pautar sempre no princípio da moralidade – constitucionalmente previsto no art. 37, *caput*, CRFB -, a fim de que sobre as atividades exercidas pela administração pública não parem dúvidas ou considerações desfavoráveis, já que esta deve representar um parâmetro de conduta ideal a ser seguida pela sociedade.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.



Para que a moralidade da administração se mantenha sempre hígida, é fundamental que haja transparência no desempenho das atividades administrativas, sob pena de, desmoralizada, tornar-se ilegítima para o desempenho que dela se espera.

### 1.3. Princípio da Eficiência

Apesar de ter sido introduzido na Constituição da República pela Emenda Constitucional nº 19 em 4 (quatro) de junho de 1998 - 10 anos após a promulgação da Magna Carta em 1988 -, o princípio da eficiência denotou avanço significativo na prestação do serviço, albergando o fato de a administração pública ter o dever de prestar no tempo adequado o serviço adequando aos seus administrados.

Pode-se sintetizar tal princípio dizendo que a administração pública deve observar a relação entre os recursos empregados e os resultados obtidos para alcançar a eficiência que de suas ações se espera<sup>3</sup>. Concluindo, deve a administração empregar o menos número de recursos possível e alcançar os melhores resultados.

Tudo isso sem perder de vista a moralidade, a isonomia, a transparência, dentre outros princípios que devem reger sua atuação.

### 1.3. Motivação

Os atos administrativos necessitam de um motivo lícito para serem emanados pela administração e é através da motivação que tal motivo é externado, sendo corolário do princípio da moralidade, já que os administrados tem o direito de conhecer as razões que levaram à prática do ato emanado.

---

<sup>3</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p.161, 2005



Outrossim, a motivação de um ato vincula sua validade, de modo que tão-somente é válido o ato se a motivação for lícita (daí a adoção da teoria dos motivos determinantes por juristas como Diogo de Figueiredo<sup>4</sup> e Hely Lopes Meireles<sup>5</sup>).

## 2 – O DEVER DE INFORMAR

Diante da expressa previsão da Constituição da República em seu artigo 37, *caput*, são decorrência lógica do princípio da publicidade tanto o dever de transparência, quanto o dever de informar.

A relevância atribuída, pelo constituinte originário, ao dever de informar fez com que se impusesse ao Poder Executivo uma série de obrigações, sendo assegurados à população, de forma genérica: a liberdade de pensamento – no art. 5º, IV, CRFB -; a liberdade de comunicação e opinião – no art. 5º, IX, CRFB -; e o direito de ser informado e de informar (art. 5º, XIV e XXXIII, CRFB).

Assume, assim, enorme relevância no Estado Democrático de Direito o dever de informar por parte do Estado, sendo certo que, após o período ditatorial pelo qual passou o Brasil – recentemente -, acirrou-se a necessidade de prestação de contas por parte dos entes políticos, que, agora, passaram a ter deveres explícitos de informar para com a população.

Nesse ínterim, o princípio constitucional da publicidade importa, necessariamente, em um dever de informar a ser observado pelo Poder Público. Deve, assim, o Poder Público anunciar, nas palavras de José Cretella Júnior, aos quatro cantos suas decisões<sup>6</sup>.

Como consequências do dever de informar, surgem severas críticas à divulgação indiscriminada de informações, já que em contrapartida de tal dever, há que se assegurar o

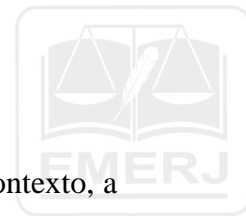
---

<sup>4</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004

<sup>6</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 65.





núcleo mínimo da intimidade e da vida privada. Assume papel fundamental, nesse contexto, a evolução das tecnologias de comunicação, que podem se prestar à divulgação ampla de informações de relevante interesse da população interessada.

Impõe-se um sopesamento entre a necessidade de divulgação das informações, mesmo com a exigência da transparência, sob pena de com os meios tecnológicos serem difundidas informações que não se coadunem com as funções administrativas e invadam esferas íntimas. Ademais, importante é a análise das proporções que as informações divulgadas irão gerar, inclusive, com relação à segurança dos servidores públicos, terceiros e ocupantes de cargos eletivos.

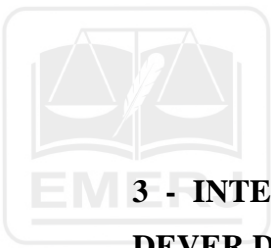
Tal dever, portanto, perpassa por questões de prestação de contas - que submetem, eventualmente, os Administradores Públicos a sanções na esfera administrativa, cível e até mesmo penal -, questões de probidade, moralidade, eficiência, dentre tantas outras a que devem se adequar no curso da gestão das verbas públicas e da ocupação de cargos públicos.

A informação, além disso, pode ser entendida não somente como a informação que deva ser trazida *ex officio* pela Administração Pública, mas também a informação que é requerida pelos administrados – no exercício do direito de petição, efetivamente, ou até mesmo por meios de comunicação que têm o intuito de esclarecer a população sobre a situação econômico-política da Administração Pública.

Convém destacar que o interesse público é consagrado como supremo pela doutrina<sup>7</sup> e jurisprudência, admitindo, no entanto, mitigações em prol de outros interesses (mecanismo da ponderação de interesses quando há colisão entre princípios), conforme será apresentado mais adiante no presente artigo.

---

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, pag. 66.



### **3 - INTERESSE PÚBLICO COMO NORTEADOR DA TRANSPARÊNCIA E DO DEVER DE INFORMAR**

O interesse público em sentido amplo possui estreita ligação com a necessidade de informar, sendo tal princípio corolário do dever de transparência. Desse modo, é fundamental saber os principais aspectos do interesse público e sua relevância para caracterizar situações em que se obriga o Poder Público a agir de modo transparente, tanto em suas relações com particulares – de modo genérico-, quanto nas relações com os demais entes federados.

Como é cediço, a Administração deve zelar pelo cumprimento dos princípios previstos no artigo 37, *caput* da CRFB, de modo que haverá diversas implicações quando ocorrerem violações por parte dos gestores públicos, servidores ou quaisquer pessoas que lidem com verbas públicas – vide entidades do “Sistema S”<sup>8</sup>.

Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho<sup>9</sup>, além de serem conferidos poderes aos administradores públicos, também há imposição de certos deveres, dentre os quais se destacam os deveres de probidade, de prestar contas e de eficiência. Nessa esteira, é de interesse nitidamente público que haja transparência e informação aos administrados.

Como mecanismos para concretizar a obediência dos deveres supra elencados, diversos estados, como é o caso do Rio Grande do Sul, já implantaram sistemas de gestão participativa. Essa é uma tentativa de democratizar o direcionamento de recursos pelos gestores de verbas públicas, bem como de aumentar a eficiência na prestação de serviços público fazendo uso de meio transparente.

Além de tal mecanismo, a transparência vem ganhando espaço - por envolver nitidamente questões referentes ao interesse público - nos meios de comunicação, tendo extrema visibilidade a publicação de notícias que envolvem finanças públicas, gestores

---

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 358-365

<sup>9</sup> *ibid*, 65-68.



públicos e o controle político da elegibilidade de membros do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Câmara de Vereadores, precipuamente.

Exemplo claro da adoção de medidas que objetivam ampliar a visibilidade de gastos com pessoal é a divulgação da remuneração de membros do Poder Judiciário, política esta que vem sendo adotada em diversos tribunais, inclusive na Suprema Corte do país, sendo livre a consulta através do portal eletrônico de tal Tribunal através do sítio: “<http://www.stf.jus.br/portal/remuneracao/pesquisarRemuneracao.asp>”<sup>10</sup>.

A transparência pública vai além do princípio da publicidade, já que não se satisfaz com a mera publicação de atos de gestão governamentais nos veículos oficiais de comunicação. Isso em razão do fato de dever ser mais completa e imbuída do dever informar e comunicar-se com a sociedade.

Verifica-se que dar transparência à gestão significa compartilhar e democratizar a gestão pública com os cidadãos, o que visa a uma maior rentabilidade e maior alcance da tomada de decisões, que se dará em consonância com a sociedade.

Para o alcance da transparência, diversos mecanismos são utilizados no auxílio de um melhor exercício da cidadania e controle social da Administração Pública, já que ao tornar-se transparente a gestão submete-se à crítica e ao exame da população e, por conseguinte, contribui para o fortalecimento do Estado democrático de direito ao controle social., já que aumenta o acompanhamento da execução orçamentária e financeira dos programas do governo.

Os entes públicos fazem uso de diversos mecanismos na busca de disponibilizar informações acerca das ações governamentais, receitas e despesas do Estado, Lei de Diretrizes Orçamentárias, Plano Plurianual, demonstrativos exigidos pela Lei de

---

<sup>10</sup> RIO. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/remuneracao/pesquisarRemuneracao.asp>> . Acesso em: 07 mai. 2015.



Responsabilidade Fiscal, Transferências de verbas de um ente para o outro, dentre outras de interesse da população.

#### **4 - RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DO DEVER DE INFORMAR**

Segundo a inteligência do art. 25 da Lei nº 12.527/2011, é dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando a sua proteção integral.

A partir do art. 32 da Lei 12.527/2011 trata das condutas que ensejam a responsabilidade civil de servidores da Administração Pública, trazendo rol de práticas que são vedadas e consideradas ilícitas. Nestas condutas se inclui a divulgação de informações ou imposição de sigilos para obtenção de vantagem pessoal.

Desse modo, resta evidente pela leitura dos dispositivos legais que, a despeito do dever de informar que possui o Estado *lato sensu*, há diversos limites que devem ser ponderados no momento da divulgação de informações, a fim de que não haja prejuízos aos que se submetem ao poderio estatal.

Caso emblemático e que gerou diversas discussões - antes de ser pacificado pelo Supremo Tribunal Federal – foi a divulgação da folha de pagamento com especificação de matrículas e até mesmo nome de servidores públicos<sup>11</sup>. Em sua decisão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o interesse público deve prevalecer sobre o individual<sup>12</sup>, ou seja, a divulgação de salários pode ser feita em detrimento da intimidade e vida privada do servidor público.

<sup>11</sup> VIDIGAL, Edson Travassos. *Congresso é responsável pela judicialização da política, afirma Barroso*. Disponível em: < <http://blog.jornalpequeno.com.br/edsontravassosvidigal/> >. Acesso em: 10 mai. 2015.

<sup>12</sup> Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-23/divulgar-salarios-servidores-legitimo-decide-supremo> >. Acesso em: 07 mai. 2013.



Como cerne da questão, abordou-se o fato de que os servidores públicos são objeto de despesa do Estado, de modo que a partir disso e com espeque no dever de prestar contas que o Estado possui para com o cidadão, é legítima a divulgação de valores referentes a cada servidor público.

Tal decisão demonstra uma tendência do Supremo Tribunal Federal de reconhecer o superior interesse público sobre o particular, mitigando-se princípios como o da intimidade, privacidade e até mesmo a segurança do particular que integra o serviço público.

Em épocas eleitorais, por exemplo, é comum a divulgação de nomes de candidatos que possuem “ficha criminal suja”<sup>13</sup> e que, mesmo assim, concorrem a cargos políticos, por não terem os processos a que respondem transitado em julgado ou obtido sentença condenatória por órgão colegiado ou em segundo grau de jurisdição.

Seguindo-se a linha de raciocínio do Supremo Tribunal Federal, pode-se dizer que a divulgação de tais listas possui caráter de interesse iminente público, o que faz com que seja preponderante a possibilidade de divulgação em detrimento da preservação da intimidade, honra, dentre outros direitos da personalidade das pessoas públicas que objetivam se candidatar a cargos ou mandatos eletivos.

Mais um exemplo de interesse público sobre o particular pode ser visto na hipótese de uso de cartões corporativos por funcionários do governo federal<sup>14</sup>. Em relação à publicidade, não resta dúvida alguma sobre a imperatividade da norma, diante do que estabelece o artigo 5º, inciso XXXIII: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

---

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-23/divulgar-salarios-servidores-legitimo-decide-supremo>>. Acesso em: 07 mai. 2013. <http://eleicoes2014.org/?reqp=1&reqr=nzcdYaEvLaE5pv5jLabho2H=>

<sup>14</sup> Disponível em < <http://www.professorgranjeiro.com.br/os-cartoes-corporativos-e-os-principios-da-administracao-publica/> > Acesso em 07 fev. 2015.



Não se afere nenhum motivo justificador de sigilo ou imprescindibilidade de sigilo na manutenção da segurança nacional da sociedade e do Estado em nenhuma das hipóteses acima elencadas, de modo que cabe a divulgação, mitigando-se a privacidade em detrimento do interesse de toda uma coletividade, e precipuamente do interesse público.

Ora, a sociedade possui interesse em obter diversas informações, principalmente no que se refere ao erário público e os gastos de verbas públicas, não podendo tais informações serem negadas a pretexto de assegurarem direitos de um ou alguns indivíduos.

## **CONCLUSÃO**

Diante dos recorrentes avanços dos meios de comunicação de massa, a Administração Pública vem tentando compatibilizar as diretrizes das políticas com a vontade da população e, para isso, percebe que é necessário estabelecer relações mais estreitas com a sociedade.

Os mecanismos de transparência de que a Administração Pública tem feito uso, entretanto, não se mostra sempre suficiente, e encontra obstáculos em princípios assegurados na Constituição da República, como os da privacidade, intimidade e até mesmo na segurança.

Em recentes decisões, os Tribunais Superiores - e em especial o Supremo Tribunal Federal - vêm reconhecendo a prevalência do princípio da supremacia do interesse público em detrimento de direitos individuais da personalidade, como se verificou em casos como o da divulgação de remunerações percebidas por servidores públicos em âmbito federal.

Com o presente estudo se pretendeu analisar as visões acerca da responsabilização dos entes estatais quando da implementação de políticas visando à transparência de sua gestão, bem como nos casos em que se impõe o dever de informar por órgãos da Administração Pública.

Verificou-se, entretanto, que não há um entendimento único, consolidado ou pacificado no que diz respeito à responsabilização civil dos entes, visto que a análise é



realizada de forma casuística, tendo em conta as peculiaridades do caso concreto. No entanto, há sinalização da adoção de entendimentos mais favoráveis à coletividade, quando colocada em xeque o interesse público e o privado.



## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p.161, 2005.

CARVALHO, Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* – Rio de Janeiro: ATLAS, 2014.

\_\_\_\_\_. Corregedoria Geral Da União. *Coletânea de acesso à informação*. Disponível em <[http://www.acessoainformacao.gov.br/lai-para-sic/sic-apoio-orientacoes/guias-e-orientacoes/coletanea-acesso\\_informacao-sem-logo.pdf](http://www.acessoainformacao.gov.br/lai-para-sic/sic-apoio-orientacoes/guias-e-orientacoes/coletanea-acesso_informacao-sem-logo.pdf)> Acesso em 18 abr. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Princípio da supremacia do interesse público*. São Paulo: Atlas, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; RESTELATTO DOTTI, Marinês. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

QUEIROZ, Rafael Augusto Sofiati. Discricionariedade e interesse público. *In: Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.





## ELEIÇÕES PARA A ESCOLHA DOS MEMBROS DO JUDICIÁRIO E O PERIGO DE SUA POLITIZAÇÃO

Bernardo de Oliveira Seara

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo:** Diante de diversos e recorrentes questionamentos sobre a legitimidade dos membros do Judiciário e de suas decisões, surge, com certa frequência, a proposta de eleição, direta e universal, para o ingresso na magistratura de primeiro grau, em detrimento ao atual sistema de concurso público de provas e títulos. Um argumento mais comum utilizado pelos defensores do modelo eleitoral é o fato de outros Estados Democráticos de Direito, em especial os Estados Unidos, adotarem tal modelo com êxito. O presente trabalho tem por objetivo verificar a possibilidade ou não de instauração desse sistema na realidade brasileira, passando pela análise da origem da legitimidade dos membros do Judiciário e de suas decisões, o processo de ingresso na magistratura em outros Estados Democráticos de Direito, a atual situação do sistema eleitoral no Brasil e, por fim, a função do Judiciário e a sua atuação.

**Palavras-Chave:** Constitucional. Soberania Popular. Separação de Poderes. Mandato Eletivo. Garantias dos Magistrados. Ativismo Judicial. Judicialização. Princípio Contramajoritário.

**Sumário:** Introdução. 1. Origem do Poder e a Legitimidade do Judiciário 2. Os Procedimentos para o Ingresso na Magistratura pelo Mundo. 3. Falência do Sistema Eleitoral no Brasil. 4. A Atual Necessidade de uma Efetiva Atuação do Judiciário. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema das eleições, por voto popular, direto e universal, para a escolha dos membros do Poder Judiciário. O objetivo principal e sua justificativa é, através da análise dos institutos envolvidos, concluir pela possibilidade ou não de implementação do referido sistema e suas consequências, tanto no ordenamento jurídico nacional quanto na sociedade brasileira.

É recorrente o questionamento sobre o papel social do Judiciário e sua estrutura. Diversos segmentos sociais, com destaque para os políticos de carreira, defendem a necessidade de eleições diretas para o cargo de Juiz de Direito.



Dois são os argumentos mais comumente utilizados. Primeiro a alegada falta de legitimidade das decisões do Judiciário, justamente por seus integrantes não serem escolhidos por voto popular e, portanto, em atendimento à soberania popular. Em segundo lugar, o suposto sucesso do sistema eleitoral do Judiciário ao redor do mundo, sendo os Estados Unidos o caso mais comumente relacionado.

Sendo assim, é necessário, em primeiro lugar, realizar uma análise da origem do poder (emanado do povo), passando por sua divisão tripartida e o sistema de freios e contrapesos, com o intuito de justificar a legitimidade deste Poder.

Quanto ao uso de tal sistema em outros Estados Democráticos de Direito, outros institutos, jurídicos ou não, já comprovaram que a importação por si só não resolve o problema da maneira como se propõe. Não há qualquer garantia de que aquilo que aparentemente funcione no exterior, venha a funcionar de igual forma no Brasil. A contra-indicação para a simples aplicação espelhada está justamente no fato de não serem respeitadas as singularidades da realidade brasileira, tanto jurídica quanto social. Ademais, como será visto, o modelo de eleições diretas para os membros do Judiciário também passa por um momento de contestações onde está em funcionamento.

Soma-se às críticas supracitadas o atual quadro de falência e crise da representatividade política no Brasil. Tal falência compreende tanto os mandatos eletivos, com os cidadãos não se sentindo mais representados pelos eleitos, quanto os partidos políticos, que não mais são capazes de unir os cidadãos em torno de suas ideologias, cada vez mais efêmeras e instáveis. Essa situação ficou evidenciada nas manifestações de junho de 2013, às vésperas da Copa das Confederações.

Por sua vez, o Judiciário brasileiro tem adotado uma postura proativa, regular e significativa, nas decisões tanto do Legislativo quanto do Executivo. Trata-se do ativismo judicial, consagrado no sistema de freios e contrapesos e essencial para corrigir os eventuais



erros, omissões e abusos dos demais poderes. Tal atuação justifica-se na garantia da função contramajoritária do Judiciário, em defesa do direito das minorias e no combate da "ditadura da maioria". Essa função é tão cara ao Judiciário que Gilmar Mendes chega a definir atuação do Judiciário como essencialmente contramajoritária.

Assim, será possível demonstrar que o voto universal e direto não é a forma mais indicada para o ingresso nos quadros do Poder Judiciário no Brasil, em razão de suas próprias consequências diante das particularidades brasileiras. Por outro lado, será possível concluir que o concurso público de prova e títulos, atualmente aplicado, continua sendo a melhor maneira para o ingresso na magistratura.

Para tanto, a presente pesquisa fará uso da metodologia do tipo bibliográfica, em especial das doutrinas brasileira e estrangeira. Também serão utilizadas referências legislativas, na tentativa de normatizar a matéria, bem como posições jurisprudenciais, no direito brasileiro e internacional, sobre os princípios constitucionais envolvidos.

## **1. ORIGEM DO PODER E A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO**

Conforme disposto em Constituição Federal de 1988, no parágrafo único de seu artigo 1º, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição”. Trata-se do denominado poder político, ou simplesmente poder, decorrente da soberania popular. É uno, indivisível e inalienável, porém exercido pelo Estado de três formas distintas, quais sejam, a edição de normas (atividade legislativa), a execução dessas normas (atividade administrativa) e a solução de conflitos (atividade jurisdicional).

Diante do rompimento com o modelo de Estado absolutista, da despersonalização do Estado e da ascensão de uma nova classe ao poder<sup>1</sup>, tornou-se necessária a descentralização de tais funções, sendo o poder subdividido em três, para que cada um exercesse cada atividade de forma típica, ou preponderante. Evitava-se, assim, a concentração de todo poder nas mãos de um único governante, como ocorria no modelo absolutista.

Nesse panorama o Poder Legislativo elabora as leis, o Poder Executivo as executa e o Judiciário, por sua vez, soluciona os eventuais conflitos decorrentes da aplicação dessas leis. Cumpre ressaltar ainda que os referidos poderes exercem também as demais funções, que não a sua típica, ainda que de forma subsidiária. É o chamado sistema de freios e contrapesos, ou *checks and balances*, onde um Poder fiscaliza a atuação do outro, mantendo a harmonia entre eles.

O artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil consagra a tripartição do poder, reforçando ainda a harmonia e independência entre os Poderes estabelecidos. Uadi Lammêgo Bullos<sup>2</sup> alerta que a independência dos poderes não obsta a cooperação entre eles quando a necessidade exigir, mas apenas garante àqueles legitimamente investidos na função pública o exercício de suas atribuições sem a ingerência de outros órgãos.

Estabelecidos os Poderes e suas características básicas, é possível diferenciá-los, dentre outras características, quanto à forma de ingresso, o que é de fato o objeto desse estudo.

De um lado há os Poderes Executivo e Legislativo, cujos membros são eleitos pelo voto direto e universal, sendo investidos no poder de forma temporária, através de mandatos eletivos (em regra de 04 anos). Trata-se de indicação direta do titular do poder político,

---

<sup>1</sup> A ruptura com o Estado Absolutista tem como marco histórico a Revolução Francesa, iniciada em junho de 1789. A insatisfação popular com o governo do monarca Luís XVI aliada ao pensamento e ideais iluministas provocou o rompimento com o modelo absolutista, favorecendo a ascensão de uma nova classe ao poder: a burguesia.

<sup>2</sup> BULLOS *apud* BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 2. ed. Niterói. RJ: Impetus, 2011, p. 276.



notadamente o povo, para o exercício de funções que possuem um alto grau de discricionariedade.

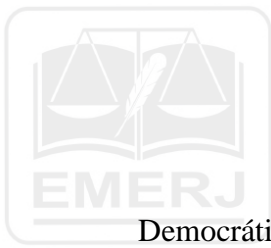
Do outro lado encontra-se o Poder Judiciário. Em que pese haver a possibilidade de se estabelecer a eleição, optou o legislador constituinte por estabelecer o ingresso na magistratura mediante concurso público, nos termos do artigo 93, I da Constituição Federal. Também de acordo com a vontade do constituinte, a escolha dos ministros das Cortes Superiores também se dá por critérios alheios a participação popular, tanto no Supremo Tribunal Federal (artigo 101, parágrafo único da CRFB/1988) quanto no Superior Tribunal de Justiça (artigo 104, parágrafo único da CRFB/1988).

Diante da previsão constitucional, não se sustenta a alegação de ausência de legitimidade do Judiciário em razão da não participação popular na escolha de seus membros. Infere-se da simples previsão constitucional a sua legitimidade, ainda que atribuída de forma indireta.

Explica-se, o legislador, constituinte ou ordinário, exerce indiretamente a vontade do povo no momento de sua atuação, ou seja, na edição de normas, constitucionais ou não. Portanto, as normas constitucionais, ainda que indiretamente, traduzem a manifestação da vontade popular.

Nesse mesmo sentido, percebe-se um cuidado do legislador ao excluir a participação direta do povo, titular do direito político, somente na escolha dos membros do Judiciário, posto que esses serão os responsáveis por resguardar os direitos das minorias e apurar eventuais abusos daqueles escolhidos pelo voto.

Tal escolha fortalece a independência do Judiciário, justamente em razão dessa particularidade, separando a política do direito, no plano da sua aplicação, e possibilitando que sejam tomadas medidas de caráter impopular, mas vitais para a conservação do Estado



Democrático de Direito. Prestigia-se ainda a atividade técnica exercida pelos membros do Judiciário, que deve ter sua atuação pautada sempre pela lei e suas interpretações.

Nesse sentido, André Tavares e Celso Ribeiro Barros<sup>3</sup> lecionam que não se deve estabelecer graus entre as legitimidades constitucionalmente conferidas:

Pode-se precisar a participação no poder, essencialmente, em três níveis: a participação na escolha dos detentores do poder produz a legitimidade originária; a participação no exercício do poder garante a legitimidade corrente; a participação na destinação e no controle dos resultados do poder assegura a legitimidade finalística. Não há, portanto, prevalência de nenhuma das modalidades no processo, como não deve haver prevalência de participação em nenhuma das suas fases: é tão importante a escolha de um representante legítimo como uma tomada de decisão legítima, como, ainda, a correção de uma decisão ilegítima

Sendo assim, pelo exposto, não há que se questionar a legitimidade dos membros do Judiciário, bem como a legitimidade própria de suas decisões, em razão de seu ingresso na Magistratura por concurso público, e não por eleição direta.

## **2. OS PROCEDIMENTOS PARA O INGRESSO NA MAGISTRATURA PELO MUNDO**

É comum a utilização do modelo norte-americano de ingresso na magistratura como contraponto ao concurso público praticado no Brasil.. Os Estados Unidos possuem basicamente dois sistemas para a escolha de juízes: a nomeação por autoridades do Executivo e a eleição por voto direto e universal. Os dois sistemas apresentam graves falhas, merecendo críticas e descreditando a atuação dos tribunais perante a opinião pública norte-americana.

Não há dúvida de que a nomeação direta pelo Executivo é o processo mais antidemocrático entre os possíveis, justificando-se simplesmente pelo seu custo (não oneroso)

---

<sup>3</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As Tendências de Direito Público: no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.418.



e sua rapidez. Ele mina a independência do Judiciário, politizando-o e colocando-o a mercê dos interesses daquela autoridade responsável pela nomeação de seus membros, notadamente o chefe do Executivo correspondente.

Por sua vez, a eleição direta encontra-se em desuso no mundo devido a seus problemas inerentes. Entre eles destacam-se a sujeição do magistrado às pressões do eleitorado, a necessidade de popularidade para se eleger, em detrimento da capacidade técnica, os altos gastos das campanhas eleitorais e a impossibilidade de se garantir que serão escolhidos os concorrentes mais bem preparados.

Outro grave problema é a exigência de filiação partidária dos candidatos, observada em determinados Estados norte-americanos, restando óbvio que as decisões dos futuros magistrados serão tomadas de acordo com o interesse partidário.

Soma-se a isso o alto custo das campanhas eleitorais<sup>4</sup> - não só para magistratura - e a consequente necessidade de obtenção de financiamento junto a grandes empresários e corporações, ou até mesmo bancas de advocacia. O interesse desses é evidente, posto que seria uma oportunidade de ter a “justiça” a seu favor.

Em contrapartida, diversos países da Europa têm a nomeação dos juízes diretamente ligada ao mérito, individual, do candidato, normalmente por concurso público, seguida por uma formação inicial junto às respectivas Escolas de Magistratura. Esse modelo permite que o Estado, além de escolher o candidato mais bem preparado, influencie diretamente na sua formação como magistrado, preparando-o para o importante papel social que ele irá desempenhar. É o caso de Portugal, Espanha e França.

---

<sup>4</sup> No caso brasileiro, atingiram a marca de R\$ 5 bilhões em 2014. Vide BURGARELLI, Rodrigo. O Estado de São Paulo. Campanhas gastaram R\$ 5 bilhões em 2014. Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,campanhas-gastaram-r-5-bilhoes-em-2014-imp-,1600362>>. Acesso em: 25 abr. 2015



A Alemanha, por sua vez, não conta com concurso ou eleições para o ingresso na magistratura: são levadas em conta as notas obtidas na faculdade de direito para a nomeação, ou seja, novamente prestigiando-se o mérito do candidato.

Portanto, é possível notar uma tendência mundial em se avaliar o mérito individual do candidato ao cargo de magistrado. As peculiaridades da função judicante necessitam de um rigor técnico mais elevado que não pode ficar a mercê de conveniências políticas ou esquemas partidários, devendo inclusive, quando necessário, enfrentar a vontade da maioria para garantir o direito das minorias. Assim, nada mais lógico que seja exigido do candidato uma maior preparação para o desempenho de tal função.

O concurso público se mostra o meio mais eficaz de se avaliar a capacidade do candidato, além de eliminar eventuais influências políticas nas nomeações ou eleições. O modelo de concurso público quando seguido de formação específica, na respectiva Escola de Magistratura, ainda é capaz de suprir eventual falta de experiência dos bacharéis.

### **3. FALÊNCIA DO SISTEMA ELEITORAL NO BRASIL**

Conforme visto acima, não é aconselhável a eleição direta para o ingresso na magistratura pelas próprias características da função a ser exercida. Porém, no quadro brasileiro a situação é ainda mais grave. É evidente a crise da democracia representativa que atravessamos, sendo a mesma refletida nas diversas manifestações populares que temos presenciado – cada vez mais constantes.

Nesse cenário é possível se atestar a atual falência do sistema representativo brasileiro, não por uma falha do sistema em si, que traduz corretamente a ideia de democracia, mas pelo total descrédito da sociedade em seus integrantes.

Os partidos políticos, considerados a peça mais importante desse cenário, estão cada vez mais sem identidade política, sem ideologia. A impressão que se tem é de que os partidos,





nos presentes moldes, estão a serviço dos interesses particulares de seus integrantes e em detrimento ao bem-estar social. Políticas públicas são deixadas de lado sob o pretexto de se controlar a economia, enquanto presenciamos um aumento progressivo da verba destinada ao fundo partidário e dos salários no executivo e legislativo<sup>5</sup>.

Como se isso não bastasse, observa-se uma crescente dificuldade de se reunir pessoas em torno de uma ideologia política, seja ela qual for. Assim, os partidos tendem a se lançar na defesa de diversos pensamentos, buscando cativar um maior número de eleitores. Essa situação tende a tornar ainda mais tênue a separação entre os partidos da situação e da oposição, dificultando a escolha do eleitor no momento do voto. Trata-se de um movimento de duplo sentido que tende a aproximar os partidos, entre si, e afastá-los do contato com seus eleitores.

Assim, as pessoas se aproximam em torno de suas próprias reivindicações, que longe de serem unânimes, demonstram um descontentamento comum e geral dos cidadãos com seus governantes, bem como com o quadro político atual e a perspectiva do futuro. Além de evidenciar a falha dos partidos políticos em cumprirem seu papel.

Do outro lado dessa moeda encontram-se os mandatos eletivos. Além dos reflexos diretos da crise na representatividade partidária, os mandatários, com raras exceções, não mais se mostram aptos a representar propriamente aqueles que o elegeram. Causa certa perplexidade que os candidatos que obtiveram a maioria nas urnas na última eleição apresentem índices baixíssimos de aprovação, com menos de seis meses de efetivo exercício do mandato e há menos de um ano da vitória eleitoral. Como justificar uma mudança tão brusca na “voz do povo”?

---

<sup>5</sup> *DILMA sanciona Orçamento com R\$ 868 milhões para partidos políticos*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/04/dilma-sanciona-orcamento-com-r-867-milhoes-para-partidos-politicos.html>>. Acesso em: 25 abr. 2015



A ausência de uma ideologia política que seja capaz de pautar o comportamento do mandatário, conforme dito acima, é somada às cada vez mais constantes notícias de corrupção e desvio de verbas públicas, aumentando a descrença da população no quadro político brasileiro<sup>6</sup>.

Não bastasse a desconfiança da população, os políticos e seus partidos omitem-se da apreciação de questões essenciais à convivência social, em constante mutação. Preferem deixar a ingrata função de “desagradar o povo” para Judiciário, obrigado a agir dentre dos ditames da Constituição e da lei. Evitam assim seu desgaste político, bem com a perda de votos ao defender posições polêmicas, que muitas vezes não condizem com a opinião pública, ou seja, a vontade da maioria.

Dessa forma, os cidadãos se encontram forçados a buscar novas formas de participação política e de representação popular.

Uma dessas formas são as manifestações populares, como a que pretendia impedir o aumento de R\$ 0,20 (vinte centavos) nas passagens de ônibus. Nas manifestações era possível ver o nítido interesse da população em influir nas decisões políticas de maneira direta e concreta, demonstrando todo o seu descontentamento. O poder de reivindicação popular ficou evidenciado, e mostrou toda sua força, depois que os governantes acataram a vontade popular, impedindo o aumento<sup>7</sup>.

Outra forma de participação consiste em recorrer ao Judiciário para suprir omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, efetivando direitos garantidos por lei e regulamentando aqueles ainda não implementados.

---

<sup>6</sup> O escândalo mais recente, ainda em fase de apuração de sua extensão, é a Operação Lava-Jato, da Polícia Federal, que foi capaz de revelar, até o momento, um esquema de corrupção envolvendo quase todos os níveis do governo brasileiro.

<sup>7</sup> Ainda que tempos depois o aumento tenha ocorrido, em escala ainda maior, para compensar as perdas no período em que foi impedido. O aumento posterior deixa ainda mais evidente o afastamento entre eleitores e eleitos.



#### 4. A ATUAL NECESSIDADE DE UMA EFETIVA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

É inegável que o cenário político brasileiro, em razão da distância entre população e políticos acima demonstrada, apresenta-se suscetível a uma atuação mais ativa do Judiciário, por óbvio, sempre dentro dos limites legais.

Notadamente, a descrença da população com a classe política e a preferência dos agentes políticos do Legislativo e Executivo para que o Judiciário aprecie as questões de maiores polêmica e impopularidade, a fim de evitar seu desgaste político nas urnas, são as principais causas dessa necessária atitude pró-ativa, através da judicialização e do ativismo judicial. Estes conceitos são muito parecidos em suas essências, traduzindo justamente essa necessidade de atuação do Judiciário.

O ativismo judicial consiste na participação do Judiciário para a concretização dos valores e fins constitucionais, assegurando direitos e garantias fundamentais, através de uma efetiva interferência no espaço de atuação dos demais poderes. Procura extrair o máximo do texto constitucional, com o intuito de atender o maior número de demandas sociais.

Esse ativismo judicial, aliado a já demonstrada inércia dos políticos em avaliar questões de relevante interesse social, abre caminho para a judicialização de tais questões. Trata-se de uma transferência do poder decisório das instituições políticas originárias para o Judiciário, para resolver as questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, amparada pela constitucionalização do direito privado. É uma necessidade de dar uma regulamentação ao que já se encontra previsto ou, ainda pior, alterar posições do Estado diante de novas configurações sociais<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Recentemente foram julgados os emblemáticos casos do aborto de feto anencéfalo (ADPF 54/DF) e do reconhecimento da união homoafetiva (ADI 4277/DF).



Em tempo, cumpre destacar um alerta a respeito de eventuais abusos do ativismo judicial, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>9</sup>:

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Tanto para judicialização quanto para o ativismo judicial, é fundamental que o Poder Judiciário demonstre uma posição institucional forte e consolidada, na figura dos tribunais e juízes, ratificando a independência dos demais poderes, tanto no aspecto funcional quanto na esfera administrativa. Estaria o Judiciário vinculado estritamente ao direito e ao sistema jurídico nacional, devendo obediência apenas às leis.

A independência do Judiciário, frente aos demais poderes, se apresenta como elemento essencial para as democracias modernas, na medida em que torna possível a separação da política e do direito, especialmente no tocante à sua aplicação. Consubstancia-se nas garantias institucionais, em especial autonomia administrativa e financeira, e nas funcionais, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Ainda primando pela separação entre política e direito, o sistema de seleção de magistrados de primeiro grau também torna-se uma preocupação, na medida em que o recrutamento tem interferência direta no livre e independente exercício da função jurisdicional.

Como regra geral, a investidura e a ascensão na carreira da magistratura se dão por critérios técnicos, notadamente o concurso público, ou por avaliações *interna corporis*. Nos raros casos em que há participação política na nomeação de magistrados, no âmbito dos

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2015



tribunais, a mesma se esgota após a posse, pois a permanência vitalícia do magistrado no cargo já não dependerá de qualquer novo juízo político ou interferência externa.

Todavia, é inegável que quanto mais afastado da esfera política está o magistrado, mais assegurada está sua independência e, conseqüentemente, sua imparcialidade na apreciação das mais diversas causas.

Além da já exaustivamente citada independência funcional, é exigido do magistrado uma formação mais rica, compreendendo conhecimentos em diversas áreas, se mostrando insuficiente o mero conhecimento técnico-jurídico, de subsunção da norma ao fato. É exigido um juiz melhor “preparado”, diante da própria complexidade das causas a serem por ele enfrentadas.

O Ministro Luís Roberto Barroso<sup>10</sup> estabelece com precisão a complexidade que atualmente envolve a atuação jurisdicional:

[...] A autonomia e especificidade do universo jurídico, por sua vez, consistem em um conjunto de doutrinas, categorias e princípios próprios, manejados por juristas em geral – aí incluídos juízes, advogados, membros do Ministério Público e demais participantes do processo jurídico e judicial – que não se confundem com os da política. Trata-se de um discurso e de um código de relação diferenciados. Julgar é distinto de legislar e de administrar. Juízes não criam o direito nem definem as ações administrativas. Seu papel é aplicar a Constituição e as leis, valendo-se de um conjunto de institutos consolidados de longa data, sendo que a jurisprudência desempenha, crescentemente, um papel limitador dessa atuação, pela vinculação aos precedentes. Direito e política, nessa visão, constituem mundos apartados.

Dessa maneira, entende-se que a devida formação do magistrado é tão fundamental quanto a sua independência funcional. É inegável que a melhor maneira de aferir a existência e o grau dessa capacidade é a avaliação meritória de cada candidato no momento de ingresso na magistratura.

---

<sup>10</sup> Idem. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*.

Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2015



Somente uma instituição forte o suficiente, em razão da autonomia e independência, e devidamente capacitada poderá tomar decisões que, ainda que contrariem a vontade popular, possam garantir o governo pautado na vontade das leis em detrimento ao governo da vontade dos homens.

Em outras palavras, significa dizer que a atuação do judiciário se pauta na defesa dos valores e princípios trazidos pela constituição, de caráter permanente, ainda que estes se contraponham à vontade de uma maioria, normalmente de caráter transitório e passageiro.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso<sup>11</sup> ensina sobre o atual papel do Judiciário:

[...] o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

Dessa forma, o Judiciário é capaz de exercer a função jurisdicional, essencialmente contramajoritária, no sentido de garantir e dar efetividade aos direitos, em especial das minorias, estabelecidos pelo legislador, constituinte ou não.

## CONCLUSÃO

Em primeiro lugar, há que se reconhecer a legitimidade do Judiciário, em razão da sua origem no próprio poder político, emanado do povo. O próprio legislador constitucional, no exercício da vontade popular, decidiu excluir a participação do povo no processo de escolha dos membros do Judiciário, justamente em razão da função por ele exercida,

---

<sup>11</sup> BARROSO, op. cit., p. 19.



notadamente de respeito às leis em detrimento aos anseios transitórios de uma minoria. Consignou-se ainda a inexistência de graus entre as legitimidades constitucionalmente atribuídas.

Em seguida, foram apresentados os procedimentos de ingresso na magistratura em diversos Estados pelo mundo, com especial enfoque aos Estados Unidos. Ainda muito elogiado pelos defensores do sistema eleitoral, o modelo norte-americano tem sido alvo de críticas, especialmente com a relação à sujeição do magistrado às pressões de seu eleitorado e de seus financiadores de campanha e à falta de garantia de que estão sendo selecionados os candidatos mais bem preparados para o desempenho da complexa atividade jurisdicional.

Passando à análise do sistema eleitoral vigente no cenário brasileiro, verificou a crise de representatividade que se vivencia no Brasil. A falência dos mandatos eletivos, pela falta de representatividade das aspirações sociais, e dos partidos políticos, que não mais são capazes de apresentar uma diretriz ideológica firme, leva a população a dois caminhos: às manifestações populares e ao Judiciário, na esperança de que ele resolve as questões das quais os políticos se esquivando, temendo a perda de votos.

Por fim, restou demonstrado que essa tendência de procura da popular pelo Judiciário acarreta na necessidade de uma postura mais ativa do mesmo. Tratam-se dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, que podem ser traduzidos como uma atitude ativa do judiciário na concretização de direitos e garantias constitucional e legalmente previstos. Destacou-se que tal postura deve respeitar os limites legalmente estabelecidos, coibindo-se eventuais abusos.

Ressaltou-se ainda que, para adotar tal postura, é necessário que o Judiciário apresente a devida capacidade técnica e a necessária independência funcional, sendo o concurso público para o ingresso na magistratura a forma mais eficiente para atingi-las.



Por todo o exposto, é forçoso concluir que o concurso público de provas e títulos continua a ser o meio mais indicado para a escolha de novos magistrados, na medida em que, ao avaliar o mérito individual de cada candidato, estará selecionando, ao menos em tese, os mais bem preparados para o exercício da função jurisdicional, essencialmente técnica, garantindo sua independência funcional.

## REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *A Dificuldade Contramajoritária – Versões Tradicional e Literal*. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6b4017c4c626882a>>. Acesso em: 27 abr. 2015

BANDEIRA, Regina Maria Groba. *Seleção dos Magistrados no Direito Pátrio e Comparado*. Viabilidade legislativa de eleição direta dos membros do Supremo. Fevereiro, 2002. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema6/pdf/200366.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2015

BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 2. ed. Niterói. RJ: Impetus, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As Tendências de Direito Público – No limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2015

\_\_\_\_\_. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2015

\_\_\_\_\_; MENDONÇA, Eduardo. *STF Entre Seus Papéis Contramajoritário e Representativo*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 25 abr. 2015

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015

\_\_\_\_\_. PEC 526, de 23 de março de 2006. *Altera os arts. 2º, 93 e 95 da Constituição Federal, para determinar que os membros dos três Poderes serão eleitos pelo voto direto, secreto, universal e*





periódico.

Disponível

em

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=318499>>. Acesso em: 27 de abr. 2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+54%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9mcpfe>>. Acesso em: 27 abr. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu>>. Acesso em: 27 abr. 2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4650/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4650%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/csftfk4>>. Acesso em: 27 abr. 2015

BURGARELLI, Rodrigo. O Estado de São Paulo. *Campanhas gastaram R\$ 5 bilhões em 2014*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,campanhas-gastaram-r-5-bilhoes-em-2014-imp-,1600362>>. Acesso em: 25 de abr. 2015

CONSENTINO, Marcelo Casseb. Revista de Informação Legislativa, v. 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012. *Ativismo Judicial – Proposta para uma discussão conceitual*. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496562>>. Acesso em: 25 abr. 2015

DILMA *sanciona Orçamento com R\$ 868 milhões para partidos políticos*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/04/dilma-sanciona-orcamento-com-r-867-milhoes-para-partidos-politicos.html>>. Acesso em: 25 abr. 2015

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011

PASSOS, Daniela Veloso Souza; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. *Concurso Público para ingresso na Magistratura: Revisando o Sistema de Seleção de Juizes brasileiros na contemporaneidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b7f520a55897b35e>>. Acesso em: 27 abr. 2015



## PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA X SENTENÇA MIDIÁTICA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Bruna Jaqueline Salomon

Graduada pela faculdade de direito Católica de Santa Catarina – Campus Jaraguá do Sul. Advogada. Pós-graduanda na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – Emerj.

**Resumo:** O princípio da presunção da inocência garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença. Todavia, na prática, ante o direito de liberdade de imprensa nem sempre aquele princípio é observado, expondo de maneira excessiva a vida do réu nos meios de comunicação. A essência do trabalho é abordar a influência que a mídia exerce sobre as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri e apontar o que pode ser feito para evitar sentenças midiáticas em prejuízo ao direito de liberdade do réu, bem como ao devido processo legal.

**Palavras-chave:** Direito Processual penal. Princípio da presunção da inocência. Tribunal do Júri. Sentença Midiática.

**Sumário:** Introdução. 1. O princípio da presunção da inocência e sua relação com a mídia. 2. A influência exercida pela mídia nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. 3. Princípio da presunção da inocência x Liberdade de imprensa. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Segundo o princípio da presunção da inocência, ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença. Em que pese esteja expresso na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII), bem como em inúmeros tratados internacionais, possui sua aplicabilidade prejudicada em decorrência do envolvimento excessivo da mídia no fato criminoso e no próprio processo judicial.

Essa circunstância se agrava ainda mais nos casos dos crimes julgados perante o Tribunal do Júri, o qual é composto por juízes leigos - pessoas do povo - as quais sofrem, inevitavelmente, influência dos meios midiáticos.

Em virtude disso, o trabalho enfoca a temática da violação ao princípio da presunção da inocência nos casos em que a mídia acaba se excedendo na veiculação de notícias, muitas



vezes manifestando opiniões ou até mesmo reconstituindo as cenas do crime, sem, contudo, haver o devido processo legal. Não há dúvidas que tais fatos influenciam diretamente na convicção dos jurados e prejudicam diretamente a defesa do réu, o qual acaba, muitas vezes, entrando em plenário condenado antecipadamente pela mídia.

## **1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM A MÍDIA**

O princípio da presunção da inocência, também conhecido como da não culpabilidade, foi erigido no ordenamento pátrio como um direito fundamental do cidadão, estabelecendo o art. 5º, LVII da CRFB/88<sup>1</sup> que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença”.

Além da previsão constitucional, o princípio encontra respaldo em inúmeros tratados internacionais, como por exemplo, no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789<sup>2</sup>, bem como na primeira parte do item 2 do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica<sup>3</sup>.

Para Marco Antônio Marques da Silva<sup>4</sup>, o princípio da presunção da inocência possui três significados diversos: 1) estabelecer garantias para o acusado tendo em vista o poder de punir do estado; 2) proteger o réu durante o processo penal, sendo considerado presumidamente inocente; e por fim, 3) seria uma regra dirigida ao juiz da sentença penal, o

<sup>1</sup>BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10. out. 2014.

<sup>2</sup>Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 10. out. 2014

<sup>3</sup>Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 10. out. 2014

<sup>4</sup>DA SILVA, *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014, p. 49



qual deve verificar se a acusação provou os fatos imputados ao réu, caso contrário este deverá ser absolvido.

Sobre o tema, afirma Ferrajoli<sup>5</sup>, que o princípio da presunção da inocência decorre da jurisdicionalidade, pois, somente através da jurisdição, com o devido processo legal, é que se torna possível realizar provas em face do réu, capazes de embasar uma condenação. Tal princípio seria fruto de uma visão garantista, que, conforme ditado popular “melhor um culpado solto do que um inocente preso”. Trata-se, pois, de verdadeira proteção ao indivíduo contra eventuais excessos do Estado.

Assim, todos que venham a cometer um crime, independentemente de sua gravidade, devem ser considerados presumidamente inocentes, até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Suannes<sup>6</sup> esclarece que:

Nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos [...] Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia [...] O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem nem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer seja o crime que lhe é imputato.

Ou seja, o princípio da presunção da inocência deve ser respeitado tanto na relação endoprocessual, quanto extraprocessual.

A relação endoprocessual diz respeito ao tratamento dado ao réu pelo magistrado, o qual deve agir de forma imparcial, vedando-se o juiz inquisidor, sendo que a carga da prova compete inteiramente ao promotor de justiça. Havendo dúvida quanto à culpabilidade, inexorável será a sua absolvição.

---

<sup>5</sup> FERRAJOLI, *apud* LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 227.

<sup>6</sup> SUANNES, *apud* LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 229.



Por sua vez, no que tange a relação extraprocessual, tem-se o tratamento dado pela sociedade ao acusado devido às notícias que são veiculadas na mídia, muitas vezes de forma abusiva. Tal exposição excessiva, além de violar o princípio da presunção da inocência e expor indevidamente a imagem, dignidade e privacidade do acusado, enseja certa comoção na sociedade, que acaba por pressionar as autoridades em busca de “justiça”.

Assim, em que pese estar expresso na Constituição Federal de 1988, bem como em inúmeros tratados internacionais, o princípio da presunção da inocência tem sua aplicabilidade prejudicada em decorrência do envolvimento excessivo da mídia no fato criminoso e no próprio processo judicial.

Infelizmente existem inúmeros casos no Brasil em que a mídia, de forma totalmente abusiva e sensacionalista, acaba por realizar pré-julgamentos abusivos. Como exemplo, cita-se o caso Isabella Nardoni, que ocorreu em 29 de março de 2008, no qual a menina, com então 5 anos de idade, foi arremessada da janela do sexto andar do edifício onde morava seu pai e sua madrasta, Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá, respectivamente.

Na época, o caso gerou grande repercussão nacional, sendo que a mídia realizou a cobertura completa dos fatos diretamente do local do crime. Esse excesso de publicidade ocasionou o pré-julgamento do casal investigado, estimulando sentimentos de ódio e vingança na população. Não há dúvidas que o caso foi chocante, especialmente pela hediondez. Todavia, a fase de inquérito policial não poderia jamais virar um espetáculo midiático. Pelo contrário, as investigações criminais devem ocorrer da forma mais cautelosa e discreta possível, evitando-se pré-julgamentos, uma vez que ao final do processo os acusados podem ser considerados inocentes, seja pelas provas produzidas nos autos, ou então, no caso de existência de dúvida razoável, pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Nesse caso, o pai e madrasta foram condenados há 31 anos, 1 mês e 10 dias e a 26 anos e 8 meses de reclusão, respectivamente.



Indaga-se: caso o casal fosse absolvido ao final do processo, será que a sociedade aceitaria tal decisão? Será que os réus poderiam retomar a sua vida da mesma forma como levavam antes dos fatos? Certamente que não. Na época a mídia forneceu todos os dados sobre o casal, onde moravam, profissão, nome dos pais. Dificilmente conseguiriam ser perdoados pela população.

Recentemente houve o caso do menino Bernardo<sup>7</sup>, tão lamentável quanto, no qual novamente a mídia extrapolou todos os limites do devido processo legal. O julgamento do caso ainda não ocorreu, porém, os telejornais já apresentaram à sociedade diversas provas do caso, como por exemplo, escutas telefônicas, imagens de câmera de segurança e celular. Ou seja, independentemente do desfecho final do processo, os réus já foram condenados pela sociedade.

Em 1994, a atuação excessiva e sensacionalista da mídia ocasionou uma grande injustiça, conhecida como o caso da “Escola Base” em São Paulo. Na época, houve a divulgação na mídia de uma denúncia de abuso sexual praticado em crianças que frequentavam a escola. No dia seguinte o estabelecimento apareceu completamente depredado, sendo necessário cessar suas atividades. Posteriormente a denúncia se mostrou infundada, e os dirigentes da escola absolvidos. Todavia, o estabelecimento nunca mais conseguiu se restabelecer, tendo destruída a sua honra, vida social e patrimônio.

Não há dúvidas de que a mídia exerce um grande papel em nossa sociedade, porém, não deve extrapolar seus limites e com isso prejudicar os direitos fundamentais do réu, como a sua presunção de inocência. Referido princípio busca evitar injustiças, como a que ocorreu no caso da escola Base.

---

<sup>7</sup> Crime de homicídio ocorrido em abril de 2014 na cidade de Três Passos no Rio Grande do Sul contra o menor Bernardo Boldrini, sendo que o pai e madrasta do menino são os principais suspeitos. Segundo as investigações, a criança teria morrido em virtude de uma injeção letal.



## 2. A INFLUÊNCIA EXERCIDA PELA MÍDIA NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI

Não há dúvidas de que o mundo contemporâneo é instantâneo, no qual informações são passadas rapidamente através de rádio, *smartphones*, internet, televisão, *tablets*. As pessoas têm sede de notícias, e quanto mais detalhadas elas forem, melhor. Dentre essas notícias, o ser humano tem preferência para as que envolvem a desgraça alheia, como casos de assassinato, violência, roubo, prisões, assaltos, seqüestros. Infelizmente parece que isso é algo inerente ao ser humano.

Assim, surge o jornalismo policialesco, que, segundo Lira<sup>8</sup>, acaba transmitindo informações selecionadas, deglutidas e direcionadas, visando, sempre a, transmitir apenas matérias que interessam aos grandes grupos de pressão que financiam as empresas midiáticas. Segundo o autor, essa programação de imagens direcionaria as preocupações sociais para matérias em posição diametralmente oposta aos assuntos de interesse dos grupos de pressão, como a corrupção, por exemplo.

Ora, sabe-se que, em se tratando de escândalos políticos, o povo brasileiro possui memória curta, mas qualquer um, por mais humilde que seja, se lembrará de casos como da Suzane Richthofen, casal Nardoni ou mais recentemente do menino Bernardo. O motivo? Os casos foram escancarados nos telejornais, mostrando cenas dos crimes, vida das vítimas e acusados, mídia do interrogatório em delegacia, bem como realizando reconstituição dos fatos.

A questão central do presente artigo não é discutir a culpa ou não dos réus citados acima, mas sim demonstrar a disparidade de armas entre o acusado e a imprensa

---

<sup>8</sup> LIRA, Rafael de Souza. *Mídia sensacionalista: o segredo de justiça como regra*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 03



sensacionalista, o que na maioria das vezes ocasiona violação de direitos constitucionais e influencia diretamente na decisão dos jurados em plenário.

Desta feita, é incontestável o fato de que a mídia seleciona os casos que serão expostos aos telespectadores, conforme o seu grau de interesse e maior audiência possível. Quantas crianças ou pais são assassinados pelo Brasil afora, mas apenas alguns casos ganham repercussão nacional? Para a imprensa, quanto mais violento o crime, mais fascinante o caso será, sendo, portanto, os preferidos. Ao transmitir tantos detalhes do crime é certo que estará influenciando na opinião do seu público.

Essa busca insana por audiência acaba deturpando a capacidade das pessoas de refletirem sobre os fatos em plenário, pois já possuem um veredicto imposto pela mídia. Pouco importa o que será alegado pela defesa, por mais frágeis ou ilícitas que as provas de acusação sejam, o futuro do réu já está traçado: condenação, e na maioria das vezes, em pena máxima.

Infelizmente muitas vezes, além de os jurados serem manipulados pela mídia, os próprios magistrados acabam sofrendo pressão e se sentem obrigados, pelo clamor popular, a tomar medidas e decisões que em casos normais, sem influência da mídia, não tomariam. Um dos exemplos mais comuns é decretar ou manter a prisão de forma desnecessária. Isso ocorre principalmente porque quando tomam decisões contrárias ao entendimento popular, subentenda-se mídia, a sensação de impunidade e o descrédito pelo Poder Judiciário aumentam. Assim, a fim de evitar possíveis retaliações, acabam atropelando os direitos dos acusados.

Não se pode esquecer que segundo o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *c* da Constituição Federal<sup>9</sup> os veredictos do Tribunal do Júri são soberanos. Ou seja, a decisão dos jurados será imperante, não podendo ser modificada nem pelo juiz togado, tampouco pelo

<sup>9</sup>BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10. out. 2014.





Tribunal em eventual recurso. Havendo a necessidade de anulação da decisão, novo júri deverá ser marcado, onde novos jurados decidirão a questão. Ou seja, o futuro do réu está totalmente nas mãos de pessoas leigas, que na maioria das vezes são facilmente manipuladas pelos meios de comunicação.

Celso Vicenzi<sup>10</sup> elucida a questão ao dispor sobre os “analfabetos midiáticos”:

O pior analfabeto é o analfabeto midiático. Ele ouve e assimila sem questionar, fala e repete o que ouviu, não participa dos acontecimentos políticos, aliás, abomina a política [...] O analfabeto midiático imagina que tudo pode ser compreendido sem o mínimo de esforço intelectual [...] Tem certeza de que o que lê, ouve e vê é o suficiente, e corresponde à realidade. Não sabe o imbecil que da sua ignorância política nasce a prostituta, o menor abandonado, e o pior de todos os bandidos que é o político vigarista, pilantra, o corrupto e o espoliador das empresas nacionais e multinacionais.

Assim, a instituição do Júri que deveria ser algo em benefício do réu, permitindo uma interpretação de lei de forma mais branda por pessoas do povo, acaba sendo a sua condenação, ante os analfabetos midiáticos que se deixam levar pela opinião imposta pelos meios de comunicação, sem, contudo, refletir sobre os fatos.

Lamentavelmente não é incomum ver os meios de comunicação transformar casos penais em espetáculos midiáticos. Entre eles pode-se mencionar, além do caso de Isabella Nardoni e do Menino Bernanrdo já comentados anteriormente: 1) caso Eloá Cristina, jovem de 15 anos que foi mantida em cárcere privado por seu ex-namorado, Lindemberg Fernandes Alves, em 13/12/08 na cidade de São Paulo. O caso foi amplamente divulgado pela mídia, sendo que os jornais passavam imagens ao vivo do local do crime, chegando ao ponto de o sequestrador e vítima serem entrevistados por telefone pelo programa “A tarde é Sua” de Sônia Abrão. O sequestro terminou com a morte da vítima e a prisão de Lindemberg; 2) Caso Richthofen e irmãos Cravinho, na qual Daniel e Christian Cravinhos mataram Manfred e

---

<sup>10</sup> VICENZI *apud* SILVA, Darlúcia Palafoz. *Influência do populismo penal midiático no Tribunal do Júri: Desequilíbrio da estrutura democrática do processo?* Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30722/influencia-do-populismo-penal-midiatico-no-tribunal-do-juri/1>>. Acesso em: 13. mar. 2015.



Marísia Von Richthofen, a mando de Suzane, filha das vítimas. O fato ocorreu em 31/10/02 na cidade de São Paulo; 3) caso Eliza Samudio, jovem que desapareceu em Minas Gerais em 2010, sendo sua morte atribuída ao ex-goleiro Bruno do Flamengo; 4) Caso Marcos Kitano, no qual a vítima tinha 42 anos e era proprietária da empresa Yoki. O crime ocorreu em 19/05/12, sendo que sua esposa, Elize Araújo Kitano Matsunaga confessou ter assassinado e esquartejado o corpo.

Não há dúvidas de que nos casos citados acima a mídia transformou o processo em verdadeiro espetáculo, expondo todos os fatos ao público, bem como manifestando sua opinião - ainda que indiretamente -, influenciando, pois, os jurados e magistrados.

A vida dessas pessoas após cumprirem suas penas nunca mais será a mesma. Dificilmente serão aceitos novamente em sociedade, pois estarão eternamente marcados pela mídia.

Não bastasse toda essa notoriedade que terão de carregar para o resto de suas vidas, provavelmente a dosimetria de suas penas foram / serão exacerbadas pela pressão exercida pela imprensa.

Para demonstrar o alegado, basta realizar uma comparação entre a pena aplicada a Alexandre Alves Nardoni pelo homicídio praticado contra sua filha Isabella com outro caso análogo julgado na 1ª Vara Criminal da Capital (RJ). No primeiro exemplo, como já mencionado, Nardoni foi condenado a uma pena de 31 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão<sup>11</sup>. Por sua vez, no segundo caso, Ewerton Luiz Santana Repolho foi condenado a 53 anos e 4 meses de reclusão pelo assassinato de seus 3 filhos em continuidade delitiva<sup>12</sup>. Para realizar a comparação, necessário informar a pena aplicada isoladamente para cada filho na dosimetria

<sup>11</sup>Íntegra da sentença do caso Nardoni. Disponível em: <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/2134591/integra-da-sentenca-do-caso-nardoni>>. Acesso em: 16. Mar. 2015

<sup>12</sup>BRASIL. Primeira Vara Criminal da Capital (Rio de Janeiro). Processo Nº 0000831-23.2004.8.19.0028. Juiz: Rodrigo Moreira Alves. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2004.028.000841-4>>. Acesso em: 16. mar. 2015.



da pena, qual seja: 26 anos e 08 meses de reclusão. Logo, é possível verificar uma diferença de quase cinco anos entre as penas aplicadas.

Ressalta-se que ambos os casos referem-se a homicídio triplamente qualificado contra menor de 14 anos. No segundo julgado, o réu matou seus três descendentes a facadas pelo fato de que sua mulher, mãe das vítimas, o estaria supostamente traindo.

Ora, é certo que crimes ocorrem a todo o momento pelo Brasil, todavia, apenas alguns ganham tamanha repercussão, prejudicando os direitos de defesa dos réus. Com isso, a imprensa acaba influenciando na imparcialidade e neutralidade dos julgadores.

Para piorar a situação do réu, os juízes leigos no tribunal do júri não necessitam fundamentar sua decisão, julgando conforme seu íntimo convencimento. Assim, é impossível saber as razões que levaram verdadeiramente à condenação do réu. Se o jurado tinha alguma dúvida quanto aos fatos ou existência de uma qualificadora, em vez de julgar *in dubio pro reo*, certamente optará pela condenação.

Logo, não há como negar que nos casos levados a júri popular em que a mídia atua de forma excessiva, expondo demasiadamente os fatos, o acusado, a vítima, os depoimentos e até mesmo o processo em si, os réus são profundamente prejudicados, obtendo condenações acima da média para casos idênticos, porém, não espetacularizado pela mídia.

### **3. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA VS. A LIBERDADE DE IMPRENSA**

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º elenca uma série de garantias, entre elas a liberdade de imprensa e da presunção da inocência (incisos IX e LVII,

respectivamente)<sup>13</sup>. Ora, é certo que ambas representam um direito fundamental, porém, muitas vezes a mídia acaba se sobrepondo aos direitos do réu.

A liberdade de imprensa não se limita em si mesma, englobando, ainda, a liberdade de expressão e informação. A jurisprudência alemã<sup>14</sup> já chegou a afirmar que aquela liberdade seria a principal forma de proteção aos direitos do homem, sem a qual todas as demais seriam inócuas.

A questão de liberdade de imprensa é muito delicada. Em 1967 foi editada a Lei n. 5.250<sup>15</sup> que regulou a liberdade de pensamento e de manifestação, ficando conhecida como a Lei de Imprensa. Posteriormente foi ajuizada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130<sup>16</sup> pelo partido Democrático Trabalhista – PDT, na qual visava ao reconhecimento de inconstitucionalidade daquela lei.

O STF, ao julgar a matéria em 30 de abril de 2009, elevou a liberdade de imprensa ao status de um sobredireito, declarando que a citada norma não havia sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

A Suprema Corte embasou seu julgado principalmente no art. 220 da Constituição federal que dispõe que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Segundo o referido julgado:

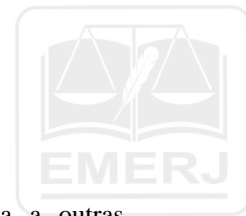
[...] O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou

<sup>13</sup>BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 de març. 2015.

<sup>14</sup>ANDRADE apud LIRA, Rafael de Souza. *Mídia sensacionalista: o segredo de justiça como regra*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 10

<sup>15</sup>BRASIL. Lei n. 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm)>. Acesso em: 30 de març. 2015.

<sup>16</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 130. Relator Min.: Carlos Brito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28130%2EENUME%2E+OU+130%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qzqxhwp>>. Acesso em: 30. mar. 2015.



tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição.

Em que pese o disposto no *caput* do art. 220 e no julgado da ADPF, sabe-se que todo direito fundamental possui uma limitação. Com a liberdade de imprensa não poderia ser diferente. Isso porque se assim não fosse, estar-se-ia atribuindo caráter absoluto a um direito fundamental, característica que desacompanha todos os outros direitos elencados na Constituição Federal. Nem mesmo a vida que é o bem mais precioso possui essa proteção incondicional, uma vez que se admite pena de morte, de forma excepcional, nos casos de guerra declarada, conforme dispõe o art. 5º, XLVII, *a* da CRFB/88<sup>17</sup>.

Não restam dúvidas de que a imprensa é de suma importância ao Estado de Direito, tendo como missão instruir e informar os cidadãos. Porém, sabe-se que essa liberdade nem sempre é utilizada de forma correta, a favor da democracia. Assim, a fim de se evitar violações a outros direitos fundamentais, como os de natureza pessoal, é necessário limitar esta garantia. Todavia, não se objetiva à censura, o que retroagiria à época da Ditadura Militar.

Contudo essa regulamentação seria possível? Sim. O próprio § 1º do art. 220 dispõe que “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”<sup>18</sup>. Por sua vez, o art. 5º, X da CRFB<sup>19</sup> trata justamente da questão da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Sendo assim, fica evidente que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, mas sim relativo, o qual pode ser regulamentado por legislação infraconstitucional visando a proteger a intimidade da pessoa.

<sup>17</sup>BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 de març. 2015.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid.



É certo que um Estado de Direito que regulamenta o exercício de imprensa de acordo com os preceitos de sua Constituição não pode ser considerado um Estado antidemocrático. Como exemplos de países que regulamentam a matéria de forma bem sucedida citam-se Chile, México, Peru, Uruguai, Portugal, Alemanha, França, entre outros.

Considerando tais fatos, a fim de se assegurar um devido processo legal e o respeito a presunção de inocência, é necessário que se estabeleça, ainda que minimamente, limites à imprensa no que diz respeito à intimidade e vida privada do réu. Caso contrário este sempre se verá prejudicado ante a imensa disparidade de armas entre sua defesa e a mídia.

Não se pode negar os abusos que são cometidos pela imprensa dia após dia, sendo muito tênue a linha que separa a liberdade de imprensa e a violação de direitos fundamentais. Porém, os prejuízos decorrentes dessa violação são imensuráveis para a vida do réu e de sua família, expostos de maneira excessiva e desnecessária.

Ressalta-se, que os direitos fundamentais recebem o status de princípios e, havendo conflitos entre eles, deve-se realizar uma ponderação de interesse. Ou seja, verifica-se no caso concreto qual o de menor valor para que este ceda lugar ao de maior valor. Contudo, a fim de evitar equívocos na utilização da ponderação, existem limites para a sua aplicação, qual seja: deve-se sempre preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em conflito e respeitar a dignidade da pessoa humana.

É exatamente essa questão levantada no conflito entre a liberdade de imprensa, direito de privacidade e a honra das pessoas. Não há dúvidas de que se sentindo lesada a parte poderá ingressar em juízo cível e requerer indenização contra o causador do dano. Todavia, no caso do júri popular a simples reparação dos danos morais, caso demonstrado o excesso midiático, não modificará o teor da decisão dos jurados no processo penal. Por isso é importante a edição de uma legislação regulamentadora da matéria, a fim de garantir



minimamente os direitos fundamentais do réu, sem anular, contudo, o direito da imprensa noticiar os fatos.

## CONCLUSÃO

O princípio da presunção da inocência além de estar estabelecido na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, possui previsão legal em diversos tratados internacionais dispondo que todas as pessoas que venham a cometer um crime, independentemente de sua gravidade, devem ser consideradas presumidamente inocentes até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Contudo, na prática o princípio perde sua força ante o tratamento dado pela sociedade ao acusado, especialmente devido às notícias que são veiculadas na mídia, na maioria das vezes de forma abusiva. A consequência prática desse excesso de informação repercute diretamente no resultado das sentenças proferidas pelo Tribunal do Júri, composto por juízes leigos, muitas vezes “analfabetos midiáticos”.

Quanto ao juiz togado, ele igualmente recebe pressão externa ao aplicar a pena ao caso concreto. A sociedade, movida pelas informações repassadas pela mídia, cobra providências do Poder Judiciário, o qual não raras vezes acaba aplicando penas maiores do que as efetivamente necessárias para reprimir o crime. Uma semana, mês ou ano a mais de condenação faz toda diferença para quem está cumprindo pena privativa de liberdade.

Ao se comparar casos em que a mídia atuou de forma excessiva a outros casos similares, ou até mesmo de maior gravidade, fica evidente a aplicação de penas mais severas aos primeiros, em nítido prejuízo ao réu.

Para evitar essas discrepâncias na aplicação de penas, mostra-se necessário regulamentar a atuação da mídia nos processos penais, assim como ocorrem em outros países.



Isso não significa retroagir à ditadura militar ou à censura, como muitos sustentam, mas sim impedir que a mídia sensacionalista aumente sua audiência em detrimento da liberdade do réu.

Ademais, Inexiste no ordenamento jurídico brasileiro direito fundamental absoluto, razão pela qual com a liberdade de imprensa não poderia ser diferente. Havendo conflito entre direitos fundamentais, deve-se realizar uma ponderação de interesses, de modo a não aniquilar o núcleo essencial de nenhum deles. Ou seja, compete à mídia noticiar os fatos com a devida ética jornalística, reprimindo-se o jornalismo policialesco.





## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Primeira Vara Criminal da Capital (Rio de Janeiro). Processo N° 0000831-23.2004.8.19.0028. Juiz: Rodrigo Moreira Alves. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2004.028.000841-4>>. Acesso em: 16. mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 130. Relator Min.: Carlos Brito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28130%2E%2E%2E+OU+130%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qzkxhw>>. Acesso em: 30. mar. 2015.

CARAMIGO, Denis. *A disparidade do princípio constitucional e os canais de comunicação em massa*. Disponível em: <<http://deniscaramigo.jusbrasil.com.br/artigos/112326488/presuncao-de-inocencia-x-sentenca-midiatica>>. Acesso em: 13. mar. 2015.

CARDOSO, Antônio Pessoa. *Erros judiciais causam danos a inocentes*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161127,21048Erros+judiciais+causam+danos+a+inocentes>>. Acesso em: 13. mar. 2015.

CRUVINEL NETO, Pedro Nunes. *A influência midiática nas sentenças criminais: a relevância da atenuação na dosagem da pena*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12649&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12649&revista_caderno=3)>. Acesso em: 13. mar. 2015.

Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 10. out. 2014.

FERREIRA, Carla Danielle Lima Gomes. *A influência da mídia no processo penal brasileiro e a ruptura dos direitos fundamentais sobre o acusado*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=13766](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13766)>. Acesso em: 13. mar. 2015.

Íntegra da sentença do caso Nardoni. Disponível em: <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/2134591/integra-da-sentenca-do-caso-nardoni>>. Acesso em: 16. Mar. 2015

LIMA, José Benjamin de. *Mídia e justiça: informação ou espetáculo?*. Disponível em: <[http://www.assisnoticias.com.br/site/?p=blog&id\\_colunista=21&id\\_blog=217](http://www.assisnoticias.com.br/site/?p=blog&id_colunista=21&id_blog=217)>. Acesso em: 10. out. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: v. único. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014.



LIRA, Rafael de Souza. *Mídia sensacionalista: o segredo de justiça como regra*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES. Lorena Duarte Santos. *Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11242&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242&revista_caderno=9)>. Acesso em: 13. mar. 2015.

Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 10. out. 2014.

PETRARCA, Fernanda Rios. *As Relações entre Mídia e Direito no Brasil: elementos para uma análise sociológica*. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-5/246-as-relacoes-entre-midia-e-direito-no-brasil-elementos-para-uma-analise-sociologica-fernanda-rios-petrarca>>. Acesso em: 10. out. 2014.

SILVA. Darlúcia Palafoz. *A influência do populismo penal midiático no Tribunal do Júri*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30722/influencia-do-populismo-penal-midiatico-no-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 13. mar. 2015.



## A POLÍTICA CRIMINAL INFANTOJUVENIL BRASILEIRA E A INFLUÊNCIA MUDIÁTICA

Bruna Rodrigues de Araujo Ribeiro

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro- UFRJ. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** A influência da Mídia no contexto das discussões sobre a a eficácia da Política Criminal Infantojuvenil e suas consequências nas decisões judiciais e na garantia dos Direitos Fundamentais.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Política Criminal Infantojuvenil. Influência Mudiática. Garantismo Penal. Cláusulas Pétreas. Direitos Fundamentais.

**Sumário:** Introdução. 1. A Influência Mudiática e seus Reflexos nas Decisões Judiciais. 2. A (In)eficácia da Política Criminal Infantojuvenil. 3. Violações aos Direitos Fundamentais Infantojuvenis. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da Política Criminal Infantojuvenil sob o prisma do Garantismo Penal. Ademais, o trabalho irá analisar a influência da Mídia no contexto das discussões sobre a (in)eficácia da Política Criminal Infantojuvenil e suas consequências nas decisões judiciais e na garantia dos Direitos Fundamentais.

A Influência Mudiática e seus Reflexos nas Decisões Judiciais será analisada em um contexto em que o avanço da sociedade gera inúmeros questionamentos sobre como deve ser conduzida a Política Criminal relativa a jovens e adolescente. Essa questão é mais patente quando se verifica que há grande repercussão em noticiários que relatam casos de menores de 18 anos que cometem atos infracionais e que não são responsabilizados como adultos,



embora a Mídia enfatize que os jovens e adolescentes de hoje têm pleno discernimento dos seus atos e não são mais como os de antigamente.

Ademais, ao tratar da (In)eficácia da Política Criminal Infantojuvenil, serão abordadas as consequências do reforço pela Mídia e pelo senso comum de busca de maior rigor na aplicação das penas, haja vista o seu reflexo na forma como a Política Criminal Infantojuvenil é conduzida, sobretudo nos caminhos escolhidos para se efetivar a tutela dos bens jurídicos considerados relevantes.

Além da necessidade de implementar ações eficazes relativas à Política Criminal, o contexto das atuais discussões sobre as formas de conduzi-la, coloca novos desafios, inclusive o de criticar as medidas já adotadas a fim de preservar os bens jurídicos tutelados.

Também será analisada as questões inerentes à Política Criminal Infantojuvenil e a maneira como a influência da Mídia afeta a forma que jovens e adolescentes que cometem atos infracionais são tratados e a sua ingerência na esfera penal de aplicação da pena.

Dessa maneira, será discutido como a Mídia influencia os caminhos traçados pela Política Criminal Infantojuvenil Brasileira e quais as suas consequências para o sistema jurídico brasileiro no que tange à condução da Política Criminal, sobretudo a repercussão em decisões judiciais que usam de maior rigor, com a justificativa de garantir a proteção dos bens jurídicos tutelados.

Nesse sentido, verifica-se que as crianças, adolescentes e jovens têm direitos assegurados pelo sistema jurídico brasileiro, contudo a Mídia acaba por influenciar a Política Criminal Infantojuvenil, gerando violações aos direitos fundamentais. Portanto, ao abordar as Violações aos Direitos Fundamentais Juvenis serão apresentadas críticas e alternativas ao atual sistema de Política Criminal. Em suma, será discutido como todo esse processo atual gera repercussões na Política Criminal adotada e violações aos Direitos Fundamentais.



## **1. A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA E SEUS REFLEXOS NAS DECISÕES JUDICIAIS:**

A realidade brasileira é marcada por uma grande sensação de insegurança, de medo, gerada pela forte influência midiática no que tange à opinião pública, sobretudo pelos constantes noticiários que fazem menção ao aumento da criminalidade. Isso é utilizado muitas vezes para legitimar um discurso punitivo que vê como solução o aumento das penas e o maior rigor no tratamento de jovens, adolescentes e crianças em conflito com a lei.

Dessa forma, é patente que a mídia exerce uma grande influência na opinião pública. Assim, o discurso midiático dissemina a ideia de impunidade, de falta segurança, de punição insuficiente, o que vem sendo corroborado cada vez mais por reportagens que garantem um enfoque em temas relacionados à violência e à criminalidade.

Ademais, muitos desses noticiários relatam casos de menores de 18 anos, que cometem atos infracionais, que por serem inimputáveis, não são responsabilizados como adultos. Nesse sentido, vários questionamentos surgem por parte da Mídia e da opinião pública no que se refere ao grau de discernimento dos jovens e adolescentes atuais.

Nesse sentido, argumentam que eles não respondem pelos seus atos da forma que deveriam, haja vista que tem plena consciência dos seus atos e por conseguinte deveriam arcar com as consequências de suas condutas. Esse contexto social reforça o senso comum de que a população deve incentivar que se busque maior rigor na aplicação das penas.

Cabe salientar que a maneira como as pessoas enxergam a problemática da prática dos atos infracionais reflete-se não só na elaboração das leis e nas decisões judiciais, mas também na forma como a Política Criminal Infantojuvenil é conduzida, na maneira como tudo isso vai ser pensado no futuro, nas mudanças que serão feitas para se adequar a nova sociedade. Isso porque a evolução da sociedade, da sua forma de agir e pensar irá repercutir no direito.



Portanto, uma questão a ser pensada é que a solução para os adolescentes em conflito com a lei não está em cadeias, mas em uma política criminal efetiva que vá além da atual visão repressiva, mas que passe a adotar um viés preventivo e também ressocializador.

Ademais, o discurso midiático, no que tange à criminalidade e à violência, aliado ao clamor social contra a impunidade, é utilizado como legitimador de uma resposta penal mais rigorosa. Logo, verifica-se que todos esses fatores irão repercutir na sociedade, inclusive pressionando o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

O Legislador cada vez mais se vê influenciado a criar leis mais rigorosas, a tipificar mais condutas como crimes e aumentar as penas dos já existentes. Em contrapartida, o magistrado na sua atuação recebe influências de fatores externos, o que reflete na sua forma de decidir, sobretudo quando o caso em questão envolve grande comoção social.

Dessa maneira, verifica-se que há dois caminhos principais a serem adotados pelo juiz em situações que geram grande repercussão na Mídia e, por via de consequência, na opinião popular. Assim, existe a adoção de um direito penal máximo, que visa ao maior rigor na aplicação das penas, em contraposição ao direito penal mínimo, o qual entende que a sanção penal deve ser utilizada em último caso.

Contudo, quando o assunto é relativo aos adolescentes em conflito com a lei, faz-se necessário uma abordagem da eficácia de decisões judiciais que tratam com maior rigor os atos infracionais praticados. O que é fundamental é perquirir se a solução é a adoção de formas mais severas de combate às violações à lei penal. Assim, a vida em sociedade parece mostrar que a punição por si só não é capaz de evitar que novos atos infracionais sejam praticados.

Dessa forma, fica evidente que é preciso analisar a questão de jovens, adolescentes e crianças em conflito com a lei não apenas à luz de um viés do direito penal máximo, que julga com severidade, com rigor, defendendo, inclusive, que crianças e adolescentes possam ser



julgados como adultos. Isso porque, como explicita Ferrajoli<sup>1</sup> o direito penal máximo é incondicionado e ilimitado, tendo por características além da sua excessiva severidade, a incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.

Nesse sentido, é necessário estabelecer ponderações a fim de propiciar a aplicação de um direito penal mínimo, capaz de defender os direitos de jovens, adolescentes e crianças, como sujeitos de direitos, titulares de garantias fundamentais, inalienáveis.

Além disso, não se pode ter decisões judiciais influenciadas sobremaneira pelo clamor popular. O juiz como representante do Estado, deve saber exercer sua função de forma equidistante das partes, sempre almejando a necessária imparcialidade para julgar cada demanda de forma justa.

Não obstante, é bem verdade que nem sempre é possível se manter alheio às repercussões de determinados fatos na vida social, ainda mais quando eles são amplamente divulgados pela Mídia. Dessa maneira, quando tais fatos são objetos de julgamento, há uma grande carga emocional que permeia todo o tramitar do processo.

Nesse contexto, o direito penal mínimo deve ser aplicado a fim de evitar desmandos e penas arbitrárias, decisões injustas imbuídas apenas por uma ideia de se garantir uma justificativa para a sociedade em razão do ato infracional praticado.

Dessa forma, Ferrajoli<sup>2</sup> explica que o direito penal mínimo é condicionado e limitado ao máximo e que corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Dessa forma, a responsabilidade penal é excluída todas as vezes que sejam incertos ou

---

1 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.103.

2 *Ibidem*, p.102.

indeterminados seus pressupostos. Assim, nesse ponto existe uma conexão profunda entre garantismo e racionalismo. Isso porque o direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis.

Ademais, é importante analisar que o Direito Penal só deveria ser aplicado em último caso, quando não houvesse outro campo do direito ou meios de alternativos para solucionar a controvérsia, o que é corroborado por Japiassu e Souza<sup>3</sup>:

O princípio da intervenção mínima estabelece que o Direito Penal não deve proteger qualquer bem jurídico, mas, somente aquele que se concebe como um bem jurídico penal, ou seja, os valores mais caros à sociedade, sem os quais a sociedade não terá condições de permanecer como tal. Dito de outro modo, só deve ser utilizado contra determinadas formas de ataque ou ameaça para aqueles bens. Só deve ainda ser utilizado quando fracassarem ou demonstrarem-se ineficientes outros ramos do Direito (princípio da *ultima ratio*).

Dessa forma, verifica-se que, muitas vezes, o direito penal não irá funcionar como mecanismo para proteger a sociedade, mas sim como forma de controlar aqueles que estão marginalizados, excluídos da sociedade, nesse sentido Carvalho<sup>4</sup> afirma que:

A exposição das reais funções exercidas pelo direito penal em contraposição com aquelas divulgadas pelo discurso oficial. E neste quadro de proliferação dos riscos, longe de atuar como instrumento de proteção da sociedade contra possíveis eventos catastróficos, o direito penal mantém a histórica função de gestão dos excedentes.

Em suma, o juiz sofre influência da opinião pública e da Mídia, mas não pode perder o intuito de agir de forma imparcial, em consonância com os valores que preservam as garantias dos cidadãos. E, sem dúvida, os adolescentes em conflito com a lei são os mais vulneráveis no que tange à aplicação da lei penal, por isso merecem proteção em razão de serem seres em desenvolvimento e que para se tornarem aptos a atingirem a plenitude de suas potencialidades precisam da proteção do Estado e da sociedade e não é mediante a simples punição e o rigor exacerbado que se conseguirá atingir uma política criminal realmente eficaz.

3 JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.64.

4 CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.106.





## 2. A (IN)EFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL INFANTOJUVENIL:

Indubitavelmente, verifica-se que a política criminal em relação aos adolescentes em conflito com a lei é implementada tendo por base um discurso punitivo, marcado pela força da Mídia e o seu poder sobre a opinião pública.

Nesse sentido, o que pode ocorrer com a legitimação de discursos punitivos é a desvalorização do ser humano como sujeito de direitos, haja vista que cada vez mais surgem discursos que reforçam a necessidade de punição aos menores em conflito com a lei, alguns sustentando, inclusive, o seu tratamento como se adultos fossem. Dessa forma, Carvalho<sup>5</sup> aborda que:

O efeito deste processo é a descartabilidade do valor da pessoa humana. Compreende-se, neste quadro político, a formação de condições de irrupção de políticas criminais igualmente sustentadas na exclusão, para determinadas pessoas, do status de cidadão.

Dessa maneira, a Política Criminal vem sendo utilizada como mecanismo repressor, forma de o Estado controlar a sociedade e conferir uma resposta à prática do delito. Assim, Delmas<sup>6</sup> já salientava que essa era uma visão comum:

A expressão “Política Criminal” foi durante muito tempo sinônimo de teoria e prática do sistema penal designando, conforme a expressão de Feuerbach, “o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime”.

Não obstante, é necessária uma análise que não se reduza a Política Criminal à atuação do Direito Penal, sobretudo pela influência social em todo o processo. Dessa maneira, Marc Ancel citado por Delmas<sup>7</sup> “frisa de imediato a necessidade de não limitar a Política Criminal apenas ao Direito Penal e propõe que seja considerada como 'a reação organizada e deliberada, da coletividade contra as atividades delituosas, marginais e anti-sociais’”.

5 Ibidem, p.107.

6 DELMAS, Mireille. *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p.5.

7 ALCEL, apud DELMAS, Mireille. *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p.5.



Essa ideia de controle social é evidente, porque é impossível se falar em Política Criminal e não lembrar de que ela é usada como forma de controlar os delitos. Dessa maneira, ela aparece, portanto "como teoria e prática das diferentes formas de controle social" <sup>8</sup>.

Em contrapartida, durante o passar dos tempos houve várias formas de se responder pelos crimes cometidos, desde os castigos físicos, as penas privativas de liberdade até as sanções pecuniárias. Dessa maneira, a questão criminal não deve ser analisada sob uma perspectiva estanque, mas abordada no seu contexto histórico, sem o qual é inviável uma conclusão adequada, haja vista que "as respostas ao crime estão, aqui também, sujeitas ao tempo e ao espaço"<sup>9</sup>.

Portanto, a segurança social é uma das grandes preocupações da Política Criminal, a qual é corroborada pela visão midiática que divulga em meios impressos, televisivos e pela internet notícias que evidenciam vários casos de criminalidade, sobretudo quando envolvem jovens e adolescentes, deixando patente a ideia de falta de punição, ratificando a sensação de insegurança experimentada pela sociedade.

Dessa forma, a Política Criminal tem por escopo a "sobrevivência do corpo social, respondendo à necessidade de segurança das pessoas e dos bens"<sup>10</sup>. Por isso, verifica-se que na tentativa de responder à sociedade de forma satisfatória, os responsáveis por implementar a Política Criminal, acabam por ter que decidir de que maneira irão conduzir todo esse processo.

Aqueles que estabelecem as diretrizes para a Política Criminal podem adotar uma postura voltada para o rigor, o caráter repressivo das medidas escolhidas ou utilizar um viés mais liberal. Assim, Delmas<sup>11</sup> aborda que as opções de política criminal:

---

8 DELMAS, op. cit., p. 5.

9 Ibidem, p. 28.

10 Ibidem, p. 29.

11 Ibidem, p. 31.



se orientam de maneira diferente conforme essa necessidade de segurança é avaliada, sentida, compreendida, através deste ou daquele valor considerado fundamental. Nesse sentido, as grandes correntes ideológicas comandam essas escolhas, pelo menos em parte, situando-as segundo três eixos principais: liberdade, igualdade, autoridade.

Assim, o eixo da liberdade possui forte conteúdo racional, em que a razão é colocada como fator essencial para a caracterização do indivíduo e opinar sobre a forma que as normas irão incidir sobre ele. Assim, Delmas<sup>12</sup> sustenta que a corrente liberal:

Remontando ao fim da Idade Média é caracterizada pelas quatro conquistas dos séculos XVII e XVIII- razão, natureza, indivíduo e propriedade-, a corrente liberal só tem evidentemente sentido em referência à liberdade: estado primitivo do homem, origem primeira, princípio que o Estado e a sociedade não podem constringer, limitar, a liberdade é o que dá ao homem sua qualidade de ser humano, o que o instaura como humanidade. Entretanto, a liberdade apela sempre para a razão, a fim de encontrar regras que a governem, daí porque ela não é apenas estado da natureza, mas também procurada lei.

Contudo, o eixo da igualdade irá criticar essa visão liberal, sobretudo a ideia de neutralidade, de uma igualdade formal, que se restringe às leis, mas que na realidade se mostra ineficaz, pois há grande desigualdade nas oportunidades oferecidas, o que irá refletir, inclusive, na criminalidade, que também tem por causa a disparidade de oportunidades. Dessa maneira, Delmas<sup>13</sup> afirma que a corrente igualitária:

Se fundamenta numa crítica ao liberalismo e da desigualdade que este engendra na realidade: ainda que tenha o mérito de manter uma democracia formal (garantida pelas leis e pela Constituição, o liberalismo fracassaria sempre na instauração da democracia real. Além disso, o Estado Liberal não pode ser esta organização "neutra" dos poderes públicos como pretende ser, pois é, na realidade, dominado por forças sociais, principalmente econômicas.

Entretanto, o eixo da autoridade irá priorizar a ideia da democracia representativa, em que a coletividade, os valores comuns deveriam se sobrepor ao do próprio indivíduo. Nesse sentido, Delmas aduz que a Corrente autoritária aborda que a “a noção de autoridade ' torna-se valor a partir do momento em que se encarna na pessoa do chefe, ele próprio considerado como representante de um princípio superior ao qual estão subordinados os outros valores, a liberdade como a igualdade”.

---

12 Ibidem.

13 Ibidem, p. 34.



Nesse sentido, a Política Criminal Infantojuvenil brasileira adotou uma postura repressora, voltada para o caráter punitivo do ato infracional praticado, como forma de garantir a sociedade de que os adolescentes e jovens em conflito com a lei estarão excluídos do meio social, nem que para isso sejam colocados em verdadeiras prisões, sob a capa de entidades que desenvolvem programas de internação, mas que em verdade não buscam a ressocialização e inclusão social, mas servem para acentuar as diferenças sociais e agravar os problemas relativos à criminalidade.

Não há uma resposta pronta sobre qual a melhor Política Criminal a ser adotada, mas há uma constatação sobre a ineficácia do modelo atual. Não é o caso de se ter uma visão de um completo fracasso do Direito Penal, uma ideologia abolicionista para encarar a questão criminal brasileira, mas sim de um olhar voltado para os direitos fundamentais, de respeito à dignidade da pessoa humana, de proteção aos direitos de diversos jovens e adolescentes que tem todos os dias violados os seus direitos mais essenciais como os relativos às condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança nas entidades em que estão internados, que até mesmo sofrem com maus tratos e outras formas atentatórias à sua integridade física e psicológica.

Assim, como argumenta Delmas<sup>14</sup>, a política criminal "deve saber inventar respostas suficientemente inovadoras, múltiplas, heterogêneas. Como a liberdade- que ela destrói e fundamenta ao mesmo tempo- , deve sempre ser reinventada". Somente com ampla participação social será possível reinventar um nova forma de Política Criminal Infantojuvenil, de fato eficiente, sem deixar apenas para o Estado o papel de implementá-la, mas que haja verdadeira conscientização de que a sociedade também é responsável pelo fracasso ou sucesso dos rumos a serem traçados.

---

14 Ibidem, p. 208.



### 3. VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INFANTOJUVENIS:

A Ineficácia da Política Criminal Infantojuvenil adotada tem por consequência uma série de violações aos Direitos Fundamentais dos jovens, adolescentes e crianças em conflito com a lei. Prova disso, é a recente aprovação na Comissão de Constituição e Justiça da redução da maioridade Penal<sup>15</sup>, a qual legitimou a idade de responsabilidade criminal para 16 anos. O caminho para sua aprovação definitiva como emenda Constitucional ainda é longo e espera-se que o bom senso fale mais alto e que tal projeto de emenda constitucional não seja aprovado, pois é patente a violação ao artigo 60, §4º, IV da Constituição da República Federativa do Brasil, já que a maioridade penal aos 18 anos é um direito fundamental e não pode ser alvo de deliberação, importando em desrespeito à cláusula pétrea.

Nesse sentido, verifica-se que a punição pela punição pode ser um caminho sem volta, pois o discurso punitivo apenas corrobora a adoção de medidas que mitigam os direitos e garantias fundamentais. E o resultado dessas constantes violações são sempre negativos.

Por isso é necessária a aplicação de uma Política Criminal que tenha o Garantismo Penal como base, pois somente com a proteção dos Direitos Fundamentais é possível assegurar a existência de um Estado Democrático de Direito. Dessa forma Carvalho<sup>16</sup> aborda que:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a "defesa social" acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

---

15 LARCHER, Marcello. *CCJ aprova tramitação de PEC da maioridade penal*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/484871-CCJ-APROVA-TRAMITACAO-DE-PEC-DA-MAIORIDADE-PENAL.html>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados aprovou em 31/03/2015 a admissibilidade da PEC 171/1995 de 19/08/1993 (autor: Benedito Domingos - PP/DF) que reduz a maioridade penal de 18 para 16 anos. Foram 42 votos a favor e 17 contra, o resultado gerou protesto de manifestantes presentes na reunião que eram contrários a tal proposta.

16 CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.19.



Dessa maneira, não é possível violar os direitos infantojuvenis sob o pretexto de proteger a sociedade de menores que utilizam a certeza da não imputação penal para praticar atos análogos a crimes. É certo que a indignação da sociedade é perfeitamente compreensível perante condutas inaceitáveis adotadas por adolescentes, que resultam em atos infracionais de grande repercussão. Porém, o Estado Juiz não pode legitimar a punição a qualquer preço, por isso a necessidade de juristas com uma formação humanista, que não vejam as leis como um fim em si mesmo, mas possam ver as leis também como instrumentos de garantir limites da ingerência do Poder Público na vida particular a fim de assegurar direitos e garantias fundamentais. Assim, Carvalho<sup>17</sup> afirma que:

Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do "bem comum". Os direitos fundamentais- direitos humanos constitucionalizados- adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto, os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Nesse sentido é preciso ter uma postura que assegure as garantias dos jovens, adolescentes e crianças frente no caso de possíveis abusos do Estado. Assim, Carvalho<sup>18</sup> afirma que a que a filosofia ilustrada fundamenta a teoria do direito de resistência como um mecanismo de garantia do cidadão contra o Estado, a fim de impedir o abuso dos poderes Executivo, Legislativo e/ou Judiciário.

Dessa maneira, é fundamental uma postura de resistência frente às constantes violações dos Direitos e Garantias individuais, sobretudo no caso de seres em desenvolvimento que deveriam ter no Estado o seu maior defensor, mas que quase sempre não age assim. Carvalho<sup>19</sup> aduz que:

a filosofia ilustrada possibilita ao homem o reconhecimento de sua capacidade criativa e contestatória, e por isso o marco do pensamento iluminista é gênese da luta pelas humanidades. Não por outro motivo que a raiz iluminista aparece no

---

17 Ibidem.

18 CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 36-37.

19 Ibidem, p. 80.



interior do saber penal, local de reconhecimento e tutela dos direitos frente ao irracionalismo das teses inquisitivas.

A sensação de insegurança acaba por intensificar essa postura da opinião pública pelo maior rigor na aplicação das penas. Assim, Sánchez<sup>20</sup> explica que a nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da "insegurança sentida" ou como a sociedade do medo. Dessa forma, aborda que um dos traços mais significativos das sociedades atuais é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento e uma forma especialmente aguda de viver os riscos. Assim, a Mídia usa e abusa de seus instrumentos para deixar mais patente essa sensação de insegurança, o que reflete na forma como a Política Criminal é desenvolvida e acentua as violações aos Direitos fundamentais.

Portanto, o Garantismo Penal e a Política Criminal podem conviver não são antagônicos, ao contrário de um modelo Absolutista, que defende a falência do sistema penal. Isso porque, não há como falar em vida em sociedade, sem o Direito Penal, pois é uma falácia acreditar que todos viveriam bem sem o Direito Penal, ainda mais em um país como o Brasil em que são gritantes as desigualdades sociais. Dessa maneira, Carvalho<sup>21</sup> afirma que:

O garantismo caracteriza-se como uma tecnologia dirigida à satisfação de valores substanciais, selecionado-os, explicitando-os e incorporando-os normativamente como condições de legitimação jurídica das proibições e das penas, com o escopo de minimizar o poder punitivo.

Os jovens, adolescentes e crianças em conflito com a lei precisam da proteção frente ao Poder Punitivo Estatal, devendo ser vistos como sujeitos de direito, tendo respeitada a sua dignidade e assegurado o direito de serem vistos como pessoas em desenvolvimento e não como coisas e passíveis de se tornarem instrumentos do Estado na grande engrenagem de sua Política Criminal.

---

20 SÁNCHEZ, Jesús- Maria Silva. *A expansão do direito penal*. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011, p.40.

21 CARVALHO, op. cit., p. 91.

Não é possível uma postura passiva e de conformidade no que diz respeito às violações dos Direitos Fundamentais infantojuvenis, sobretudo com a tendência que se verifica nos discursos legitimadores de encarceramento de adolescentes como se adultos fossem, os quais acentuam a exclusão do meio social por meio do cumprimento da pena. Sobre a pena privativa de liberdade, Rodrigues<sup>22</sup> aborda que:

O surgimento da pena privativa de liberdade e dos sistemas carcerários como forma universal de punição não foi simplesmente fruto de uma utilização sistemática de leis codificadas. A formação deste método de punição teve como pressuposto a elaboração, em todo o corpo social, de processos que tinham como função única e exclusiva a separação dos indivíduos, sua distribuição e classificação, com o intuito de tirá-los o máximo de tempo e o máximo de força.

Cumprido salientar que há mecanismos no Estatuto da Criança e do Adolescente para lidar com adolescentes em conflito com a lei. O que pode ser discutido é a sua aplicabilidade, mas de fato existem medidas a serem adotadas no caso de atos infracionais. Assim, Custódio<sup>23</sup> aduz que:

A proposta apresentada pelo Direito da Criança e do Adolescente é voltada à minimização das consequências políticas, jurídicas e sociais decorrentes do ato infracional, daí a opção pela construção de uma responsabilização que seja social e educativa.

Nesse sentido, Custódio<sup>24</sup> afirma ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente também possui dispositivos que possibilitam juridicamente a recepção, pelo ordenamento jurídico, do modelo da Justiça restaurativa, cabendo destacar o instituto da remissão e a criação de centros de atendimento inicial integrado ao adolescente. Dessa maneira, inclusive a tramitação do processo poderia ser judicialmente dispensada, havendo acordo em que as partes, adolescentes, vítima e familiares, a fim de dispensar a culpabilização formal, ainda que

---

22 RODRIGUES, Saulo Tarso. *Criminologia. A Política Criminal Alternativa e os Princípios de Direito Penal Mínimo de Alessandro Baratta*: Na busca da (re) legitimação do sistema penal. São Paulo: Ômega, 2003, p. 75.

23 CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. *Justiça Restaurativa e Políticas Públicas: uma análise a partir da Teoria da Proteção Integral*. Curitiba: Multideia, 2010, p. 23.

24 *Ibidem*, p.48.





o adolescente receba uma advertência formal, estabelecendo por exemplo a reparação do dano ou uma medidas socioeducativa, podendo combiná-las com medidas protetivas.

Dessa forma, muitos adolescentes em conflito com a lei tem rotineiramente violados os seus direitos à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, bem como à presunção de inocência, fruto de um discurso punitivo que não mais vê a Proteção Integral como uma alternativa. Não se trata de ser otimista ao extremo e achar que tudo caminhará bem sem a atuação do Direito Penal, nem ser pessimista ao ponto de achar que a única função do Direito Penal é manter todos aqueles em conflito com a lei longe da sociedade. As alternativas para uma Política Criminal Infanto Juvenil efetiva residem em adoção de Políticas Públicas que vá além do Sistema Criminal, assim como aborda Custódio<sup>25</sup> dispondo que:

o grande desafio dos atores sociais está na criação de um sistema de real eficácia e integração que, ao acolher as práticas restaurativas, seja capaz de garantir às crianças e aos adolescentes o pleno exercício da cidadania, por meio de políticas públicas que enfatizem a inter-relação da família, da comunidade, do Estado e da sociedade civil. Significa dizer que, como alternativa para o fortalecimento da rede de atendimento, se faz necessário resgatar a comunidade e reconstruir a solidariedade no espaço público. Assim, estar-se-ão utilizando implicitamente os procedimentos restaurativos, pois eles adotam a linguagem da não violência para a solução de conflitos. Observe-se que as necessidades básicas somente são alcançadas pela comunicação, pela capacidade e entendimento. Cooperação mútua.

Dessa maneira, o magistrado, sobretudo, o que lida diretamente com adolescentes e crianças, deve ter em mente que está diante de seres em desenvolvimento, de sujeitos de direito, que devem ter seus interesses respeitados e protegidos frente a qualquer tipo de abuso estatal. Assim, Custódio<sup>26</sup> aborda que " a postura do Juiz da Infância e da Juventude com a inserção da teoria da proteção integral deve se ater a defender os interesses e direitos das crianças e dos adolescentes". Cumpre destacar, que é necessária uma Política Criminal

---

25 Ibidem, p.133.

26 Ibidem, p.49.



Infantojuvenil diferente da atual, que busque não a exclusão dos que estão em conflito com a lei, mas que encontre formas de reintegração. Shecaira<sup>27</sup> afirma que:

Há a necessidade de um firme compromisso com a inclusão social dos adolescentes em conflito com a lei, de forma a permitir, com a adoção efetiva e plena da doutrina da proteção integral, sua contribuição crítica na constituição de um efetivo Estado Democrático de Direito.

Portanto, por mais que a Mídia enfatize que não há punição para os adolescentes que cometem atos infracionais, há aplicação de medidas socioeducativas, de inegável cunho sancionatório. Shecaira<sup>28</sup> afirma que:

A medida sócio-educativa é, tal qual a pena, um ato de intervenção estatal na esfera de autonomia do indivíduo que tem evidente natureza de sanção. O caráter sancionatório da medida sócio-educativa permite reconhecer e aplicar determinados direitos que são assegurados aos adultos e que não foram expressamente previstos na lei ordinária para os adolescentes, como é o caso da prescrição.

Em suma, para um Estado ser considerado Democrático de Direito, não basta o respeito à ordem jurídica estabelecida, mas é necessária uma preocupação real com o destino de seus cidadãos. E não se pode falar em Democracia real e de fato para todos quando jovens, adolescentes e crianças em conflito com a lei têm desrespeitados seus direitos mais básicos como o de se desenvolver com condições mínimas de dignidade.

Nesse sentido, é fundamental a adoção de uma Política Criminal Infantojuvenil eficaz que tenha uma abordagem fundamentada no Garantismo Penal, em Políticas Públicas integradoras, que saiba respeitar os direitos e as garantias individuais e que não adote uma postura de estigmatização e exclusão como difundido pela Mídia em seu discurso punitivo.

Somente assim será possível a construção de um futuro diferente, com mais escolas e menos cadeias; mais cidadãos e menos presos; mais oportunidades e menos desigualdades; mais dignidade e menos arbitrariedades.

---

27 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 208.

28 *Ibidem*, p. 22.



## CONCLUSÃO

O artigo procurou discutir como a Mídia influencia as decisões judiciais e as medidas adotadas pela Política Criminal Infantojuvenil para tratar a problemática que envolve os menores em conflito com a lei.

Dessa forma, verificou-se que a atual Política Criminal adotada é ineficaz, haja vista estar voltada para um discurso punitivo, baseada nos argumentos midiáticos de combate à impunidade, que reforça a ideia de que adolescentes devem ser tratados como adultos no caso da prática de atos infracionais.

Assim, foram demonstradas violações aos Direitos Fundamentais Infantojuvenis, discussão que recentemente foi ainda mais acentuada tendo em vista a decisão da CCJ da Câmara dos Deputados que aprovou em 31/03/2015 a admissibilidade da PEC 171/1995 de 19/08/1993 que reduz a maioria penal de 18 para 16 anos, o que viola cláusula pétreia, sendo de flagrante inconstitucionalidade.

Não obstante, restou patente que apenas uma Política Criminal associada a Políticas Públicas efetivas poderia resultar em um tratamento mais humano e compatível com a dignidade da pessoa humana infantojuvenil, sobretudo pela necessidade de proteção integral, tendo por fundamento fato de serem seres em desenvolvimento.

Portanto, a realidade brasileira não comporta o fim do Direito Penal e a adoção de uma perspectiva absolutista sobre o assunto, pois há grande desigualdade social, de oportunidades que tornam a existência da Política Criminal necessária como forma de permitir a convivência social.

Entretanto, a Política Criminal Infantojuvenil pode e deve ser associada a um Garantismo Penal, que assegure o respeito aos direitos e garantias fundamentais para que se tenha, de fato, um Estado democrático de Direito, que tenha por base a proteção integral.



## REFERÊNCIAS

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Pena e garantias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. *Justiça Restaurativa e Políticas Públicas: uma análise a partir da Teoria da Proteção Integral*. Curitiba: Multideia, 2010.

DELMAS, Mireille. *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LARCHER, Marcello. *CCJ aprova tramitação de PEC da maioria penal*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/484871-CCJ-APROVA-TRAMITACAO-DE-PEC-DA-MAIORIDADE-PENAL.html>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

RODRIGUES, Saulo Tarso. *Criminologia. A Política Criminal Alternativa e os Princípios de Direito Penal Mínimo de Alessandro Baratta: Na busca da (re) legitimação do sistema penal*. São Paulo: Ômega, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús- Maria Silva. *A expansão do direito penal*. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



## IATROGENIA E SEUS DESDOBRAMENTOS NA SEARA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Bruno Silveira de Abreu

Graduado pela Universidade Federal do Rio  
de Janeiro. Advogado.

**Resumo:** Analisa-se a relação médico-paciente sob o enfoque da Iatrogenia e o dano decorrente dela. O objetivo do presente trabalho é estabelecer a distinção entre a Iatrogenia e o erro médico, institutos comumente confundidos pela doutrina e jurisprudência, sendo a primeira excludente da responsabilidade civil do profissional médico. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte do trabalho volta-se à análise da relação médico-paciente propriamente dita, destacando-se a relevância do dever de informação. Na segunda parte, é estudado o fenômeno da Iatrogenia e do dano iatrogênico e suas implicações, em que são trazidos conceitos doutrinários acerca do tema. A terceira parte versa sobre o instituto da responsabilidade civil no que tange ao profissional liberal. São apresentados conceitos, elementos, a sistemática da responsabilidade subjetiva do médico à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, além das excludentes de sua responsabilidade civil. Por fim, a quarta parte deste trabalho traz à tona a controvertida discussão acerca do dano iatrogênico e do erro médico, expondo conceitos e distinções com a finalidade de dirimir as dúvidas sobre o tema.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Dever de Informação. Erro médico. Iatrogenia. Dano Iatrogênico.

**Sumário:** Introdução. 1. A relação médico-paciente e a importância do dever de informação. 2. Iatrogenia e dano iatrogênico: aspectos relevantes. 3. A responsabilidade civil dos profissionais liberais sob a ótica do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 4. Erro médico e dano iatrogênico: distinções. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A relação médico-paciente é regida por diversos direitos e deveres, de ambos os lados. No processo de judicialização das relações sociais, os pacientes vêm recorrendo ao Poder Judiciário a fim de ter seu direito tutelado, responsabilizando os médicos por eventuais erros dentro desta relação jurídica.



Ocorre que, em sua defesa, os médicos vêm alegando, em grande parte dos processos judiciais, a ocorrência da, ainda incompreendida, Iatrogenia, em uma tentativa de se eximirem de sua responsabilidade civil. Por vezes se estará diante, de fato, da Iatrogenia e, por vezes, não.

Em razão da falta de conhecimento a respeito do fenômeno, o Judiciário, corriqueiramente, profere decisões equivocadas, deixando, com isso, de prestar uma jurisdição plena e satisfatória às partes.

Dessa forma, cria-se um impasse dentro da seara da responsabilidade civil destes profissionais liberais, que, muitas das vezes, respaldados nesta tese de defesa, são acobertados pelo Judiciário, restando aos pacientes arcarem com o ônus da culpa médica e suas consequências.

Destaca-se, portanto, a relevância do presente tema como uma tentativa de dirimir as dúvidas e incertezas acerca da Iatrogenia e de sua repercussão na esfera da responsabilidade civil do profissional liberal, que comumente são vistas na jurisprudência pátria, a fim de que o cidadão tenha acesso pleno e satisfatório ao ingressar no Judiciário buscando a efetiva tutela de seus direitos.

Serão abordadas as distinções entre a Iatrogenia propriamente dita e o erro médico por parte do profissional liberal. Além disso, a Iatrogenia será tratada com enfoque na Responsabilidade Civil, como eventual causa excludente do dever de indenizar.

Objetiva-se tratar do conceito de Iatrogenia e do dano iatrogênico, bem como de sua repercussão no campo da Responsabilidade Civil, distinguindo-se o erro médico daquele, bem como destacar os direitos e deveres intrínsecos à relação médico-paciente.

Será ressaltada a importância do dever de informação dentro da relação médico-paciente à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor; a distinção entre dano iatrogênico e o erro médico, destacando a importância de tal diferenciação para a resolução



das demandas em curso e futuras no Judiciário, evitando-se eximir o profissional liberal de sua responsabilidade civil para com o paciente.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, valendo-se do método dialético de análise, parcialmente exploratória e qualitativa.

## 1. A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A IMPORTÂNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO

A relação médico-paciente perfaz uma série de direitos e deveres para ambas as partes imprescindíveis à sua existência que derivam de vários princípios, tais como a boa-fé contratual, transparência, autonomia privada, entre outros previstos em nosso ordenamento jurídico <sup>1</sup>. Nas palavras de Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira:

A relação médico-paciente é uma relação obrigacional complexa, que cria vários poderes e deveres para ambas as partes que, sob o influxo do princípio da boa-fé, da confiança, da equidade, vão-se constituindo ao longo da relação, de modo a assegurar por meio da cooperação o regular cumprimento da prestação principal. Dessa forma, assim como existem direitos, há deveres correlatos que constituem uma via de mão dupla; são interesses protegidos e que se substanciam no adimplemento a obrigação <sup>2</sup>.

É tida como relação de consumo, incidindo sobre ela, portanto, todas as normas e princípios regidos pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Além disso, tal relação deve observar, estritamente, os deveres éticos imputados ao profissional médico, bem como deve atentar para as “normas deontológicas, Código de Ética Médica, Resoluções do Conselho Federal e Regional de Medicina e princípios da bioética” <sup>3</sup>.

Nas lições de Gustavo Tepedino, são, principalmente, deveres do profissional médico:

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação Médico-Paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 71.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid.



Dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; Emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; A tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica <sup>4</sup>.

Dentre os direitos e deveres existentes, destacam-se três deles que dizem respeito tanto ao profissional médico quanto ao paciente, quais sejam, a autonomia deste último e seu consentimento livre e esclarecido, o dever de informação e, por fim, o dever de observância. Dentre os mencionados, o dever de informação vem ganhando especial relevância na relação entre este profissional liberal e o paciente, ora consumidor, sob a ótica jurisprudencial.

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, “o direito à informação está no elenco dos direitos básicos do consumidor” <sup>5</sup>.

Previsto, mais especificamente, no artigo 15 do CC/02 e nos artigos 9º e 12º, do CDC, a informação possibilita que o paciente possua elementos concretos acerca da realidade e que lhe permitam, assim, dar ou não o consentimento <sup>6</sup>. Dessa forma, para que haja o consentimento informado, a informação, necessariamente, deve ser adequada, verdadeira e completa <sup>7</sup>.

Previsto no rol de direitos fundamentais da pessoa, trata-se de um direito subjetivo, que observa o Princípio do Livre Desenvolvimento da Personalidade <sup>8</sup>. Ele decorre da condição da pessoa do paciente e, conseqüentemente, dos princípios da Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana <sup>9</sup>.

Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra, destaca três limites ao dever de informar, quais sejam,

---

<sup>4</sup> TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 01, v. 02, abr./jun. 2000, p. 46-47, *apud* PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação Médico-Paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10.

<sup>5</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas S.A., 2010, p. 392.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.* p. 393.

<sup>8</sup> PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação Médico-Paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 76.

<sup>9</sup> *Ibid.*





- (a) a circunstância em que o fato ocorreu, pois nos casos urgentes nem sempre é possível debaterem-se questões menores, como resultados de efeitos colaterais; (b) se os riscos são consideráveis ou se, estatisticamente, irrelevantes; (c) se, caso a informação fosse prestada, o paciente teria se recusado a aceitar a prestação do serviço nos moldes em que o foi <sup>10</sup>.

Deve, portanto, “o médico prestar ao paciente todas as informações necessárias sobre a terapêutica ou cirurgia indicada para o caso, seus riscos e possíveis resultados, dele obtendo o indispensável consentimento (ou do responsável)” <sup>11</sup>.

O dever de informar, por sua vez, possui diferentes graus, que vão desde o dever de esclarecer, bem como o dever de aconselhar e o dever de advertir <sup>12</sup>. Nos casos em que a informação, por algum motivo, seja ele de ordem física ou psicológica do paciente, não puder ser passada a ele, o responsável deverá ser informado para que possa consentir ou não pelo paciente.

O paciente também goza do direito de não ser informado, direito esse que decorre do próprio Princípio da Autonomia, de sua autodeterminação dentro da relação firmada.

Concluindo, conforme elucida Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, “a informação é essencial para que o paciente exerça sua autonomia e decida acerca do destino de seu próprio corpo, sua vida” <sup>13</sup>, independentemente do tipo de serviço contratado.

## 2. IATROGENIA E DANO IATROGÊNICO: ASPECTOS RELEVANTES

Questão ainda controvertida entre os profissionais médicos e a doutrina jurídica é acerca da Iatrogenia. Conforme bem colocado por José Carlos Maldonado de Carvalho:

A ausência de marcos jurídicos específicos, aliada à falta de uma análise mais direta por parte da doutrina e dos tribunais pátrios, é que vem mantendo indefinida essa linha de separação entre os efeitos jurídicos decorrentes do quase-ilícito – iatrogenia – e do ilícito civil – responsabilidade médica <sup>14</sup>

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas S.A., 2010, p. 394.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid. p. 295.

<sup>13</sup> PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação Médico-Paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 82.

<sup>14</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade*



Alberto Riú assinala ser a Iatrogenia uma “síndrome não punível, caracterizada por um dano inculpável, no corpo ou na saúde do paciente, conseqüente de uma aplicação terapêutica, isenta de responsabilidade profissional”<sup>15</sup>. Para José Carlos Maldonado de Carvalho, “significa as manifestações decorrentes do emprego de medicamentos em geral, atos cirúrgicos ou quaisquer processos de tratamento feitos pelo médico ou por seus auxiliares”<sup>16</sup>.

Iatrogenia é, portanto, toda intervenção causada no paciente pelo atuar médico, não culpável. Decorre da atividade médica por si só, observadas as normas e procedimentos da ciência médica, o que não deve ser confundido com o chamado “erro médico”.

O dano iatrogênico é, pois, fruto de uma conduta médica respaldada nos deveres de cuidado e conforme os mais notórios preceitos médicos. O resultado lesivo se deu não por culpa do profissional médico, mas sim porque era previsível que, naquele caso, o dano fosse causado.

A Iatrogenia pode vir a trazer ao paciente graves implicações psiquiátricas. Isso porque, em que pese a obrigação do médico, na maioria dos casos, ser de meio, e não de resultado, é inegável que o paciente crie uma expectativa acerca da sua cura ou de uma melhora significativa, confiante na atuação do profissional médico.

Ocorre que o dano iatrogênico acaba por frustrar esse paciente na medida em que, em alguns casos, é ele inesperado. Assim, os anseios por um resultado satisfatório são, de certa forma, desfeitos. É por exemplo, como bem aponta José Carlos Maldonado de Carvalho, os casos de cirurgia plástica estético-embelezadora, como ora se vê:

se o paciente passa a ter esperanças infundadas, porque não reveladas, e conseqüentemente, não assumidas pelo médico, de se transformar em impecável

---

*Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8.

<sup>15</sup> RIÚ, Jorge Alberto. *Responsabilidad profesional de los médico* [sic]. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1981, p. 50, *apud* CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 3.

<sup>16</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 3.



padrão de beleza, a percepção do resultado costuma se fazer acompanhar de desilusão, tristeza e revolta<sup>17</sup>.

Em que pese, nesses casos, a obrigação do médico ser de resultado, e não de meio, a falta de informação ao paciente sobre os possíveis resultados daquele determinado procedimento cirúrgico podem acarretar profunda frustração no paciente, esperançoso de resultado adverso, frustração esta que, inclusive, pode vir a evoluir a um resultado mais dramático, desde outras “hospitalizações e intervenções cirúrgicas”<sup>18</sup> ou até mesmo o surgimento de um distúrbio psiquiátrico naquele paciente.

Dessa forma, a Iatrogenia tem de ser encarada pelos profissionais médicos não como algo corriqueiro e inerente ao atuar médico. É de suma importância que, quando esperado o dano iatrogênico, o médico se valha de todos os meios que estiverem ao seu alcance para trazer ao paciente um pós-operatório ou tratamento menos doloroso.

Ponto de extrema relevância que diz respeito à Iatrogenia é a aferição da previsibilidade da ocorrência do dano no caso concreto. Existem, na doutrina, dois critérios para a aferição da previsibilidade, quais sejam, o objetivo e o subjetivo<sup>19</sup>.

“Objetivamente, a previsibilidade deve ser aferida em função do homem médio colocado nas condições concretas em que o fato ocorreu”<sup>20</sup>. Nesse caso, a pergunta que se deve fazer é: a previsibilidade do dano no caso concreto poderia ser exigida do homem médio?<sup>21</sup> Assim, nos ensinamentos de Damásio de Jesus, a previsibilidade objetiva pode ser entendida como “a possibilidade de antevisão do resultado por uma pessoa prudente e de discernimento”<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5.

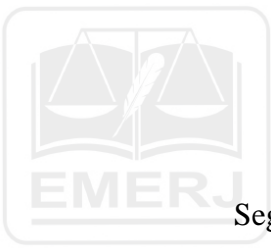
<sup>18</sup> Ibid. p. 4.

<sup>19</sup> Ibid. p. 5.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid. p. 6.

<sup>22</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal, Parte Geral, V. I.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 254, apud CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5.



Segundo o critério subjetivo, “a mesma aferição ocorre em vista das condições pessoais do agente”<sup>23</sup>. Para fins de constatação da responsabilidade do profissional médico pelo dano que tenha causado ao paciente, este será o critério adotado. Para fins de aferição da previsibilidade subjetiva, “é questionada a possibilidade de o sujeito, ‘segundo suas aptidões pessoais e na medida de seu poder individual’, prever o resultado”<sup>24</sup>.

A previsibilidade deve ser, portanto, analisada no instante da realização da conduta e nas condições em que se encontrava o sujeito, e não em momento posterior<sup>25</sup>. Conforme elucidado por José Carlos Maldonado de Carvalho, “a previsibilidade genérica, abstrata ou remota, não configura a culpa e, conseqüentemente, a responsabilidade médica”<sup>26</sup>. Complementa Aníbal Bruno afirmando que a previsibilidade “[...] dá o limite da responsabilidade do agente pelos resultados que decorrem da sua falta de diligência inicial. Só pelos resultados previsíveis responderá o agente”<sup>27</sup>.

Portanto, além do cumprimento do dever de informação aqui já mencionado, o profissional médico só se eximirá de culpa caso o evento tenha sido totalmente imprevisível ou, quando previsível, não era esperada outra conduta por parte daquele profissional médico naquele momento que não a que fora adotada por ele, segundo os critérios apontados.

### **3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR**

Questão de suma importância é a análise da responsabilidade civil do médico à luz do CDC. Nos ensinamentos de Sergio Cavaliere Filho,

---

<sup>23</sup> CARVALHO. op. cit. p. 5.

<sup>24</sup> JESUS. op. cit. p. 254.

<sup>25</sup> CARVALHO. op. cit. p. 5.

<sup>26</sup> Ibid. p. 6.

<sup>27</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral. V.1*. São Paulo: Nacional de Direito, 1956, *apud* CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.



a responsabilidade médica/hospitalar deve ser examinada por dois ângulos distintos. Em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar, a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, ai incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc.<sup>28</sup>

O presente estudo limita-se a tratar da questão da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal.

Apresentando-se como uma exceção dentro do sistema adotado pelo CDC, a responsabilidade dos profissionais liberais - e ai inclui-se o profissional médico - será apurada mediante a verificação de culpa<sup>29</sup>. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade subjetiva (artigo 14, §4º do CDC), na qual além dos elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil (conduta, dano e nexo causal), é preciso aferir a culpa quando da conduta do agente.

Profissional liberal é aquele que:

exerce uma profissão livremente, com autonomia, sem subordinação. Em outras palavras, presta serviço pessoalmente, em caráter permanente e autônomo, por conta própria e sem vínculo de subordinação, independente do grau de intelectualidade ou de escolaridade<sup>30</sup>.

A exclusão do profissional liberal do sistema geral da responsabilidade objetiva deve-se ao fato de sua atividade ser exercida pessoalmente, a determinadas pessoas, *intuitu personae* e, na maioria das vezes, com base na confiança recíproca. Não se trata de contratos de adesão, mas sim de serviços negociados<sup>31</sup>. Todavia, a exceção se restringe à responsabilidade objetiva e tão somente a ela, estando sujeitos a todos os princípios e normas que regem o CDC<sup>32</sup>.

No que tange à prova de culpa, será necessário averiguar no caso concreto se o profissional médico assumiu uma obrigação de meio ou de resultado, em que pese ser, via de regra, uma obrigação de meio.

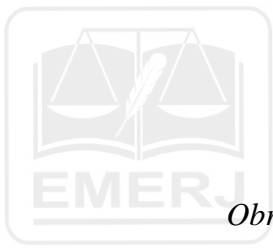
<sup>28</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 312.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid. p. 313.

<sup>32</sup> Ibid.



*Obrigação de resultado* é “aquela em que o profissional liberal assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o que haverá inadimplemento”<sup>33</sup>. A culpa, nesses casos, é *presumida*. É o caso, por exemplo, das cirurgias embelezadoras.

A culpa presumida é, em verdade, espécie do gênero responsabilidade subjetiva. A culpa decorrente do inadimplemento da obrigação devida nas relações jurídicas previamente estabelecidas pelas partes, como, por exemplo, na obrigação contratual, é, em geral, presumida. Assim, há a inversão da prova, cabendo ao devedor fazer prova que a obrigação não foi cumprida pela ocorrência de alguma causa excludente do nexo causal ou, então, fazer prova de que não agiu com culpa. É preciso, portanto, que o causador do dano faça prova da existência de uma circunstância imprevisível e/ou inafastável, capaz de eximir-lhe a responsabilidade pelo acontecimento daquele dano<sup>34</sup>.

Nas cirurgias embelezadoras o paciente busca o profissional médico com a finalidade de melhorar sua aparência, corrigir algumas imperfeições físicas etc.<sup>35</sup> Cumpre ressaltar que “ninguém assume os riscos e os gastos de uma cirurgia estética para ficar igual ou pior do que estava”<sup>36</sup>. O médico, portanto, nesses casos, assume o compromisso de proporcionar ao paciente aquilo que ele almeja ao realizar aquela cirurgia<sup>37</sup>.

Assim, se o resultado querido não é possível, deve o profissional médico informar ao paciente desde já, sob pena de não eximir-se de sua responsabilidade legal<sup>38</sup>.

Aponta Sérgio Cavalieri Filho:

Em caso de insucesso na cirurgia plástica estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico Sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 53.

<sup>35</sup> Ibid. p. 314.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> CAVALIERI FILHO. op. cit. p. 312.



Já a obrigação de meio é aquela, mormente, assumida pelo profissional médico.

Nessa modalidade de obrigação, o profissional médico, conforme explicita Sergio Cavalieri

Filho:

apenas se obriga a colocar sua atividade técnica, habilidade, diligência e prudência no sentido de atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Enquanto o conteúdo da obrigação de resultado é o resultado em si mesmo, o conteúdo da obrigação de meio é a atividade do devedor<sup>40</sup>.

Nos casos de obrigação de meio, portanto, é preciso provar a culpa do agente no caso concreto. Caberá à vítima dois ônus: o ônus da prova e o ônus da culpa<sup>41</sup>

Os médicos, nos casos em que assumem uma obrigação de meio, não podem se responsabilizar pela “obrigação de curar o doente ou salvá-lo”<sup>42</sup>. Sua obrigação, em verdade, “é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência”<sup>43</sup>. Não pode, portanto, comprometer-se a curar o paciente, mas sim a prestar os seus serviços segundo as regras e métodos que exigem a profissão, inclusive os cuidados e conselhos<sup>44</sup>. Em caso de não alcançar o resultado almejado, não poderá ser responsabilizado, a menos que provada sua culpa. Em contrapartida, caso se comprometa a curá-lo, responderá por perdas e danos caso o resultado prometido não seja alcançado.

Quando se tratar de obrigação de meio, caberá ao paciente, no caso concreto, provar que por meio de culpa do profissional médico o resultado esperado não foi obtido, ao que se denominada de culpa provada. Se o paciente, por sua vez, não se desincumbir desse ônus, em nada poderá ser responsabilizado o profissional médico pelos danos ocasionalmente gerados frutos daquela intervenção.

Dentro da relação médico-paciente, o médico tem o dever de zelar pela dignidade do paciente, parte mais fraca dessa relação, especialmente zelando por sua integridade física e

---

<sup>40</sup> Ibid. p. 313.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Ibid. p. 314.

<sup>44</sup> Ibid.



psíquica, prestando todas as informações necessárias a respeito de sua saúde, bem como acerca dos tratamentos disponíveis. A inobservância desse dever no desenvolver de sua atividade pode vir a acarretar para o paciente danos de ordem moral e/ou material e que, por sua vez, gerarão o dever de indenizar por parte daquele <sup>45</sup>.

A violação desse dever de informação pelo profissional médico constitui violação de direitos da personalidade, bem como do direito à autodeterminação e do direito à integridade psicofísica, todos estes associados ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana <sup>46</sup>.

O descumprimento do dever de informar pode decorrer tanto de fato ou vício da informação. A configuração do vício ou do fato do serviço, por sua vez, depende do resultado e segurança que se espera do serviço, o que está intimamente ligado ao risco inerente aos métodos que foram colocados à disposição do paciente <sup>47</sup>.

Tal descumprimento pode acabar por tornar o serviço defeituoso, inseguro quando se está a tratar de informações sobre um eventual risco ou, até mesmo, viciado quando se tratar de adequada e eficiente utilização de um serviço médico, por exemplo <sup>48</sup>.

Afirma Paula Moura Francesconi de Lemos sobre o tema:

Se configurada falha informativa, sem a presença de dano ressarcível, ocorre o chamado vício do serviço (artigo 20 do CDC), mas se ocorrer defeito informativo, que acarreta danos passíveis de restituição ou compensação, há fato do serviço (artigo 14 do CDC). O vício de informação de serviços médicos, apesar de não gerar diretamente dano patrimonial ou extrapatrimonial reparável, gera a responsabilidade civil do médico e confere, consoante interpretação do artigo 20 do CDC, à luz do caso em comento, o direito do paciente de compelir o médico a prestar a informação correta, clara e adequada, ou devolver o valor pago a título de remuneração pelo serviço prestado, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, abatimento do preço, ou até mesmo a rescisão do contrato de prestação de serviços médicos <sup>49</sup>.

Os pressupostos para configurar a responsabilidade do profissional médico por fato do serviço decorrente do descumprimento do dever de informar são, segundo Paula Moura

---

<sup>45</sup> PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação Médico-Paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 149.

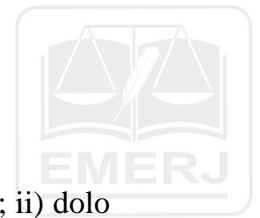
<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Ibid. p. 180.

<sup>48</sup> Ibid. p. 181.

<sup>49</sup> Ibid.





Francesconi de Lemos Pereira: “ i) a existência de uma conduta omissiva voluntária; ii) dolo ou culpa; iii) o dano injusto sofrido pelo paciente, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; e iv) o nexo de causalidade entre o dano e a informação defeituosa”<sup>50</sup>.

São três, portanto, as possíveis hipóteses de responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informar:

Intervenção ou tratamento médico realizado sem consentimento informado, mas que acarretou danos ao paciente; Intervenção ou tratamento médico realizado sem consentimento informado, mas que não acarreta danos aos paciente [sic] e; A falta de informação médica e a perda de uma chance<sup>51</sup>.

Cumprir informar que mesmo que não haja erro médico, a simples intervenção médica sem a informação devida que resulte na piora do estado de saúde do paciente já será suficiente para ensejar a reparação pelos danos morais ocasionados pela falta do consentimento informado, acrescidos dos eventuais danos materiais em decorrência da piora no estado de saúde do paciente<sup>52</sup>. Em contrapartida, se a falta de informação ocasionar prejuízo menor se comparada ao benefício do tratamento, não há que se falar em responsabilização do profissional médico<sup>53</sup>.

Pode-se dizer que o dano oriundo da falta de informação é um dano autônomo, uma espécie de dano extrapatrimonial, nesta que decorre da violação do direito à liberdade e afeta a autonomia privada.

No entanto, não há uma sistematização dessa responsabilidade, ficando a critério do aplicador do Direito, tendo por fundamento as regras e princípios norteadores da relação médico-paciente, estabelecer as normas que serão aplicadas ao caso concreto, assim como os critérios de aferição de responsabilidade e reparação dos danos eventualmente enfrentados pelo paciente, fruto da violação do dever de informação por parte do profissional médico<sup>54</sup>.

---

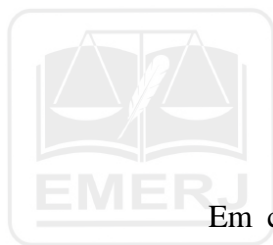
<sup>50</sup> Ibid. p. 182.

<sup>51</sup> Ibid. p. 184.

<sup>52</sup> Ibid. p. 184-185.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Ibid. p. 176.



Em contrapartida, no que diz respeito ao dever de informar, o médico exime-se de responsabilidade caso o paciente exerça seu direito de não ser informado ou, dependendo do caso, a situação autorize o médico a omitir dado relativo à saúde do paciente, pois, os prejuízos poderiam ser piores, por exemplo, o que não afasta seu dever de informar aos familiares ou responsáveis, os quais terão legitimidade para decidir em nome do paciente <sup>55</sup>.

Outra hipótese em que deve ser afastada a responsabilidade civil do profissional médico é no caso de riscos inesperáveis <sup>56</sup>. Dessa forma, mesmo nos casos em que o médico informa a respeito dos riscos previsíveis se isenta de responsabilidade, mesmo que aquele não tenha alcançado o resultado desejado, que não por sua própria negligência, imprudência ou imperícia, vez que sua obrigação, via de regra, como dito, é de meio, não de resultado <sup>57</sup>.

São, também, casos de excludentes do consentimento livre e esclarecido, segundo a autora: “i) interesse público; ii) situações de urgência ou emergência médicas; iii) privilégio terapêutico [...]” <sup>58</sup>, além do fato exclusivo da vítima; fato exclusivo de terceiro e; caso fortuito ou força maior.

#### 4. DANO IATROGÊNICO E ERRO MÉDICO: DISTINÇÕES

Muito se confunde na comunidade médica e na doutrina jurídica a Iatrogenia propriamente dita com a chamada imperícia médica, que configura, por sua vez, a culpa do profissional médico (erro médico) e dá ensejo ao dever de indenizar por parte daquele. Nas palavras de José Carlos Maldonado de Carvalho:

---

<sup>55</sup> Ibid. 192-193.

<sup>56</sup> SOUZA, Alex Pereira; COUTO FILHO, Antonio Ferreira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 44, *apud* PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação Médico-Paciente: O Respeito à Autonomia do Paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 192.

<sup>57</sup> PEREIRA. *op. cit.* p. 193.

<sup>58</sup> Ibid.



iatrogenia e responsabilidade civil, dentro de um universo jurídico eminentemente conflitual, são termos inconciliáveis e excludentes. Inconciliáveis porque a iatrogenia, ou o “erro escusável” – *faut du service*<sup>59</sup>-, uma vez caracterizada, não gera a responsabilidade em qualquer uma de suas vertentes: civil penal e administrativa. Aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica<sup>60</sup>.

Por outro lado, a falta do chamado “dever objetivo de cuidado” configura a responsabilidade civil do médico e lhe impõe, além das sanções administrativas e penais, o dever de reparar o dano. Os efeitos indesejáveis, possíveis de serem evitados pelo profissional médico, caracterizam, via de regra, a responsabilidade civil deste e acarretariam o dever de reparar o dano.<sup>61</sup>

Em contrapartida, a Iatrogenia e o chamado “dano iatrogênico” não caracterizariam a responsabilidade civil e, por sua vez, o dever de reparar por parte daquele profissional<sup>62</sup>. Isto porque a Iatrogenia, pelo significado da própria palavra, embora ligada a um efeito previsível, esperado ou não, decorrem do “iter procedimental”<sup>63</sup>, ou seja, o dano causado ocorre do próprio atuar médico. Como bem salienta o autor:

[...] as lesões que decorram de “falha do comportamento humano”, cuja causa geradora tenha sido a imprudência, a negligência ou a imperícia médica, não tipifica o dano iatrogênico, ingressando, pois, no campo da ilicitude e, conseqüentemente, na esfera específica da responsabilidade civil<sup>64</sup>.

Todavia, o agir do profissional médico com negligência, imprudência ou imperícia médica jamais irá ocasionar o dano iatrogênico e, conseqüentemente, não irá excluir sua responsabilidade civil e seu dever de indenizar. Isto porque tais condutas ensejam a figura do chamado dano culpável, ato ilícito<sup>65</sup>.

<sup>59</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Editora Nacional de Direito, 1956, p. 472, *apud* CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico Sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

<sup>60</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico Sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.* p. 7.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.* p. 7-8.



Conclui-se, portanto, que os requisitos identificadores do dano iatrogênico, segundo José Carlos Maldonado de Carvalho são: “a previsibilidade do dano (sequela) e a necessidade de sua produção”<sup>66</sup>. O resultado, portanto, por ser previsível, é necessário. Trata-se de um meio lícito para se atingir o resultado querido, não deixando de observar jamais os procedimentos técnicos recomendados pela doutrina e prática médica.<sup>67</sup>

O erro inescusável ou não justificável, por outro lado, é punível, devendo ser apreciado pelo Poder Judiciário no caso concreto<sup>68</sup>. Dessa forma, uma vez identificado um vício procedimental, que visa tão somente camuflar um resultado desfavorável ao paciente, configurada estará a conduta ilícita do profissional médico, sujeita a punição pelo Judiciário<sup>69</sup>.

O dolo eventual e a culpa consciente adentram na esfera da responsabilidade subjetiva, afastando a Iatrogenia e configurando a responsabilidade do profissional médico e, por conseguinte, o dever de indenizar<sup>70</sup>.

## CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho, analisa-se a relação médico-paciente, destacando-se a relevância do dever de informação, pelo qual todas as informações necessárias ao estado de saúde, bem como tratamentos e medicamentos disponíveis devem ser informados ao paciente para que esse possa exercer seu consentimento livre e esclarecido.

É, então, apresentado o conceito do fenômeno da Iatrogenia, que nada mais é que o dano causado ao paciente pela intervenção médica, quando não incorrer em culpa, quando

---

<sup>66</sup> Ibid. p. 8.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Ibid. p. 9.

<sup>70</sup> Ibid.



configurará o erro médico. Esse, por sua vez, adentra à seara da responsabilidade civil, recaindo sobre o profissional médico o dever de reparar o dano causado.

A Iatrogenia, como dito, pode vir a trazer sérias complicações aos pacientes, muitas vezes de ordem psíquica, associada à frustração do resultado não atingido e, até mesmo, com o aparecimento de novas doenças frutos do dano iatrogênico. Ela caracteriza-se pela previsibilidade do dano, esperado ou não.

Na abordagem da responsabilidade civil, foram apresentados conceitos e elementos integrantes dessa voltados, especificamente, para o profissional liberal. Como dito, a responsabilidade do profissional médico, à luz do CDC, é subjetiva, ou seja, mediante prova da culpa. Assim, cabe ao paciente comprovar que o médico, em seu atuar, agiu com culpa. Caso contrário, não responderá este último pelos danos supostamente alegados.

O médico, via de regra, assume obrigação de meio. Em sendo assim, não tem o dever de atingir o resultado querido, devendo valer-se de todos os meios possíveis para tanto, segundo as regras que prevê a ciência médica. Excepcionalmente, nos casos das chamadas cirurgias embelezadoras, o profissional médico assume obrigação de resultado. Nesses casos, o resultado querido deve ser atingido, sob pena de incorrer em culpa e recair sobre si o dever de reparar o dano causado ao paciente.

Também responderá civilmente o médico quando deixar de cumprir o dever de informação, inerente à relação médico-paciente. Isso porque, quando descumprido esse dever, o paciente não poderá consentir com as decisões tomadas pelo profissional médico, o que acabará por tirar a legitimidade do ato médico, tornando-o ilícito.

Ao fim da abordagem sobre a responsabilidade civil do profissional médico, são apresentadas as hipóteses em que este profissional ficará isento de responsabilidade. O médico não responderá, por exemplo, quando o paciente exercer seu direito de não querer ser informado sobre seu estado de saúde. Também não responderá nos casos em que os riscos



forem totalmente imprevisíveis. Outrossim, exclui-se a responsabilidade médica no que tange a descumprimento de informar quando houver interesse público; situações de urgência e emergência; e nos casos de privilégio terapêutico.

Ao final, é trazida a discussão acerca da confusão doutrinária e jurisprudencial que se faz envolvendo o dano iatrogênico do erro médico propriamente dito. Conforme exposto, a Iatrogenia é fruto do atuar médico, com observância de todas as regras procedimentais previstas pela ciência médica. O dano sofrido pelo paciente é inevitável, decorre da atuação do profissional médico, não por culpa deste, mas porque, muitas das vezes, as cirurgias ou tratamentos recomendados pressupõem riscos ao paciente.

Por outro lado, o erro médico decorre da falta objetiva do dever de cuidado daquele profissional. Nestes casos, o médico poderia ter agido de maneira adversa, mas por imprudência, negligência ou imperícia, ocasionou o dano suportado pelo paciente. Provada a culpa do profissional médico, bem como a conduta, o dano e o nexos causal, elementos essenciais à responsabilidade subjetiva, configurado estará o dever de indenizar por parte daquele.

Conclui-se, portanto, que a Iatrogenia de fato tem o condão de excluir a responsabilidade civil do profissional médico, mas sua alegação deve ser vista com cautela pela linha tênue que a separa do conceito de *erro médico*. Cabe ao magistrado, respaldado em laudos periciais e na sua experiência, averiguar quando se estará diante de uma conduta por parte do médico em consonância com todos os preceitos médicos legais e quando, por algum motivo, deixou-se de observar o que manda a ciência médica, incorrendo em culpa nesses casos e, conseqüentemente, na sua responsabilidade pelos danos causados ao paciente.

A Iatrogenia, pois, não pode ser acolhida como matéria de defesa em todas as demandas que envolvem o tema. O dano iatrogênico pode não ser punível, mas o erro



médico pode e dever ser apurado e recriminado pelo Poder Judiciário, sob pena de se estar legitimando condutas ilícitas por parte desses profissionais.



## REFERÊNCIAS

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral, V. 1*. São Paulo: Editora Nacional de Direito, 1956.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico Sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal, Parte Geral, V. 1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação Médico-Paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIÚ, Jorge Alberto. *Responsabilidad profesional de los médico* [sic]. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1981.

SOUZA, Alex Pereira; COUTO FILHO, Antonio Ferreira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade médica na experiência contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 01, V. 02, abr./jun. 2000.





## A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Camilla Oliveira Ribeiro

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho analisa o princípio *nemo tenetur se detegere* e as suas decorrências no processo penal. Inicialmente, estuda a sua evolução histórica, perpassando pela ótica constitucional e seus princípios mais ligados com o *nemo tenetur se detegere*. A partir desse enfoque, trata-se do direito fundamental à não autoincriminação como meio de prova no sistema processual penal brasileiro. Trata da relação entre o direito de não produzir prova contra si mesmo e a efetividade da Lei nº 12.654/2012, que prevê a criação de banco de dados de perfis genéticos com o material coletado dos investigados e condenados. No âmbito da identificação criminal, especificamente, traz o presente artigo considerações acerca de alguns casos concretos com grande repercussão no cenário nacional, a fim de melhor elucidar a relação entre este instituto e a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*.

**Palavras chaves:** Direito processual penal; Princípio *nemo tenetur se detegere*; Direito fundamental ; Identificação criminal; Lei nº 12.654/2012; Direito de não produzir provas contra si mesmo.

**Sumário:** Introdução. 1. Breves considerações acerca da aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* ao longo da história. 2. O princípio *nemo tenetur se detegere* como direito fundamenta de primeira geração. 3. A aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* na identificação criminal. 4. Consequências da violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O princípio *nemo tenetur se detegere*, conforme será demonstrado neste trabalho, possui participação imprescindível no âmbito do processo penal brasileiro, eis que assegura ao acusado o direito à não autoincriminação. Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, este direito de não produzir provas contra si mesmo, representado pelo mencionado princípio, consolidou-se como

direito fundamental, de modo a ser incorporado efetivamente no ordenamento jurídico pátrio.

O presente artigo científico analisa o princípio *nemo tenetur se detegere* sob suas diversas formas de manifestação, sendo dado destaque à sua aplicação no tocante à identificação criminal. Da mesma forma, destaca-se a aplicação do referido princípio sob o prisma dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, da presunção de não culpabilidade e da dignidade da pessoa humana. O princípio do *nemo tenetur se detegere* é um princípio de civilidade, típico do modelo acusatório, pois graças a ele o acusado não é mais considerado como a pessoa que deve contribuir e iluminar o juiz com o seu conhecimento.

Será feito um estudo da aplicabilidade do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando confrontado a possibilidade de identificação criminal do investigado ou condenado. Será demonstrado que todas as suas manifestações são extremamente importantes para o devido respeito do cidadão perante o poder estatal, sendo impossível relativizar tal princípio, sob pena de ocorrer verdadeiro retrocesso frente ao Estado Democrático de Direito.

O estudo, baseado em ampla pesquisa bibliográfica na doutrina pátria, será complementado com a citação de jurisprudência correlata, cujo objetivo será verificar se a garantia constitucional em tela de fato confere ao acusado a possibilidade de não produzir prova contra si mesmo, tendo em vista a possibilidade de identificação criminal no âmbito da prova no processo penal.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.



## 1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* AO LONGO DA HISTÓRIA

Em primeiro lugar, é importante destacar o significado da expressão *nemo tenetur se detegere*, que se traduz na ideia de que ninguém é obrigado a se descobrir.

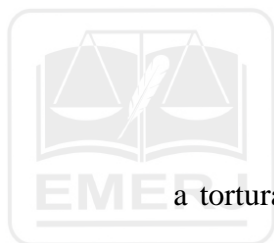
A aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* foi evoluindo ao longo do tempo. Nos primórdios, por volta de 1.700 a.C., o Código de Hamurabi que, assim como as Leis Escritas de Manu, redigidas entre os séculos II a.C. e II d.C., não dispunha de maneira formal acerca do interrogatório do acusado, prevendo, contudo, a possibilidade deste ser ouvido sob juramento.

Por volta do século III a.C, o Talmud, que teve sua base nos cinco livros de Moisés, de maneira discreta, começou a introduzir o que hoje se traduz pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, eis que a lei previa a vedação de qualquer pessoa confessar ou testemunhar contra si mesmo.

Nas civilizações clássicas, Grega e Romana, foi negada a existência do direito *nemo tenetur se detegere*, visto que o silêncio do réu era considerado como confissão, sendo utilizadas técnicas de tortura em busca da verdade real, salvo em crimes capitais.

Na Idade Média, em sede do processo inquisitório, o interrogatório era considerado meio de prova, inexistindo o direito ao silêncio, o que fez desse período aquele em que mais se negou o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

A consagração do princípio *nemo tenetur se detegere* ocorreu com o Iluminismo, período em que surgiram as ideias acerca das garantias penais e processuais penais. A aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, então, passou a combater



a tortura como método de obtenção de confissão<sup>1</sup>, o que fez com que o acusado não fosse mais visto como objeto exclusivo de prova.

Na Idade Contemporânea, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, nada fora mencionado acerca do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Todavia, há que se ressaltar a referência feita à presunção de não culpabilidade.<sup>2</sup>

Por sua vez, com a aprovação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969, foi reconhecido, finalmente, o princípio do *nemo tenetur se detegere* entre as garantias penais e processuais penais mínimas a serem respeitadas em relação ao acusado.

No Brasil, desde as Ordenações Manuelinas, datadas de 1514, o direito ao silêncio em favor do acusado é garantido. Porém, tal direito não era na prática efetivamente aplicado, uma vez que o réu era frequentemente submetido a torturas, ou a imposição de multas, a fim de que prestasse declarações acerca do fato delituoso. Vale ressaltar, que, somente com a Constituição de 1824, a tortura foi eliminada juridicamente do ordenamento brasileiro.

Na atual Constituição da República, o princípio do *nemo tenetur se detegere* está previsto no artigo 5º, inciso LXIII, o qual dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Há também a presença do direito a não autoincriminação em outros dispositivos constitucionais, como os que asseguram os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV), e da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII).

---

<sup>1</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8

<sup>2</sup> Ibid., p. 26.



Por fim, é imprescindível ressaltar as modificações acerca do interrogatório judicial previsto na legislação processual penal, inseridas com a promulgação da Lei nº 10.792/2003. Como principal exemplo, tem-se o artigo 186, que passou a dispor em seu parágrafo único que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Observa-se, portanto, que a evolução do princípio *nemo tenetur se detegere* derivou em uma exclusão de presunção de culpabilidade quando do exercício do direito ao silêncio do acusado.

## **2. O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRIMEIRA GERAÇÃO**

O princípio *nemo tenetur se detegere* é considerado, sem qualquer dúvida, pelo ordenamento pátrio, como um direito fundamental de primeira geração, isso é, direito ligado à liberdade. A ausência de um dispositivo específico tratando do referido princípio não é óbice para o reconhecimento deste direito geral à não autoincriminação.

É importante observar, que o princípio, ora estudado, não é apenas reconhecido pelo enunciado do artigo 5º, inciso LXIII, da CRFB/88, que trata do direito ao silêncio<sup>3</sup>, mas também por suas várias outras formas de manifestação.

Uma das maiores características do direito fundamental é a proteção do indivíduo contra excessos e abusos do poder estatal. E, nesse contexto, segundo Maria Elizabeth Queijo, o princípio *nemo tenetur se detegere*, entendido como direito fundamental, é indispensável para “o resguardo contra violências físicas e morais,

---

<sup>3</sup> Ibid., p. 54-55.



empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.”<sup>4</sup>

Com efeito, é fácil notar que o princípio *nemo tenetur se detegere* não se restringe unicamente pela tradução ao direito ao silêncio, sendo correto afirmar que tal princípio configura-se na reunião de outros mais princípios constitucionais, dentre os quais merecem destaque o devido processo legal, a ampla defesa, a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana.

### **2.1. *Nemo tenetur se detegere* e o devido processo legal e a ampla defesa**

Previsto no art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88, o princípio do devido processo legal remonta do direito anglo-saxão, com a finalidade de limitar o poder autoritário das autoridades para garantir às partes um processo justo.

A doutrina autorizada define o devido processo legal como “conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”<sup>5</sup>. Tais garantias, além de servirem aos interesses das partes, afiguram-se como direitos públicos subjetivos destas, configurando verdadeiras salvaguardas do próprio processo.

É imperioso observar que o devido processo legal serve como base para diversos outros princípios, sendo uma das mais amplas e relevantes garantias constitucionais.

---

<sup>4</sup> Ibid., p.55.

<sup>5</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed.: Malheiros, 2008, p. 88.



Sobre o assunto, leciona Gilmar Ferreira Mendes<sup>6</sup>:

[...] no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.

Observando mais precisamente o processo penal, tem-se que o devido processo legal possui íntima ligação com a garantia da presunção de inocência ou não culpabilidade, bem como com as garantias referentes à prisão, tais como o direito ao silêncio, a assistência da família e de advogado, entre outras.

Assim, é evidente que o *nemo tenetur se detegere* compõe o que se entende por devido processo legal, visto que assegura a legitimação da função jurisdicional.

Conforme exposto, o direito à ampla defesa, com previsão no art. 5º, inciso LV, da CRFB/88, também está enquadrado na cláusula do devido processo legal.

Segundo as lições de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>7</sup>:

[...] A defesa pode ser subdividida em defesa técnica (efetuada por profissional habilitado) e autodefesa (realizada pelo próprio imputado). A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio.

A autodefesa, por sua vez, abrange o direito de audiência e o direito de presença. O primeiro se traduz na “oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório”, e o segundo, nada mais é do que a “possibilidade de o réu tomar

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 544.

<sup>7</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. rev. e atual. Bahia: Jus Podium, 2013, p. 59.



posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas”<sup>8</sup>.

De acordo com a Súmula n. 523 do STF, “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Tais garantias são indispensáveis para o equilíbrio entre as partes no processo, já que é notória a desigualdade de conhecimento técnico na relação entre Ministério Público e imputado. Assim, para que haja justiça na relação entre as partes, é imperioso que o acusado seja acompanhado de um profissional devidamente habilitado.

## **2.2. *Nemo tenetur se detegere* e a presunção de não culpabilidade associados à dignidade da pessoa humana**

O princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88, sendo corolário do devido processo legal e tendo uma forte ligação com o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, eis que ambos são vinculados ao modelo garantista brasileiro.

O princípio da não culpabilidade se traduz na garantia constitucional de que somente será reconhecida a autoria de uma infração criminal após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. “Antes desse marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade.”<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2001, p. 146.

<sup>9</sup> TÁVORA; ALENCAR, op. cit, p. 54.





No ordenamento jurídico brasileiro, a regra é a liberdade, sendo o encarceramento, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, medida excepcional.

Por tal razão, o legislador infraconstitucional, revogou o art. 595 do Código de Processo Penal, que condicionava o direito do réu de apelar ao recolhimento à prisão. Acompanhando essa alteração e em respeito ao princípio ora estudado, o STF firmou entendimento no sentido de que o status de inocência deve prevalecer até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário, sendo que a necessidade/utilidade da prisão cautelar requer devida demonstração.<sup>10</sup>

No campo probatório, além do ônus da prova recair exclusivamente sobre a acusação, o princípio da não culpabilidade garante ao acusado a possibilidade de se desobrigar a cooperar na investigação dos fatos. E é neste ponto que o *nemo tenetur se detegere* ganha forma, eis que é inadmissível tornar o imputado objeto da prova.

Isto, nada mais é, do que uma reafirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual afirma uma nova visão do homem na sua comunidade, no escopo de afastar das gerações presentes e futuras a possibilidade de se coisificar o ser humano.<sup>11</sup>

Nas lições de Flávia Piovesan<sup>12</sup>:

[...] O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 123456. Relator: Ministro Eros Graus. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2EENUME%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nd2tqb2>.>. Acesso em: 27 mar. 2015.

<sup>11</sup> BITAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. Org Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 253.

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 35.



A dignidade da pessoa humana deve ser plenamente observada no tocante à forma de proceder a instrução criminal pelo Estado. Isso porque, o imputado não pode ser coisificado, sendo sujeito de direitos. Dessa forma, são inadmissíveis a aplicação de medidas de cunho vexatório, humilhante ou que causem qualquer discriminação.

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, como impeditivo de tornar o acusado objeto de prova no processo penal, é corolário do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, o qual encontra amparo no art. 1º, inciso III da CRFB/88.

Por tal razão, o *nemo tenetur se detegere* só pode ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como sendo um direito fundamental. Nesse sentido leciona Maria Elizabeth Queijo<sup>13</sup>, “acolhida a dignidade humana como um dos valores fundamentais do Estado brasileiro, incorpora-se o *nemo tenetur se detegere* no elenco de direitos fundamentais, como dela decorrente, por força do disposto no aludido art. 5º, § 2º, da Constituição.”

O *nemo tenetur se detegere* deve ser, portanto, respeitado como princípio fundamental, eis que decorre das garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de não culpabilidade, e do mais fundamental de todos, que é a dignidade da pessoa humana. Todos esses princípios e garantias, incluindo o *nemo tenetur se detegere*, são corolários do Estado Democrático de Direito, os quais encontram amparo em nossa Lei Maior.

### **3. A APLICAÇÃO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL**

---

<sup>13</sup> QUEIJO, op. cit. p. 80.



A Constituição da República, em seu art. 5º, LVIII, assegura que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, ressalvados os casos previstos em lei.

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado em 2009, pela Lei nº 12.037/2009, a qual, em conformidade com o texto constitucional, traz a identificação criminal como exceção, de forma a apontar, em seu art. 3º, em rol taxativo, as hipóteses em que o civilmente identificado poderá ser também submetido à identificação criminal.

Nesse ponto, a pergunta que deve ser respondida é se a possibilidade de ser realizada a identificação criminal do acusado ou réu em alguns casos violaria o princípio *nemo tenetur se detegere*. Para responder tal indagação é preciso um estudo mais aprofundado sobre o instituto, como será feito a seguir.

### **3.1. A identificação criminal no Brasil**

A regra prevista no ordenamento jurídico brasileiro é a identificação civil, a qual pode ser atestada pela apresentação da carteira de identidade, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação profissional e identificação militar. Somente no caso em que tais documentos não forem apresentados é que se fará a identificação criminal do investigado.

A identificação criminal tem como finalidade auxiliar o processo penal, visto que é por meio dela que são registrados dados identificadores do agente que supostamente praticou a conduta delitiva. Tal identificação permite que apenas àquele agente seja imputado a prática do crime e, conseqüentemente, só a ele sejam impostas as



sanções devidas. Ademais, conforme ensina Mário Sérgio Sobrinho<sup>14</sup>, “a identificação servirá como meio de prova colocado à disposição das pessoas inocentes que possam demonstrar que não são verdadeiras autoras das infrações penais, quando houver equívoco de identidade.”

A identificação criminal, quando possível, a princípio, era realizada ou pelo processo datiloscópico, isto é, coleta de impressões digitais; ou pelo processo fotográfico, a fim de constranger minimamente o identificado.

Todavia, com a entrada em vigor da Lei nº 12.654, em 28 de maio de 2012, foi introduzido o parágrafo único ao art. 5º da Lei nº 12.037/2009, de forma a autorizar a inclusão da coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético na identificação criminal.

Assim, a partir da vigência da nova lei, são três as formas de identificação criminal, a saber: datiloscopia, fotográfica e pelo perfil genético, popularmente conhecido como DNA.

### **3.2. Coleta de material biológico do investigado ou condenado – comentários à Lei nº 12.654/12**

A Lei nº 12.654/2012, que prevê a criação de banco de dados de perfis genéticos com o material coletado dos investigados e condenados, cuja finalidade dessa coleta é a possibilidade de comparação dos vestígios deixados com as informações constantes desse banco de dados para que se possa descobrir o verdadeiro autor do crime, alterou a Lei 12.037/2009, que trata da identificação criminal e a Lei 7.210/1984, mais conhecida como Lei de Execuções Penais.

---

<sup>14</sup> SOBRINHO, Mário Sérgio. *A identificação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 56.



É importante informar que, no Brasil, o Banco Nacional de Perfis Genéticos foi regulamentado pelo Decreto nº 7.950/2013, sendo ele responsável pelo armazenamento dos dados de perfis genéticos, os quais poderão ser utilizados na persecução criminal. Trata-se, em verdade, de uma rede de compartilhamento, que possibilita a comparação de perfis genéticos constantes nos bancos da União com os Estados e o Distrito Federal.

Em respeito às normas constitucionais e internacionais acerca dos direitos humanos, genoma humano e dados genéticos, as informações genéticas armazenadas nesses bancos de dados não poderão traçar perfis somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto a determinação genética de gênero.

O armazenamento dos dados de perfis genéticos terá caráter sigiloso, sob pena daquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos do previsto em lei responder civil, penal ou administrativamente.

Observa-se que a Lei nº 12.654/2012 permite a coleta de material biológico do sujeito para a obtenção de perfil genético em duas hipóteses, a saber: durante as investigações para a apuração da autoria do crime e quando o réu já tiver sido condenado em razão do cometimento de determinado delito.

A coleta do material biológico do suspeito na fase de investigação criminal, nos termos do art. 5º da Lei nº 12.037/2009, é determinada por decisão judicial fundamentada, proferida de ofício, ou mediante requerimento da autoridade policial, do Ministério Público ou da própria defesa. Essa determinação somente deverá ocorrer se tal prova for essencial às investigações policiais.

Cumpre esclarecer que, em sede investigativa, independentemente de qual foi o delito praticado pela pessoa, é possível a determinação da coleta de material biológico.

Os dados dos perfis genéticos ficarão devidamente armazenados até o término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do crime.



A segunda hipótese em que é permitida a coleta de material biológico da pessoa para a obtenção do seu perfil genético é na execução penal. A Lei nº 12.654/2012 acrescentou o art. 9º-A à Lei de Execuções Penais.

O réu, já definitivamente condenado, deverá ter seu material biológico coletado nos casos de ter sido condenado ou por crime doloso praticado com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por crime hediondo de qualquer espécie.

Essa identificação do perfil genético do condenado, mediante extração de seu DNA, é obrigatória por força legal, não necessitando, sequer, de autorização judicial. Trata-se de providência automática decorrente da condenação.

### **3.3. O direito de não produzir prova contra si mesmo e a efetividade da Lei nº 12.654/2012**

O princípio *nemo tenetur se detegere*, conforme demonstrado no presente estudo, é direito fundamental assegurado na Lei Maior da República.

Diante da aplicação de tal princípio, questiona-se a real efetividade da Lei nº 12.654/2012 no tocante à obrigatoriedade ou não do indivíduo ter que fornecer seu material biológico para a obtenção de seu perfil genético.

Sem qualquer polêmica, havendo livre consentimento, é plenamente possível a coleta de material genético do investigado ou condenado com a finalidade de produzir prova de natureza criminal.

Da mesma forma, nos termos do art. 6º, I, II, III e VII do Código de Processo Penal, não há óbice à apreensão e utilização de material genético desprendido do corpo do investigado ou condenado, independentemente de qualquer autorização ou consentimento. Isso, inclusive, já ocorreu no Brasil em dois casos emblemáticos.



No caso “Pedrinho”, menino sequestrado no hospital em que nasceu, apesar dos envolvidos não terem consentido a coleta de seu material biológico para a investigação, foi recolhido pela autoridade policial o resto de cigarro deixado no cinzeiro do Distrito Policial pela irmã de Pedrinho, Roberta Jamily, também suspeita de ter sido sequestrada quando criança, o qual continha a saliva de Roberta. Após a realização de exame de DNA no material recolhido, confirmou-se que Roberta não era filha de Vilma, mulher que a criou juntamente com Pedrinho.

A utilização do material genético sem o consentimento de Roberta foi contestado pela defesa, porém, os Tribunais entenderam pela sua validade.

Semelhante foi o caso de Glória Trevi, cantora mexicana, que ficou grávida enquanto cumpria pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional brasileiro. À época, a cantora alegou ter sido vítima de estupro dentro do presídio, o que foi negado pelos supostos envolvidos. Para elucidar o caso, aguardou-se o nascimento do filho de Glória Trevi para que fosse realizado o exame de DNA a partir da placenta desintegrada do corpo dela. Também neste caso, a obtenção da prova foi considerada pelos Tribunais absolutamente lícita.

Todavia, nas lições de Renato Marcão<sup>15</sup>:

A intervenção não consentida no corpo do investigado ou réu – violenta, portanto – com vistas à extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), ainda que por técnica adequada e indolor, com intuito de obter a identificação de seu perfil genético que servirá como prova de natureza criminal, é providência desaprovada na ordem constitucional vigente.

Em razão do direito de não produzir prova contra si mesmo ser assegurado pela CRFB/88, tendo em vista a melhor interpretação do art. 5º, LXIII, e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, II, g, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se assentado no sentido de que o acusado não é obrigado a

---

<sup>15</sup> MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.



fornecer padrão vocal ou padrão de escrita a fim de que sejam realizadas perícias que possam prejudicá-lo. Senão vejamos<sup>16</sup>:

**EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE.**

Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido.

Ora, por uma questão lógico-sistemática, certamente o mesmo raciocínio deverá ser aplicado quanto ao fornecimento de material biológico.

#### **4. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGRE***

O princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo direito fundamental de inquestionável relevância, deve ser sempre assegurado e respeitado, não podendo ser admitido, num Estado Democrático de Direito, o abandono de um direito fundamental para que seja imputado a alguém a prática de um crime.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 77135, Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2877135%2EENUME%2E+OU+77135%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n884vt3>>. Acesso em: 27 mar. 2015.





Segundo Maria Elizabeth Queijo<sup>17</sup>, *as provas colhidas com infringência ao princípio em foco são ilícitas.*

Desta forma, o reconhecimento e o respeito ao princípio *nemo tenetur se detegere* fortalecem a aplicação de outras garantias fundamentais, tais como o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana.

É imprescindível, portanto, em virtude do Estado Democrático de Direito e da Carta Constitucional de 1988, que assegura inúmeras garantias fundamentais a toda e qualquer pessoa humana, independentemente de haver contra ela investigação ou processo criminal em curso, o reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere* e todas as suas decorrências, sob pena de insegurança jurídica no ordenamento brasileiro.

## CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, buscou-se a analisar como o princípio *nemo tenetur se detegere*, elencado na Carta da República como direito fundamental, aplica-se como meio de prova no processo penal brasileiro.

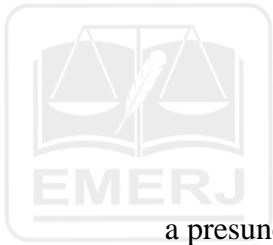
Verifica-se a relação íntima desse princípio com as garantias à ampla defesa, ao devido processo legal, à presunção de não culpabilidade e à dignidade da pessoa humana. Em verdade, o reconhecer o princípio *nemo tenetur se detegere* representa a vitória desse direito fundamental imprescindível frente aos sistemas autoritários e absolutistas, os quais pregavam a inexistência da defesa dos acusados e a ausência de seus direitos fundamentais.

A partir da consagração do direito a não produzir provas contra si mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, o presente trabalho busca demonstrar a sua aplicação no tocante à identificação criminal.

Ao contrário do que ocorre na seara civil, em que, nos casos envolvendo reconhecimento de paternidade, a recusa do réu em se submeter ao exame de DNA gera

---

<sup>17</sup> QUEIJO, op. cit. p. 453.



a presunção da paternidade, não há, no direito processual penal, como falar em nenhuma presunção. Assim, bem como o silêncio do acusado não pode dar ensejo a nenhuma presunção contra ele, a sua não concordância em se identificar criminalmente também não pode ser obstada, sob pena de esvaziar a essência do *nemo tenetur se detegere*.

Todavia, conforme demonstrado, nem sempre a identificação criminal deverá ser afastada como meio de prova no processo penal. Nesse sentido, buscou-se analisar duas situações concretas com certa repercussão e evidência na sociedade: o caso Pedrinho e o caso Glória Trevi, em que ambos foi possível a utilização de material genético descartado como meio de prova para fins de elucidação de supostos crimes.

Em que pese a existência de situações como as acima narradas, o que o presente estudo objetivou proclamar é o imprescindível respeito ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual tem papel fundamental no âmbito do processo penal brasileiro, eis que assegura ao acusado o direito de não autoincriminação. Isso porque todas as manifestações desse princípio são de suma importância para o real respeito do cidadão perante o poder estatal, o que torna impossível a relativização de tal princípio, sob pena de ocorrer verdadeiro retrocesso frente ao Estado Democrático de Direito.



## REFERÊNCIAS

BITAR, Eduardo C. B. *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos.* Org Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 77135, Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2877135%2E%2E+OU+77135%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n884vt3>. Acesso em: 27 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC n. 123456. Relator: Ministro Eros Graus. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2E%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nd2tqb2>. Acesso em: 27 mar. 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed.: Malheiros, 2008.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2001.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito à Alimentação Adequada: Mecanismos Nacionais e Internacionais. In Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOBRINHO, Mário Sérgio. *A identificação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. rev. e atual. Bahia: Jus Podium, 2013.

## CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO ATRAVÉS DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

Carlos Eduardo da Silva Camillo

Graduado em Direito pelo Centro  
Universitário da Cidade – Especialista  
em Direito Público pela Universidade  
Gama Filho -Advogado.

**Resumo:** O presente estudo tem como tema a forma mais complexa de constituição do crédito tributário através do lançamento por homologação, essencial para quem deseja se aprimorar na área do Direito Tributário, pois trata dos principais impostos do comércio, indústria e de serviços, onde o sujeito passivo é quem faz o pagamento independente de manifestação da autoridade administrativa, que só irá homologar após o pagamento. Veremos também a origem do crédito tributário e as controvérsias sobre sua origem. Pela pesquisa feita em várias obras que tratam do tema e com consultas a Tribunais Superiores para saber das jurisprudências dominantes do caso estudado. Concluímos que o lançamento por homologação poderá ser expresso quando a autoridade administrativa aceita e homologa ou tácita quando a autoridade fica inerte no período decadencial após o pagamento feito pelo sujeito passivo.

**Palavras-chave:** Direito Tributário. Lançamento. Homologação. Procedimento Administrativo. Decadência. Fisco.

**Sumário:** Introdução 1. Fato Gerador da Obrigação Tributária. 2. Definição de Lançamento Tributário. 3. Natureza Jurídica do Lançamento. 4. Lançamento por Homologação. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO:

O objetivo desse estudo é verificar que para ocorrer o crédito tributário tem que haver o lançamento que irá efetivar esse crédito para o fisco, esse lançamento pode ser de ofício, por homologação ou por declaração.

O crédito tributário se confunde com a obrigação, nascendo no momento da ocorrência do fato gerador e o lançamento só irá tornar essa obrigação exequível.

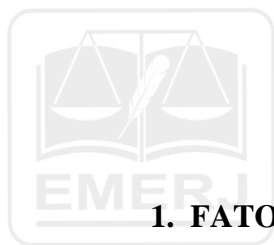
O fato gerador da obrigação tributária é subdividido em principal e acessório, o principal versa sobre prestações pecuniárias devidas e o acessório por todo fato que gerar obrigação que não seja pecuniária.



É primordial para a exigibilidade do crédito tributário que ocorra o lançamento, para isso ocorre um cronograma que é: 1º a hipótese descrita em lei; 2º a ocorrência dessa hipótese no mundo real gerando um fato; 3º o nascimento da obrigação tributária através do fato gerador dessa obrigação; 4º o lançamento realizado ou homologado pela autoridade administrativa e por fim a exigibilidade do crédito tributário para que se possa cobrar do sujeito passivo.

Esse estudo visa a focar o lançamento por homologação na constituição do crédito tributário, é a modalidade mais complexa que os doutrinadores usam o maior espaço para lidar com o tema, abordaremos também a obrigação da autoridade administrativa em fazer o lançamento e cobrar os créditos tributários e no caso do lançamento por homologação que é feito pelo próprio sujeito passivo tendo o fisco somente que concordar ou não com tal lançamento essa homologação será expressa quando a autoridade administrativa a faz ou tácita quando decorrido um lapso temporal essa autoridade fica inerte após o pagamento antecipado feito pelo sujeito passivo. Se a Fazenda Pública ficar inerte ocorrerá à homologação tácita do lançamento do crédito tributário, ou irá homologar o lançamento através de um ato administrativo, corrigindo eventuais diferenças de crédito, tanto pago a menos como a mais, pois a Autoridade Administrativa tem que agir dentro do princípio da legalidade que será outro tema abordado nesse trabalho de conclusão de curso, os princípios são a essência para o funcionamento de um ente da administração pública.

Uma questão polêmica a ser tratada será a decadência em relação ao lançamento por homologação que por muitos anos ficou divergente nos tribunais e vem tornando-se unificada pela jurisprudência, começando a contar o decurso de prazo pelo dia da ocorrência do fato gerador e do primeiro dia do ano subsequente ao que poderia ter ocorrido o fato gerador da obrigação tributária.



## 1. FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Para ocorrer a incidência do fato gerador da obrigação tributária, primeiro tem de estar elencado na lei, isso é, a lei tem trazer uma hipótese em que o sujeito passivo irá praticar, enquanto ele não pratica não há de se falar em obrigação tributária, mas a partir do momento em que o sujeito pratica uma das hipóteses previstas no texto legal, irá ocorrer o fato gerador que por sua vez gerará a obrigação tributária.

O CTN dividiu, assim como a obrigação tributária, o fato gerador em 2 (dois): Fato gerador da obrigação tributária principal no art. 114<sup>1</sup> e Fato gerador da obrigação tributária acessória e no art.115<sup>2</sup>, tendo sua hipótese de incidência nascendo em etapas distintas.

Fato gerador, para simples entendimento, é o início do nexo causal que unirá o sujeito passivo e o fisco em uma obrigação tributária.

O conceito de fato gerador da obrigação tributária principal é definido por Luiz Emygdio como:

*Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Assim, a lei refere-se de forma genérica e abstrata a uma situação como hipótese de incidência do tributo, correspondendo à obrigação tributária abstrata. Quando a situação descrita na lei materializar-se, ocorrerá a incidência do tributo. A hipótese de incidência só pode ser definida em lei formal, em sentido restrito (CTN, art. 97, III), porque o legislador exige lei para esgotar todos os elementos da obrigação tributária, para não deixar espaço algum que possa ser preenchido pela administração, visando, assim, a uma melhor proteção do contribuinte. Por outro lado, a simples ocorrência da situação definida em lei basta por si mesma para concretizar a obrigação tributária.<sup>3</sup>*

Sendo assim, o fato gerador é elemento obrigatório para constituir a obrigação tributária principal, com isso nascerá uma obrigação que tem por objeto uma prestação pecuniária, isto é, o sujeito passivo terá de pagar não só os tributos como também as penalidades pecuniárias previstas em lei.

<sup>1</sup> BRASIL. *Código Tributário Nacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, art. 114.

<sup>2</sup> Ibid, art. 115.

<sup>3</sup> DA ROSA JR, Luiz Emygdio F. *Manual de Direito Tributário e Financeiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 523.



O fato gerador da obrigação tributária acessória não precisa, necessariamente, ser definido em lei, pode vir a ser instituído por atos infra legais, mas tem que existir essa previsão para que ocorra o fato, não se pode cobrar tributos e seus acessórios de fatos ocorridos antes da previsão feita pelo legislador ou o executivo, isto é, lei e atos infra legais, o art. 96 do CTN define todas as legislações tributárias: “ A expressão “ legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.”.<sup>4</sup>

Luciano Amaro elenca um conceito de fato gerador da obrigação acessória:

O conceito de *fato gerador da obrigação acessória* é dado por exclusão: toda situação que dê origem a um dever que não tenha por objeto uma prestação pecuniária (tributo ou penalidade), por exemplo, a situação que faz surgir o dever de escriturar livros, de emitir notas fiscais, etc., ou seja, se o ato que a legislação impõe, à vista de certa situação, não é recolher uma quantia em dinheiro, ou se a lei impõe uma omissão, trata-se de fato gerador de obrigação acessória.<sup>5</sup>

Com isso para definição do fato gerador da obrigação acessória tem que analisar a existência de prestação pecuniária, não existindo parte-se para legislação tributária que regulará tal ocorrência, verificando assim a existência do fato gerador da obrigação acessória.

O crédito tributário está descrito no art. 139 do CTN, dizendo que o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem natureza desta. Assim, analisando o instituto da obrigação tributária, vislumbra-se que está descrita em lei, existe desde o momento de sua promulgação, como ensina Alexandre de Moraes:

Promulgar é atestar que a ordem jurídica foi inovada, declarando que uma lei existe e, em consequência, deverá ser cumprida. Assim, a promulgação incide sobre um ato perfeito e acabado, ou seja, sobre a própria lei, constituindo mera atestação da existência da lei e promulgação de sua executoriedade.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> BRASIL. *Código Tributário Nacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, art. 96

<sup>5</sup> AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 12. ed. rev. e atual.; São Paulo: Saraiva, 2006. p. 257.

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 634.



Depois de promulgada, a lei que contém a obrigação tributária *in abstracto* entrará em vigor através de sua publicação, respeitando os prazos para iniciar sua vigência, a partir daí quem incidir nas hipóteses previstas em lei referente ao tributo, irá concretizar o fato gerador, após essa concretização ocorrerá o lançamento que é o fato que constitui o crédito tributário dando ao fisco o poder para cobrar esse crédito do sujeito passivo.

Comparando o momento de entrada no mundo jurídico do crédito e da obrigação, é verificados que ocorrem em lapsos temporais distintos.

A obrigação irá existir junto com a criação da lei, em *abstracto*, pois o fisco ainda não pode exigir nada de ninguém porque nem mesmo ele sabe quem é o sujeito passivo, quanto deve e o que deve já que ainda não existe o crédito tributário.

Já o crédito tributário é fruto de um procedimento complexo onde existe a lei; a obrigação *in abstracto*; a hipótese de incidência; o fato gerador; o lançamento e por fim a constituição do crédito tributário, que será cobrado do sujeito passivo, o qual passa a ter uma relação obrigacional com o Estado, tendo que pagar o valor devido sob pena de inscrição de seu nome na dívida ativa para futura execução.

Existem autores que acreditam no nascimento simultâneo da obrigação tributária e do crédito tributário. Como ressalta Ricardo Lobo Torres: “A obrigação e o crédito não só se extinguem como também nascem juntamente.”<sup>7</sup>

O crédito se constitui através de um ato da autoridade administrativa que é o lançamento já a obrigação existe antes do crédito e só se concretiza após o lançamento, isto é, não basta à existência da obrigação como condição do fisco exigir o pagamento do tributo para tal feito tem de haver a efetivação do crédito tributário através do lançamento feito pelo administrador público, existindo assim um vínculo jurídico entre os dois, obrigação e crédito tributário.

---

<sup>7</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p. 237.





Um exemplo clássico de distinção é quando ocorrer um lançamento e a autoridade administrativa não dá oportunidade para o sujeito passivo defender-se, o lançamento feito será nulo conjuntamente anulando o crédito tributário, a obrigação tributária continuará a existir, pois não é afetada pela nulidade do crédito, esperando assim ser feito um lançamento correto para constituir o crédito, assim não há de se falar que os dois institutos nascem ao mesmo tempo e são iguais, com isso a doutrina majoritária afirma que o lançamento é declaratório da obrigação e constitutivo do crédito tributário.

Luciano Amaro mostra em sua obra como o Código Tributário Nacional coloca essa diferença:

Com efeito, o Código Tributário Nacional reconheceu que a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato gerador, afirmando o art. 114 que o fato gerador é a condição não apenas *necessária*, mas também *suficiente* para o nascimento da obrigação tributária, consoante o art. 113, § 1º, onde se proclama que a obrigação surge com a ocorrência do fato gerador e *tem por objeto o pagamento de tributo*, vale dizer, a satisfação do crédito atribuído ao pólo ativo dessa mesma obrigação. Coerentemente, o art. 144 estatui que o lançamento se reporta á data do fato gerador e se rege pela lei então vigente. Porém, é o mesmo Código que confere ao *lançamento* a virtude de dar *nascimento ao crédito tributário* (art. 142).<sup>8</sup>

Em síntese a obrigação é precursora do crédito tributário, isto é, tem que existir uma obrigação derivada do fato gerador previsto na lei em abstrato, com a ocorrência desse fato gerador e automaticamente surgirá a obrigação tributária, que para se tornar exigível para o fisco terá de haver o lançamento e assim cria-se um crédito para que a autoridade administrativa possa exigi-lo do sujeito passivo, na cronologia: lei com hipótese em abstrato, ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, nascimento da obrigação tributária obrigando o fisco a fazer o lançamento para constituir o crédito tributário tornando-o exigível do sujeito passivo, a obrigação é a essência do crédito tributário e não se confunde com este.

## 2. DEFINIÇÃO DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

O artigo 142 do CTN define Lançamento, é o ato de aplicação da lei ao caso emergente, coincidindo a realidade e a norma:

<sup>8</sup> AMARO, op. cit. p. 339.



Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.<sup>9</sup>

Combinando o caput do art. 142 com o parágrafo único temos a definição de Ives Gandra Martins: “lançamento é um procedimento administrativo, decorrente de atividade vinculada da autoridade fazendária, tendente a verificara ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo o caso, propor a aplicação cabível.”<sup>10</sup> Há de se falar também se for o caso ocorrerá à penalidade cabível.

Já para Hugo de Brito Machado, não se deve interpretar literalmente o art. 142 do CTN, dando a seguinte definição:

Lançamento tributário, portanto, é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível.<sup>11</sup>

A diferença está no calcular o montante devido pela autoridade administrativa, onde o segundo autor com a existência de tributos “fixos”, que não dependem de cálculos, seria necessário acrescer o artigo, como o fez.

A autoridade administrativa não pode se eximir de fazer o lançamento, pois é uma atividade vinculada, se assim fizer será usado o Direito Administrativo que tem suas sanções para coibir os feitos errôneos do administrador, a posição do Estado não se confunda com a do administrador, sendo que o Estado tem o direito potestativo ao crédito e não pode ficar a mercê de seu funcionário que tem o dever de fazer o lançamento.

---

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit. art. 142.

<sup>10</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva, Coordenador. *Curso de Direito Tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 231.

<sup>11</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, p. 181.



O lançamento tem como função identificar o sujeito passivo; verificar a ocorrência do fato gerador; determinar a matéria tributável; calcular o montante do tributo devido e ao final aplicar a penalidade, se necessitar.

### 3. NATUREZA JURÍDICA DO LANÇAMENTO

Na definição do Professor Alexandre Freitas Câmara: “natureza Jurídica é o gênero no qual está inserida a espécie”<sup>12</sup>.

Uma das principais divergências na doutrina é em relação à natureza jurídica do lançamento, formando 3 (três) correntes sobre o tema:

- a) Natureza Constitutiva
- b) Natureza declaratória
- c) Natureza mista (declaratória e constitutiva).

Antes da análise da natureza jurídica deve ser estudado os atos declaratórios e constitutivos segundo Luis Emygdio:

O ato jurídico é *constitutivo* quando cria, modifica ou extingue direitos, produzindo efeitos a partir de sua ocorrência (*ex nunc*). De outro lado, o ato *declaratório* não cria, não extingue e nem altera direitos, mas apenas declara um direito preexistente, produzindo efeitos desde o momento da situação por ele declarada (*ex tunc*).<sup>13</sup>

A natureza constitutiva do crédito só irá aparecer com a ocorrência do lançamento que é dever da autoridade administrativa, pois antes do lançamento só existe a obrigação que foi evidenciada pelo fato gerador. Se não ocorrer o lançamento poderá ocorrer a decadência e com isso a extinção da pretensão do Estado em cobrar do sujeito passivo, Ricardo Lobo Torres vem mostrando em sua obra, argumentos criados pelo italiano Giam Antônio Micheli:

o fato gerador não constitui a obrigação porque, se não se efetuar o lançamento, perde-se o crédito tributário; o lançamento pode ser efetivado, constituindo a

<sup>12</sup> Notícia fornecida por Alexandre Freitas Câmara, AULA de Direito Processual Civil, Curso PRAETORIUM, Rio de Janeiro, em 20 de agosto de 2008.

<sup>13</sup> DA ROSA JR, op. cit. p. 613.



obrigação tributária sem que tenha ocorrido na realidade o fato gerador, se a obrigação nasce com o fato gerador, o crédito poderia ser pago independente do lançamento, o que não acontece.<sup>14</sup>

É o lançamento que efetivamente constitui o crédito tributário. Antes do lançamento existe somente um mero interesse da fazenda pública que só poderá exigir o pagamento após a ocorrência do lançamento. Pois se não for efetuado o lançamento não será constituído o crédito e assim com o simples fato de ocorrer o fato gerador a Fazenda pública não tem o poder de executar o sujeito passivo sem que haja o lançamento que irá constituir o crédito tributário.

É constitutivo do crédito tributário porque ocorrido o lançamento o fisco tem direito de cobrar do sujeito passivo o montante devido com a ocorrência do fato gerador, isto é, dar exigibilidade ao crédito e na qualidade de sujeito ativo poder exercitar atos de cobrança do tributo, no primeiro momento na esfera administrativa e se não obtiver êxito prosseguirá para fase judicial que irá receber o nome de execução fiscal. Sendo um ato vinculado é obrigação da autoridade administrativa proceder a tal mecanismo para alcançar o crédito tributário dando liquidez e exigibilidade a ele, não se admite a oportunidade e para sua efetivação.

O lançamento tem natureza declaratória da obrigação tributária, isto é, a obrigação já existe e o lançamento vem expô-la no mundo jurídico, com explica Ricardo Lobo Torres:

Parece-nos que o lançamento tem eficácia meramente *declaratória*, pois que lhe compete declarar a obrigação tributária constituída com a ocorrência do fato gerador. Já vimos que a obrigação tributária – e, conseqüentemente, o crédito tributário – nasce com a ocorrência no mundo real do fato hipoteticamente previsto pela norma. Mas esse fato é invisível. Necessita, para produzir efeitos no universo do direito, de sua explicação em um título. O lançamento, pois, é o ato administrativo que cria esse título necessário à visibilidade e a transparência da obrigação ( e do crédito ).<sup>15</sup>

O CTN aderiu à teoria declaratória para o autor, tendo em vista que o lançamento irá declarar uma relação jurídica existente com a ocorrência do fato gerador.

---

<sup>14</sup> TORRES, op. cit. p. 277.

<sup>15</sup> *ibid.* p. 276.



É declaratória da obrigação, pois declara a obrigação tributária constituída através do fato gerador. A obrigação existe antes do lançamento, sendo um direito subjetivo do fisco, o lançamento irá dar liquidez à obrigação tributária, podendo o fisco exigir desde que surja o crédito tributário, isto é, pressuposto do crédito tributário, sem que o lançamento ocorra não irá existir o crédito.

Também existe a definição que agrupa as duas naturezas analisadas acima denominada mista, isto ocorre por que o CTN em seu art. 142 trás a dupla definição para a natureza jurídica do lançamento, declaratório da obrigação e constitutiva do crédito, sendo que para essa parte da doutrina o crédito não é constituído com o fato gerador e sim com o lançamento feito pela autoridade administrativa, este mesmo lançamento irá declarar o vínculo obrigacional entre o sujeito passivo e o fisco.

Sendo assim a natureza jurídica do lançamento contida no artigo 142 do CTN é: Procedimento administrativo que declara a obrigação tributária para constituir o crédito tributário. Pela letra da lei essa é a natureza jurídica, o que acontece é que as outras duas correntes dividem a forma como a lei é exposta para ser interpretada.

#### **4. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO**

É o lançamento feito pelo sujeito passivo, denominado pela doutrina como autolancamento, quando a lei atribua ao mesmo o dever de fazer a antecipação do pagamento sem que a autoridade administrativa examine previamente, ao tomar conhecimento do pagamento feito pelo sujeito passivo a autoridade expressamente a homologa, se não se pronunciar no prazo de 5 anos a contar do pagamento essa homologação será tácita, salvo prazo diverso previsto em lei, essa é parte da redação do §4º do art. 150 do CTN.

A homologação será tácita por força do §4º do art. 150, quando a fazenda não se manifesta durante um prazo sobre o pagamento antecipado feito pelo sujeito passivo. Esse prazo é de cinco anos, salvo prazo diverso previsto em lei, pois o sujeito passivo não pode ficar eternamente preso ao crédito tributário por culpa da inércia do administrador público.

Como manifesta Hugo de Brito Machado sobre o objeto da homologação:

O objeto da homologação não é o pagamento, como alguns têm afirmado. É a apuração do montante devido, de sorte que é possível a homologação mesmo que não tenha havido pagamento. É certo que a autoridade administrativa não está obrigada a homologar expressamente a apuração do valor devido e a homologação tácita somente acontece se tiver havido o pagamento antecipado. Esta é a compensação que resulta da interpretação do § 1º, combinado com o § 4º, do art. 150, do CTN. A homologação tácita, a que se refere o § 4º, consubstancia a condição de que estava o pagamento a depender para extinguir o crédito tributário. Entretanto, se o contribuinte praticou a atividade de apuração, prestou à autoridade administrativa as informações relativas aos valores a serem pagos (DCTF, GIA, etc.),...<sup>16</sup>

O pagamento antecipado tem que estar correto pelos cálculos do fisco, para poder ser homologado e ter seu lançamento feito.

Luciano Amaro não concorda com a expressão “lançamento por homologação”, tendo adotado o nome de autolançamento, pois é o sujeito passivo que faz o lançamento e não a autoridade administrativa que só o faria se o sujeito passivo se omitisse pelo fato de não recolher o tributo ou recolhendo de forma insuficiente. Nesse ponto é bem enfático:

O exame da dinâmica procedimental no caso de tributos cujo pagamento seja exigido pela lei, independentemente de qualquer providência do sujeito ativo, evidencia que, nessa situação, o lançamento só se mostra necessário quando haja *omissão* do sujeito passivo (que deixe de recolher o tributo devido ou que o recolha com insuficiência). Entretanto, o Código Tributário Nacional assumiu a premissa de que o lançamento é sempre *necessário*. Por isso, mesmo nos casos em que o sujeito passivo, atento ao seu dever legal, efetue corretamente o pagamento antes de qualquer providência do sujeito ativo, o Código exige a prática do lançamento *a posteriori*, mediante “homologação” expressa, por parte do sujeito ativo, traduzindo-se o lançamento nesse ato “homologatório ...”<sup>17</sup>

Na posição contrária, em sua brilhante monografia apresentada no Centro Universitário Vila Velha do Curso de especialização em Direito Tributário, Marco Antônio

<sup>16</sup> MACHADO, op. cit. p. 185

<sup>17</sup> AMARO, op. cit. p. 343.



Fontana fala das diferentes atribuições entre o sujeito passivo e o fisco que tem como ato privativo fazer o lançamento do crédito através da homologação, assim nos explica:

Não obstante os parágrafos 1º e 4º do artigo 150 do CTN veicularem regras sobre homologação do lançamento, não se deve concluir equivocadamente que o referido lançamento é feito pelo próprio contribuinte, caracterizando-se como autolancamento. O contribuinte não faz um ato de lançamento para depois ser este homologado pela Administração, ele apenas calcula e antecipa o pagamento do tributo, o qual, decorrido o tempo legal previsto, geralmente 5 anos, será lançado por homologação, expressa ou tácita, pela autoridade administrativa.<sup>18</sup>

Tendo o sujeito passivo que pagar o tributo devido para que se possa dar lançamento, e confirmando através da homologação irá se extinguir o crédito, não se confirmando os valores devidos à autoridade administrativa irá fazer as correções que achar necessária. O pagamento antecipado é explicado por Luiz Emygdio:

[...] o contribuinte tem a obrigação de antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa, e opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente homologa (CTN art. 150). Esse pagamento antecipado pelo contribuinte ocorre no tocante ao ICMS, IPI, IOF, IPVA, IR e contribuições sociais, porque o contribuinte recolhe os referidos impostos sem que haja lançamento por parte da Administração.<sup>19</sup>

Na explicação, o citado autor exemplifica com impostos sujeitos a lançamento por homologação e só são analisados pela autoridade administrativa após seu pagamento antecipado.

Uma ressalva ao comentário citado é o IPVA, que seu lançamento é feito de ofício pela autoridade administrativa e o autor citado fala em lançamento por homologação.

Analisando o artigo 150 do CTN, em seu § 1º, tem-se que o pagamento antecipado do tributo feito pelo sujeito passivo da obrigação tributária irá extinguir o crédito tributário sob condição resolutória, isto é, após o pagamento ser efetuado, a condição para extinção real do crédito tributário será a homologação feita pela autoridade administrativa, como acontece

<sup>18</sup> FONTANA, Marco Antonio; *A Constituição do Crédito Tributário e suas Modalidades*, Trabalho Monográfico ( Pós-Graduação em Direito Tributário) Centro Universitário Vila Velha; 2005. p. 39.

<sup>19</sup> DA ROSA JR, op. cit. p. 626.



nas outras espécies de lançamento o pagamento extingue o crédito tributário, no lançamento por homologação a obrigação só irá se extinguir quando cumprida as condições do fisco ao homologá-lo, se estiver correto o crédito será extinto, constatando algum erro do sujeito passivo no pagamento do tributo não irá se extinguir esse crédito.

O prazo para homologação encontra-se previsão legal no artigo 150, § 4º do CTN, sendo o prazo de cinco anos a contar, da ocorrência do fato gerador, explicando mais detalhadamente Luciano Amaro nos ensina que:

O arremate da sistemática de lançamento por homologação fica por conta do § 4 do art. 150: “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”. Embora o *caput* do dispositivo exija a homologação *expressa*, o parágrafo, mais realista, contenta-se com a homologação *tácita*, mercê do decurso do tempo, aliado ao silêncio da autoridade administrativa.<sup>20</sup>

Esse prazo de cinco anos para alguns autores é decadencial extinguindo o crédito tributário:

O prazo dentro do qual a autoridade administrativa deve manifestar-se (no sentido de homologar expressamente o pagamento feito), sob pena de homologação tácita (pelo decurso do prazo, aliado ao silêncio da autoridade), é de cinco anos, *se outro prazo não for fixado pela lei*. Não obstante, *aparentemente*, a lei de cada tributo (que opte pela modalidade de lançamento por homologação) possa escolher qualquer prazo, *maior* ou *menor* do que indicado no Código Tributário Nacional, parece-nos que a melhor exegese é no sentido de que a lei só possa fixar prazo de homologação *menor* do que o previsto pelo diploma legal. A natureza do prazo aí previsto é *decadencial*, ou seja, esgotado o lapso de tempo estabelecido, sem manifestação da autoridade administrativa...<sup>21</sup>

Na mesma corrente vem explicar Luiz Emygdio:

O prazo para que seja homologado o pagamento antecipado feito pelo próprio contribuinte será de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se a lei fixar outro prazo (CTN, art. 150, § 4º). Cabem os seguintes esclarecimentos a respeito desta regra. Primeiro, que se trata de prazo decadencial, inclusive porque se o agente público não atestar a correção do pagamento antecipado pelo contribuinte, deve proceder ao lançamento de ofício para constituir o crédito tributário e poder cobrar o saldo por ventura devido. Segundo, que a lei ordinária não poderá não poderá fixar prazo superior a cinco anos para que ocorra a homologação, em razão do *status* de lei complementar do CTN.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> AMARO. op. cit. p. 367

<sup>21</sup> Ibid., p. 368.

<sup>22</sup> DA ROSA JR, op. cit. p. 628.





Essa explicação vem dirimir a dúvida sobre se é decadencial ou não, os dois autores renomados aderem a teoria de que se trata de prazo decadencial, pois a autoridade administrativa iria perder o direito de cobrar alguma diferença que viesse a ocorrer pelo pagamento antecipado, sendo o pagamento homologado com o decurso de cinco anos desse prazo.

O estudo dos impostos sujeitos ao lançamento por homologação, tem necessariamente que passar pelo IPI, é um imposto federal que é incide sobre produtos industrializados, cobrado de todos os produtos que são oriundos da indústria, o contribuinte lança em seus livros fiscais e recolhe o tributo que será verificado pela autoridade administrativa para consignar a homologação.

O contribuinte trabalha com o sistema de compensação, deduzindo dos produtos que entra e pagando dos produtos que saem de sua empresa.

Já o IOF, Imposto sobre operações financeiras, é outro imposto sujeito ao lançamento por homologação, a autoridade administrativa competente para homologar esse lançamento é a Secretaria da Receita Federal, esse imposto incide sobre as operações financeiras e principalmente no que tange as operações de crédito, é um imposto federal.

Um dos mais importantes impostos sujeito ao lançamento por homologação é o ICMS, Imposto sobre operações relativas de mercadorias e prestação de serviços, está presente no dia-dia de cada cidadão, está descrito no art. 155, II e §2º da Constituição da República do Brasil de 1988, regulamentado pela LC 86/96 e cada Estado também irá editar lei para regulamentar atendendo suas necessidades. Esse imposto sempre terá seu pagamento antecipado como diz Luiz Emygdio:

[...] na *realidade*, por determinação legal, corresponde ao pagamento antecipado do tributo independentemente de lançamento. No caso do ICMS, o contribuinte, observando o período mensal estabelecido pela lei, calcula o imposto e o recolhe, levando em consideração o princípio da não-cumulatividade. Por isso, o art. 33 da



Lei nº 2.657/96, prescreve que o “imposto devido resulta da diferença a maior entre os débitos e os créditos escriturais referente ao período de apuração fixado pelo Poder Executivo”. Os débitos escriturais referem-se aos valores do ICMS devido pela saída das mercadorias do seu estabelecimento, enquanto créditos escriturais são os valores ao imposto suportado pela entrada da mercadoria no estabelecimento.<sup>23</sup>

Como vimos a sua forma de recolhimento é muito semelhante a do IPI, novamente, pagando pela saída das mercadorias e debitando a entrada delas.

Luiz Emygdio fala que o IPVA está sujeito ao pagamento antecipado e sujeita-se ao lançamento por homologação, mais a frente ele dá sua explicação sobre o lançamento do IPVA:

O IPVA é objeto de *lançamento direto* porque o fisco fornece ao contribuinte os avisos de cobrança com a base de cálculo calculada e o valor do imposto a pagar. Entretanto, existe também doutrina, minoritária, no sentido que se trata de tributo objeto de lançamento por homologação, porque os contribuintes do IPVA promoverão o recolhimento do tributo diretamente na rede autorizada<sup>24</sup>

O IPVA como tributo sujeito ao pagamento antecipado, pois como vimos em sua explicação existem doutrinadores que ainda afirmam que esse tipo de imposto constitui seu crédito através do lançamento por homologação, fato que é meio improvável, pois o contribuinte já sabe quanto irá recolher aos cofres públicos e o seu simples pagamento já extingue o crédito tributário.

Com a homologação tácita ocorrerá o fenômeno da decadência que é: a perda do direito subjetivo da fazenda pública fazer o lançamento e corrigir possíveis diferenças que deixaram de serem pagas pelo sujeito passivo e exigir o crédito tributário. A decadência atinge o direito em si, havendo perda do mesmo, pois embora nascido através do fato gerador ele não se tornou efetivo por falta de lançamento que é o exercício da fazenda pública em ter a pretensão executiva do crédito tributário.

A decadência deve ser decretada pelo juiz, mesmo que não haja pedido para tal, já que não mais existe o direito da fazenda pública.

---

<sup>23</sup> Ibid. p. 1069

<sup>24</sup> Ibid. p. 1070



Nos lançamentos por homologação o prazo decadencial é de cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador, como leciona Ricardo Lobo Torres:

O prazo de decadência é de 5 anos e se conta:

Do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. É necessário que a Fazenda tenha tomado conhecimento da ocorrência do fato gerador, porque só assim “poderia” efetuar o lançamento. Se o contribuinte ocultar o fato gerador, seja na hipótese dos impostos sujeitos a lançamento por homologação (art. 150 do CTN), seja nos casos em que lhe incube citar a Fazenda para o processo de inventário, o prazo de decadência só se iniciará com a notícia dada ao credor (cf. RE 98.840, RTJ 110/740);<sup>25</sup>

A decadência ocorre antes da notificação do lançamento, a partir da referida notificação de lançamento estará constituído o crédito tributário, será essa notificação o divisor entre decadência e prescrição, sendo feito essa notificação começará a contar o prazo prescricional que será de cinco anos.

Uma vez constituído o crédito tributário começará a contar o prazo prescricional, segundo a doutrina à definição de prescrição é: a perda da pretensão executiva, isto é, a perda da pretensão de buscar o crédito que já estava constituído. Quando esse prazo for interrompido terá que ser contado novamente do termo inicial, esse prazo prescricional é de 5 anos segundo o art. 174 do CTN, no que diz respeito ao prazo fala Hugo de Brito Machado em sua obra:

Dizer que a ação para cobrança do crédito tributário *prescreve* em cinco anos significa dizer que a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos para cobrar judicialmente, para propor a *execução* do crédito tributário. Tal prazo é contado da constituição definitiva do crédito, isto é, da data em que não mais admitia a Fazenda Pública discutir a seu respeito, em procedimento administrativo. Se não efetua a cobrança no prazo de cinco anos, não poderá mais fazê-lo.<sup>26</sup>

Essa prescrição irá extinguir o crédito e não apenas a pretensão de cobrá-lo, isso ocorre para que extinto o crédito pelo decurso do prazo prescricional, a Fazenda Pública não poderá emitir certidões positivas de créditos tributários em face do sujeito passivo.

<sup>25</sup> TORRES, op. cit. p.301.

<sup>26</sup> MACHADO, op. cit. p. 225.



Esse prazo prescricional pode ser suspenso ou interrompido as hipóteses vêm descritas no parágrafo único do art.174: pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; pelo protesto judicial; por qualquer ato judicial que constituía em mora o devedor e por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do débito pelo devedor.

Não obstante, com a edição da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, veio pacificar esse prazo em 5 (cinco) anos em sua redação: “são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”<sup>27</sup>

No que tange a prescrição e decadência do crédito tributário, a súmula fala da lei da Previdência Social, mas se aplica ao prazo de todos os créditos tributários, pois uma súmula de tamanha importância não iria reduzir sua matéria a um único tipo de crédito tributário, e os precedentes citados nessa súmula fazem entender para esse pensamento, é o caso do Recurso Extraordinário nº 106217 do Supremo Tribunal Federal<sup>28</sup>, que trata de suspensão da prescrição por tempo indefinido, essa prescrição é de uma execução fiscal. Não há de se falar mais nos, chamados pela doutrina, de prazo 5 + 5 (cinco mais cinco), agora quando se falar em matéria de prescrição e decadência em crédito tributário o prazo será de cinco anos, a contagem segue as mesmas normas citadas anteriormente.

## CONCLUSÃO

O crédito tributário nasce a partir da obrigação tributária que decorre da ocorrência do fato gerador previsto em lei, o lançamento irá declarar a obrigação tributária e constituir o crédito tributário para o mundo jurídico.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Enunciado de Súmula Vinculante nº 8*. <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1209>>. Acessado em: 16. mai. 2015.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 106217. Relator: Min. Octavio Gallotti. Disponível em :< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=197898>>. Acessado em: 16. mai. 2015.



O fato gerador foi dividido pelo legislador em: fato gerador da obrigação tributária principal, que terá sempre como objeto uma prestação pecuniária; e fato gerador da obrigação tributária acessória que a *contrário sensu* não terá como objeto uma prestação pecuniária, sendo seu objeto, por exemplo, uma fiscalização nos livros empresariais.

O lançamento se dá através de um ato administrativo privativo da autoridade administrativa, no caso em estudo a autoridade apenas homologa esse lançamento que foi feito pelo sujeito passivo, pois sendo um ato privativo da autoridade administrativa não poderia esse sujeito fazê-lo senão com a ratificação dessa autoridade.

O lançamento por homologação é feito pelo sujeito passivo através do pagamento antecipado do crédito tributário e após ocorrerá à homologação feita pela autoridade administrativa que irá corrigir eventuais falhas no recolhimento do crédito tributário, tendo que homologar se estiver correto ou cobrar a diferença se estiver sido pago valor inferior ao realmente devido, ocorrendo pagamento superior ao que o fisco calcular, o sujeito passivo tem que originar uma ação de repetição de indébito perante a autoridade administrativa, se não obtiver êxito irá usar da via judicial depois de esgotados os meios administrativos necessários para devolução dessa diferença para a mais para a administração pública. Sendo assim o pagamento antecipado terá que estar correto para ocorrer o lançamento por homologação, não adianta ser efetivo, tem que estar em conformidade com o montante calculado pela Fazenda Pública para que haja a extinção do crédito tributário pelo pagamento, essa extinção se dará por uma condição, que será a homologação pela autoridade administrativa dos valores pagos ao fisco e só assim, após essa homologação e que estará extinto o crédito tributário e a relação obrigacional do sujeito passivo para com a Fazenda Pública.

Essa modalidade de lançamento é muito controvertida perante a doutrina brasileira, pois muitos autores não consideram como lançamento, tendo em vista que o sujeito passivo



não poderia fazê-lo, sendo essa atividade exclusiva da autoridade administrativa, é uma atividade vinculada regida pelo princípio da legalidade, isto é a autoridade administrativa tem o dever de fazer o lançamento com base na legislação tributária vigente na data da ocorrência do fato gerador.

Esses autores denominam o lançamento por homologação de “autolancamento”, se fosse “autolancamento” não precisaria da intervenção da autoridade administrativa, pois restaria feito o lançamento pelo sujeito passivo e não precisaria de um “OK” do fisco, o que na realidade acontece é que o sujeito passivo recolhe o montante que é devido antes do fisco se pronunciar e após o pagamento dito antecipado, o fisco irá verificar se encontra-se correto esse pagamento, estando tudo certo a autoridade administrativa faz o lançamento e homologa o pagamento feito pelo sujeito passivo. Caso ocorra o pagamento de valor inferior ao devido será cobrado do sujeito passivo o valor correto podendo incidir em juros e mora além de multa se prevista em lei, sendo assim o que será homologado é o pagamento feito pelo sujeito passivo.

Quando a autoridade administrativa fica inerte e não homologa esse pagamento começa a correr um prazo para que esta se prontifique, o termo inicial desse prazo é a data da ocorrência do fato gerador da obrigação, decorridos cinco anos e o fisco não homologou esse pagamento, ocorrerá a homologação tácita, pois o direito não defende quem demora, salvo se ocorrer dolo, fraude ou dissimulação no pagamento feito pelo sujeito passivo.

Esse prazo para homologar o pagamento é decadencial e começa a correr no dia da ocorrência do fato gerador, se não houver o pagamento o prazo decadencial será para constituição do crédito tributário para o fisco e começará a correr no primeiro dia do exercício seguinte ao que o fisco pudesse ter feito o lançamento do crédito tributário como consta no art. 173, I do CTN.



A Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, pacificou o prazo decadencial e prescricional dos créditos tributários em 05 (cinco) anos, sempre respeitando os limites do início da vigência desses prazos.

**REFERÊNCIAS:**

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito Tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. rev. e atual.; São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Código Tributário Nacional, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n.º 8*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1209>> . Acessado em: 20. mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 106217. Relator: Min. Octavio Gallotti. Disponível em :<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=197898>>. Acessado em: 20. mai. 2015.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Aula de Direito Processual Civil*. Curso PRAETORIUM. Rio de Janeiro: em 20 de agosto de 2008.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Forense, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

FONTANA, Marco Antônio. *A Constituição do Crédito Tributário e suas Modalidades de Lançamento*. Trabalho Monográfico (Pós-Graduação em Direito Tributário) Centro Universitário Vila Velha, 2005. Disponível em: <[http://internet.sefaz.es.gov.br/informacoes/arquivos/publicacoes/publicacao\\_16.pdf](http://internet.sefaz.es.gov.br/informacoes/arquivos/publicacoes/publicacao_16.pdf)>. Acessado em: 16. jun. 2015.

DA ROSA JR, Luiz Emygdio F. *Manual de Direito Tributário e Financeiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Curso de Direito Tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

PIERRE, Martins. *Dicionário Jurídico Brasileiro 2006: terminologia jurídica e forense, brocados latinos*. Niterói: Impetus, 2006.





TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.



## A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS PSICOGRAFADAS NO PROCESSO BRASILEIRO

Carlos Eduardo Faria de Castro Junior

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo:** Ao longo do tempo, fenômeno psicográfico e Direito se tocaram gerando situações e resultados interessantes não vistos até então, mas eivados de dúvidas e controvérsias. Os operadores do Direito, pouco a pouco, passam a olhar para tal relação imbricada, com vistas a desvelar eventuais óbices e incompatibilidades. A essência do trabalho é abordar as formas de psicografia, verificar qual a possibilidade que cada uma tem de se cristalizar como meio de prova em um processo e demonstrar as visões dos doutrinadores que estudam o tema, destacando eventuais prejuízos na utilização do referido fenômeno para o deslinde de uma causa.

### Palavras-chave:

**Sumário:** Introdução. 1. As Provas, a Psicografia e a Laicidade do Estado. 2. A Psicografia no Processo. 3. Discussão sobre a sua Admissibilidade no Sistema Processual Brasileiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a admissibilidade do uso das provas psicografadas no processo brasileiro. Procura-se demonstrar que a discussão acerca dessa possibilidade se mostra consentânea com a lógica atual do direito processual e as necessidades humanas.

Mesmo estando em tempos modernos, falar sobre psicografia ainda se revela como algo tortuoso e obscuro. Sobre ela pouco se ouve; e quando se ouve, sobre ela pouco se fala.

Ao menos aparentemente, parece haver certo receio em incitar qualquer tipo de discussão ou debate que envolva o fenômeno psicográfico. Muito talvez, por estar ele intimamente ligado a fatores extraterrenos e de fé, que, por diversas vezes, acabam sendo, ingênua e erroneamente, associados a forças malévolas por determinados grupos ou comunidades. Ou talvez por se tratar de um tema que fuja a uma simples e rápida cognição científica do homem.



Fato é que a psicografia se mostra presente nas mais variadas sociedades ao redor do mundo. E, no mínimo, em termos egoísticos e materialistas, fechar os olhos a ela é negar a possibilidade de resolução de inúmeros problemas, sejam eles emocionais, morais e até jurídicos (ênfase do presente trabalho).

Mas, se já há essa espécie de “medo” em se discutir a psicografia de um modo geral, imagine-se quando se fala na possibilidade do seu uso como meio de prova para a resolução de casos jurídicos.

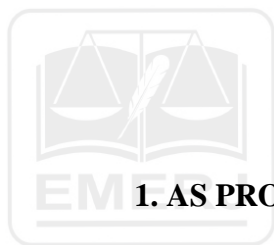
O presente trabalho se propõe justamente a demonstrar a discussão existente sobre essa imbricada possibilidade, levando em conta os seus prós e contras numa perspectiva geral e atual.

Para tanto, com o fim de dar fundamento lógico ao tema abordado, faz-se necessário discorrer acerca do conceito genérico de prova para a doutrina processualista brasileira e do conceito de psicografia. Após, far-se-ão considerações sobre a possível compatibilização da prova psicografada com a laicidade do Estado.

No capítulo seguinte, serão abordados os modos pelos quais a psicografia poderia ou não ser transportada ao processo em si, sem que, para isso, fossem feridos os primados precípuos da sistemática processual existente. Nesse diapasão, proceder-se-á à exposição das opiniões e argumentos, favoráveis e desfavoráveis, de grandes doutrinadores e profissionais do Direito sobre o assunto.

No terceiro e último capítulo, apresentar-se-ão as situações e os momentos mais plausíveis e adequados para a utilização de uma prova psicografada, tendo em vista que o seu uso há de ser bem delimitado, principalmente quando se fala em ramos diferentes do Direito, quais sejam, o processual penal e o processual civil.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.



## 1. AS PROVAS, A PSICOGRAFIA E A LAICIDADE DO ESTADO

O primeiro ponto a ser tratado necessariamente envolve a introdução aos conceitos mais básicos e precípuos do tema, que serão indispensáveis à conclusão do trabalho. Dizer o que é prova, o que é psicografia e o que todo esse caldo de cultura tem a ver com a laicidade do Estado, é meio sem o qual o estudo sobre a possibilidade do uso da psicografia como prova não se realiza.

### 1.1 CONCEITO DE PROVA

Segundo o Dicionário Digital Aurélio, a palavra provar significa “estabelecer a verdade, a realidade de; dar prova irrefutável de.” Definição essa, simples e precisa, que não destoaria de nenhuma daquelas engendradas pelos grandes doutrinadores processualistas brasileiros. Aliás, estes cunham conceitos que em muito têm a ver.

Cite-se, v.g., a definição da palavra provar de Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>1</sup>, acrescentando e já pontuando a ideia do que se entenderia por prova em si: “Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega.”

Nesse ponto, não discorda o doutrinador Fernando Capez<sup>2</sup>. Entretanto, apresenta uma definição um pouco mais apurada, conceituando prova como:

[...] o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, com a redação determinada pela Lei 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

<sup>1</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 553.

<sup>2</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 297.



Levando em consideração o ensinamento apontado, pode-se então classificar prova como aquilo que visa a obter a verdade real dos fatos ocorridos, fazendo alcançar assim a “justiça” buscada pelos jurisdicionados.

Ultrapassada essa etapa de conceituação do vocábulo prova e de seus variados sentidos quando da forma pela qual é utilizado no processo em geral, necessário agora se faz perquirir o que se entende por meio de prova, já que a proposta deste trabalho é analisar a possibilidade do uso da psicografia como um deles.

## 1.2 MEIOS DE PROVA

Nessa esteira, é de bom alvitre destacar a posição de Tourinho Filho<sup>3</sup> acerca do assunto. Apregoa o autor que meio de prova: “É tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, informação da vítima, reconhecimento, tudo são meios de prova.”

A legislação processual brasileira optou por elencar alguns meios de prova, tidos por vezes, todavia, com nomes e pequenas diferenças pelos mais distintos ramos do Direito.

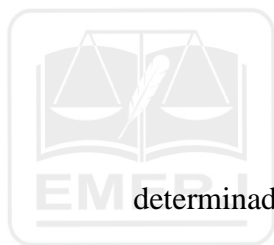
Partindo-se dessa premissa, genericamente, temos como meios típicos de prova: o pericial, o documental, o testemunhal, o depoimento pessoal, a inspeção judicial e a confissão.

Referente ao processo penal, parte do Direito tida como mais relevante para a feitura deste estudo, importante é ressaltar o famoso exame de corpo de delito, que nada mais é do que uma prova pericial.

Afora isso, caracteriza-se ainda como prova pericial o exame dos escritos, chamados também de exames grafológicos ou grafotécnicos. Por meio deles, é possível que um perito (no caso, um especialista em grafologia) ateste, *v.g.*, se certo documento foi escrito ou não por

---

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 555.



determinada pessoa. Tal confirmação pode resolver questões judiciais muito importantes, como, por exemplo, a certeza da falsificação de um cheque, em uma ação penal fundada num crime de estelionato.

No processo penal, temos ainda o reconhecimento de pessoas e coisas e a acareação<sup>4</sup>; meios de prova estes também típicos, constantes dos art. 226 e 229 do CPP<sup>5</sup>, respectivamente.

Contudo, não se prevê nesse mesmo diploma a inspeção judicial<sup>6</sup>; o que, decerto, é algo que não a invalida. Muito pelo contrário, apenas a torna um meio atípico. O que, ressalte-se, desde já, é completamente aceitável no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que este é também balizado pelo princípio da liberdade das provas.

Tal possibilidade se dá por clara apregoação do art. 332 do CPC<sup>7</sup>. No entanto, a produção e o uso desses meios atípicos devem sempre alarmar a atenção do Juiz quanto à asseguaração dos princípios norteadores da teoria geral da prova, sobretudo dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Superada essa parte, importante é se adentrar à seara das noções de ilegalidade e ilegitimidade das provas, uma vez que tais conceitos são centrais ao tema em questão e, por isso, indispensáveis ao objeto aqui estudado.

### 1.3 PROVAS ILÍCITAS

O termo “ilícito” vem do latim (*illicitus = il + licitus*), tendo, para Guilherme de Souza Nucci<sup>8</sup>, dois sentidos: “[...] a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei;

<sup>4</sup> Meios de prova esses que não são ordinariamente previstos na legislação processual civil.

<sup>5</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.

<sup>6</sup> A inspeção judicial é meio de prova típico do CPC, mas não da legislação processual penal.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 367.



b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito.”

A Constituição da República Federativa do Brasil<sup>9</sup>, no seu art. 5º, LVI, consagrou que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Ao assim apregoar, a Carta Maior, por sua essência, quis abarcar ambos os sentidos supracitados do termo “ilícito”.

Nesse mesmo sentido, veio o Código de Processo Civil Brasileiro<sup>10</sup>, no seu art. 332, dizendo que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Veja-se que a noção de meio de prova moralmente legítimo, insculpido no referido artigo 332, advém do conceito mais amplo do termo “ilícito”. Daí a ideia de provas ilegal e ilegítima. Para Nucci<sup>11</sup>, tais vertentes envolvem: “[...] o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei).”

Nesse passo, a prova materialmente ilícita seria a ilegal; enquanto que a formalmente ilícita seria a ilegítima.

A maioria da doutrina, no entanto, faz essa diferenciação de uma maneira mais simples, pontuando que a prova ilegal, também chamada de ilícita, é aquela obtida com violação de alguma regra de direito material; já a prova ilegítima é aquela obtida com violação de alguma regra de direito processual.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.

<sup>10</sup> BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.

<sup>11</sup> NUCCI, op. cit., p. 367.



Fredie Didier Jr.<sup>12</sup> critica fortemente essa classificação, tomando-a como artificial, por não considerar que: “[...] a ilicitude é categoria geral do Direito, não se referindo apenas à violação de regras de direito material, mas à violação de regras jurídicas de uma forma geral.”

Completa o Didier Jr.<sup>13</sup>, dando como inútil a classificação, aduzindo que: “[...] pouco importa qual a natureza jurídica da regra de Direito violada: a prova, nesse caso, será inadmissível no processo.”

Inclusive, essa interpretação feita pela maioria da doutrina não é a que está revelada no art. 157 do Código de Processo Penal Brasileiro<sup>14</sup>. No *caput* desse dispositivo, afirma-se que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Veja-se que aqui a palavra “ilícitas” foi usada como gênero, e não como sinônimo de “ilegais”, como prevê a classificação acima criticada justamente nessa linha por Didier Jr.

Depois do exposto, fica mais fácil definir que a prova ilícita é aquela que, quando produzida, fere mandamentos de normas constitucionais ou infraconstitucionais, sejam elas tangentes ao direito material ou ao processual; e que, por esse motivo, devem ser completamente extirpadas do processo, e na maior parte das vezes, não serem levadas em conta quando da decisão judicial.

Diz-se “na maior parte das vezes”, porque sempre se deparará com situações excepcionais. Imagine-se a seguinte questão: João das Couves – parte em um processo qualquer – só dispõe de um único meio para provar a veracidade de suas alegações. Ocorre que esse único meio de prova fora obtido ilicitamente. O que fazer? Prestigiar o direito à prova? Ou respeitar, a ferro e fogo, o princípio da vedação das provas ilícitas?

---

<sup>12</sup> DIDIER JR., Fredie et al.. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 5. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2010. p. 34.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.





Esse é o exemplo dado pelo autor Didier Jr. para discutir a possibilidade do uso de uma prova ilícita quando de uma situação especial como a que fora citada acima.

Nesse ponto, variadas vozes vêm para discordar ou concordar, no todo ou em parte, dessa aplicação. Há quem diga que o princípio da vedação das provas ilícitas tenha de ser sempre prestigiado. Outros vão dizer que o direito à prova é mais valioso, e por isso, a prova obtida, mesmo que ilicitamente, tem de ser utilizada.

Prevê-se ainda a possibilidade do uso, mas com algumas restrições, como, por exemplo, a de ser usada apenas no processo penal, e desde que em favor do réu. E há, por fim, quem vê o princípio da proporcionalidade sendo o divisor de águas na solução de tais imbróglis.

Respeitando-se todas as posições supracitadas, o que tem de se tirar como ponto indiscutível é o caráter de excepcionalidade que reveste a possibilidade do uso de provas ilícitas nos processos.

É com base nessa premissa maior que o doutrinador Fredie Didier Jr. diz que para serem admitidas, as provas ilícitas têm de seguir alguns critérios, quais sejam: imprescindibilidade, proporcionalidade, punibilidade e utilização *pro reo*.

No que se refere à imprescindibilidade, apregoa Didier Jr.<sup>15</sup> que a prova ilícita:

[...] somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de se demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se mostrar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova [...].

Quanto ao requisito da proporcionalidade, preconiza Didier Jr.<sup>16</sup> que “[...] o bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova [...]”.

---

<sup>15</sup> DIDIER JR., op. cit., p. 34.

<sup>16</sup> Ibid.



Com relação à punibilidade, Didier Jr.<sup>17</sup> pontua que (...) se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica/ilícita, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja ela punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil etc.) [...]”.

Por fim, quanto à ideia de utilização *pro reo*, Didier Jr.<sup>18</sup> assevera que “[...] no processo penal, e apenas nele, tem-se entendido que a prova ilícita somente pode ser aceita se for para beneficiar o réu/acusado, jamais para prejudicá-lo.”

Pois bem, ao se fazer esta última ressalva quanto ao processo penal, quis claramente admitir a possibilidade do eventual uso de uma prova ilícita – preenchidos todos os demais requisitos acima explicitados – em qualquer processo, e não só no penal.

E quando assim se faz, contrariando todos aqueles que só admitem tal uso no processo penal, acerta-se precisamente. Isso porque se engana redondamente quem acha que a discussão no direito penal sempre se restringe à ideia de privação de liberdade. Vide, por exemplo, as penas restritivas de direitos e de multa.

Ademais, erram também ao pensar que só o direito fundamental à liberdade é capaz de se sobrepor ao direito fundamental da vedação das provas ilícitas.

O que há de se frisar mais uma vez é que, quando se tratar de processo penal, o uso de uma prova ilícita só poderá ser cogitado quando, por óbvio, não acarretar nenhum tipo de prejuízo ao réu, em respeito aos princípios norteadores dos direitos penal e processual penal – previstos em sede constitucional – e à sua própria essência como um todo.

Disse-se tudo isso, a fim de que fosse preparado o momento de se incluir a psicografia no estudo em questão.

É de revelo ímpar saber o que são as provas, os meios de prova e as provas tidas como ilícitas, para então se estudar a psicografia como prova, isto é, identificá-la legitimamente ou não nesse contexto.

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid., p. 35.



Para tanto, agora faz-se mister o estudo, mesmo que sintético, do fenômeno psíquico psicográfico.

#### 1.4 CONCEITO DE PSICOGRAFIA

Para se entender o fenômeno psicográfico, na sua inteireza, jamais é despiciendo ler um dos maiores autores, senão o maior, que escreveu sobre o espiritismo e todas as suas nuances, incluindo-se aí a psicografia: Allan Kardec<sup>19</sup>.

Allan Kardec explica diversos fenômenos relacionados ao espiritismo, enunciando conceitos que se revelam de suma importância para o entendimento da dogmática espírita. O autor explicita, com riqueza de detalhes, o que seria a psicografia, distinguindo-a de outros fenômenos muito parecidos, mas com características próprias.

Primeiramente, faz-se necessário registrar que psicografia em nada se confunde com o que Kardec chama de pneumatografia. Esta, para o autor<sup>20</sup>, seria “[...] a escrita produzida diretamente pelo Espírito, sem intermediário algum [...]”. A psicografia, por seu turno, seria “[...] a transmissão de pensamento do Espírito, mediante a escrita feita com a mão do médium.”<sup>21</sup>

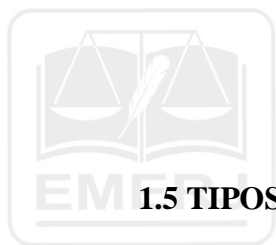
Para o estudo em tela, é de suma importância que sejam definidos quais são os tipos de psicografia. Quer se dizer: Quais são as formas pelas quais o espírito se comunica com o médium? Como se dá esse contato? De que maneira o espírito consegue externar suas mensagens? E melhor, de que modo o médium consegue captá-las e gravá-las numa folha de papel? É isso que será tratado a seguir.

---

<sup>19</sup> Allan Kardec era o pseudônimo de Hippolyte Léon-Denizard Rivail, nascido em 03/10/1804, em Lyon, França. Com extrema sabedoria nas ciências exatas, tais como a química, a física e a astronomia, Kardec começou, por volta de 1855, a estudar com mais afinco as manifestações dos espíritos, acabando por se tornar o grande responsável pela codificação da doutrina espírita.

<sup>20</sup> KARDEC, Allan. *O Livro dos Médiuns*. 62 ed. Brasília: Federação Espírita Brasileira, 1944, p. 192.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 192.



## 1.5 TIPOS DE PSICOGRAFIA

Allan Kardec<sup>22</sup>, primeiramente, elencou dois tipos de psicografia direta ou manual, quais sejam: a mecânica e a intuitiva. Mais tarde, veio a falar da semimecânica, que está entre as duas primeiras.

Na psicografia mecânica, o médium é simplesmente um aparelho por meio do qual o espírito comunicante consegue externar as suas ideias. O médium não tem qualquer voluntariedade, mental ou física, que possa influenciar o resultado final da psicografia.

Em palavras claras, o que se quer dizer é que, nesse tipo de psicografia, o espírito que se comunica, o faz como se vivo estivesse. Ou seja, é como se uma pessoa encarnada estivesse escrevendo uma carta à outra. O médium só faz materializar o fenômeno, tornando-o vívido, real.

Por psicografia intuitiva, entende-se o fenômeno no qual se tem a comunicação entre dois espíritos, estando o do médium aí compreendido. Quer se dizer que aqui o médium não é um mero instrumento por meio do qual o espírito comunicante externa as suas ideias e vontades.

Do contrário, na psicografia intuitiva, o médium interage o tempo todo; caracterizando-se, na verdade, como o primeiro receptor da mensagem advinda do manifestante desencarnado. É ele – o médium – que “escuta” ou “sente” a mensagem, decodifica-a, interpreta-a e lança-a ao papel.

Se num dos tipos, o médium é simplesmente um aparelho, um instrumento utilizado pelo espírito manifestante; e noutro, ele possui uma autonomia bem delineada, tendo, inclusive, a discricionariedade em escolher o que escrever ou não de tudo aquilo que for falado pelo espírito; aqui há, na verdade, uma mistura dessas características.

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 198-202.



Ainda consoante os ensinamentos de Allan Kardec, na psicografia semimecânica, o médium “sente que à sua mão uma impulsão é dada, mau grado seu, mas, ao mesmo tempo, tem consciência do que escreve, à medida que as palavras se formam.” (*grifos nossos*)<sup>23</sup>

Visto o conceito de psicografia, e os modos pelos quais ela é exercitada, tomando-se como base a doutrina espírita kardecista, convém agora discutir, com vistas à finalização deste capítulo, se a laicidade do Estado é ferida quando se está a falar do uso num processo desse fenômeno psíquico, que é deveras associado a questões religiosas.

## 1.6 LAICIDADE DO ESTADO

Com certeza, de todos os princípios que se tocam com o tema aqui abordado, é contra esse que o fenômeno psicográfico encara maior resistência.

A primeira distinção a ser feita é entre o que se entende por Estado laico e Estado ateu. O Estado laico é aquele que não adota uma religião oficial, nem prevê que qualquer religião possa influir de alguma forma nos rumos políticos ou jurídicos adotados por ele. No entanto, esse tipo de Estado não proíbe a manifestação religiosa. Pelo contrário, os cidadãos são livres para escolherem o credo que melhor lhes socorrer, mesmo que isso signifique absterem-se de todo e qualquer culto religioso – sendo, portanto, descrentes.

Por outro lado, o Estado ateu não só nega a existência de Deus, como também impede que os seus cidadãos exerçam a chamada liberdade religiosa. Percebe-se que, enquanto o primeiro se mostra neutro ao assunto, o outro se afirma contrário.

Diante disso, podem ser elencadas quatro premissas que o princípio da laicidade impõe para que um Estado seja laico, quais sejam: (I) não se confundir com nenhuma instituição religiosa; (II) não instituir nenhuma religião oficial; (III) tratar igualmente as

---

<sup>23</sup> Ibid., p. 223.



diversas crenças e descrenças; e, por último, (IV) não aceitar fundamentações religiosas para definir os rumos políticos e jurídicos da nação.

A Constituição Federal de 1988 segue essa linha apresentada acima, garantindo a liberdade de religião, a separação entre Estado e religião e o tratamento isonômico entre todas as manifestações religiosas existentes, como se depreende do seu art. 19, inciso I, abaixo transcrito:

[...] É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I- estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público [...].

Faz-se imperioso destacar o próprio preâmbulo da Constituição Federal. Como é da sabença geral, um preâmbulo inaugura o texto das leis ou normas, funcionando, para Peter Häberle<sup>24</sup>, como “pontes no tempo”:

[...] seja para evocar ou esconjurar o passado, a depender das circunstâncias históricas de cada processo constituinte; seja para falar ao presente, ocasionalmente orientando desejos; seja, enfim, para contemplar tanto o presente quanto o futuro e, com relação a este, ademais, para antecipar, quanto possível, o encontro de um povo com esse almejado porvir.

É nesse sentido que deve ser interpretado o preâmbulo da Constituição, como base para o Estado e norte de suas condutas, tendo em vista que traz em seu cerne os anseios do povo, como vetores para a interpretação constitucional. Posto isso, ao instituir a expressão “sob a proteção de Deus”, por óbvio que o poder constituinte originário não elegera uma religião oficial para o Estado, muito menos permitiu que alguma pudesse interferir em seu ordenamento político e jurídico. Só fez questão de frisar que não é um Estado ateu.

Introduzindo a psicografia no assunto ora referido, ressalte-se a previsão do Projeto de Lei 1.705/2007 que visava a refutar diretamente o uso de documentos psicografados como meio de prova no âmbito do processo penal, de iniciativa do Deputado Rodovalho,

<sup>24</sup> Peter Häberle, *El estado constitucional*, México: UNAM, 2001. p. 276. Apud MENDES, Gilmar Ferreira et al..

*Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29-30.



modificando a redação do artigo 232 do Código de Processo Penal<sup>25</sup> para a seguinte: “(...) Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares, exceto os resultantes de psicografia.”

De acordo com o Deputado Rodovalho, o livre convencimento do Juiz deveria estar vinculando tão somente a dados da vida real, não devendo sofrer influência de dados cuja fundamentação encontrava-se em fé religiosa.

Tal projeto foi discutido na Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania, sob a relatoria do Deputado Neucimar Fraga, sendo pertinente destacar passagens do voto do Deputado Marcelo Itagiba, que, como voz discordante, conseguiu tratar do tema da laicidade do Estado, no caso das provas psicografadas, com primazia:

Dizer-se, pois, que o ‘Estado brasileiro é laico’ e disso extrair-se a não possibilidade de ‘qualquer ato do Poder Judiciário que se pautar em documento cuja origem seja atribuída a algo sobrenatural’ e, ainda, de que essa prova processual não tem autoria humana e por isso afronta a norma esculpida no inciso IV do art. 5º da Constituição Federal, que veda o anonimato, é subverter a ordem constitucional posta com base nas liberdades apontadas: a de pensamento; a de crença religiosa e a de produção de provas da realização de devido processo legal. (...) O resultado da aprovação da proposta será, pois, tirar o regime jurídico posto da condição laica em que está, para, com ela, colocar o Estado brasileiro em oposição expressa a uma crença religiosa [...].

Nesse mesmo sentido segue o promotor de justiça Doutor Renato Marcão<sup>26</sup>, ao afirmar que: “O Estado brasileiro é laico, e também por isso não pode referir-se normativamente à validade ou não de material psicografado como meio de prova [...]”

Ainda sobre o tema, cite-se o autor Guilherme de Souza Nucci<sup>27</sup>, que se posicionando contra a possibilidade do uso das provas psicografadas, por ferir, além de outros, o princípio da laicidade do Estado, aduz o seguinte:

Invadiremos o âmago das convicções religiosas das partes do processo penal para analisar a força probatória de um documento, o que é, no mínimo, contrário aos princípios gerais de direito. Contradição evidente apresenta esta situação ao Estado Democrático de Direito, que respeita todas as crenças e cultos, mas não impõe nenhuma delas, nem demanda nenhum tipo de liturgia. Portanto, os operadores do

<sup>25</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.

<sup>26</sup> MARCÃO, Renato. *Psicografia e prova penal*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1743>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

<sup>27</sup> NUCCI, op. cit., p. 370.

Direito devem dar o exemplo, abstendo-se de misturar crença com profissão; culto com direito; liturgia com processo.

Ante todo o exposto, pode-se engendrar a ideia de que não pode o Estado refutar uma prova psicografada tendo como base o fato de ela ter laços mais estreitos com determinada religião. A laicidade do Estado impede tal feito. Se assim o fizesse, estaria, por vias transversas, transgredindo cabalmente o referido princípio, com um flagrante atentado contra “essa ou aquela” religião, credo, crença ou qualquer coisa que o equivalha.

O que lhe é possível é se prestar a atestar a veracidade dos fatos alegados no documento psicografado, por meio de todos os mecanismos previstos na própria legislação processual penal brasileira – o que se mais adiante –, garantindo-se assim diretamente, não somente o direito à liberdade de religião e credo, como os direitos da ampla defesa, do contraditório, da liberdade das provas e da verdade real.

## **2. A PSICOGRAFIA NO PROCESSO**

Convém ressaltar que, após discorrer sobre o que se entende por “prova” na doutrina brasileira, elencar os meios pelos quais normalmente se digna a alcançá-la, e compreender como não é possível, em regra, utilizá-la, necessário é que, brevemente, seja confrontado todo o exposto com a ideia de psicografia. Tentar-se-á, portanto, descobrir em qual meio de prova típico o fenômeno psicográfico se encaixa – se é que é possível encaixá-lo.

Pode-se ver que a psicografia é um fenômeno mediúnico que se perfaz – ao menos hodiernamente –, por meio da escrita marcada numa folha de papel. Nesse sentido, fácil é que ela se aproxime de uma prova documental. E de fato é a qual ela mais se afeiçoa.





Analisando o Código de Processo Penal<sup>28</sup>, pode-se constatar que o seu art. 232 é cristalino ao se referir que “consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.” Veja-se que o dispositivo citado não faz qualquer restrição concernente ao que se entende por escritos. Nesse aspecto, deixa-se margem suficiente para incluir nesse bojo a psicografia, que nada mais é do que um escrito particular.

Ocorre que, tal como qualquer outra prova documental, a psicografia pode tornar-se, ou até mesmo já nascer eivada de vícios e fraudes, seja pela desonestidade do médium, seja por erro na captação da mensagem, ou por outro motivo qualquer. Por essa razão, é deveras plausível que, no documento em que se insculpiu a psicografia, se realize uma perícia grafotécnica, para se atestar a veracidade daquilo que ali está gravado.

Afora isso, como são três os tipos de psicografia – mecânico, intuitivo e semimecânico –, com modos de produção da mensagem um tanto quanto distintos, nem sempre a perícia grafotécnica no documento obtido será suficiente. Imagine-se, nesse diapasão, a maioria das psicografias feitas pelo médium Chico Xavier, por meio do método intuitivo. Nelas, a grafia do espírito comunicante não estava insculpida. Por isso até que, em alguns casos emblemáticos que se valeram da psicografia, o médium foi chamado a depor em juízo para confrontar e atestar a veracidade dos fatos trazidos.

Atente-se ao fato de que não seria pela falta da perícia grafotécnica que os fatos alegados por meio da psicografia não poderiam ter seu conteúdo posto à prova. Apenas se tornaria uma tarefa um pouco mais árdua. Nesse caso, pessoas que conheciam intimamente o desencarnado teriam que tentar confrontar o conteúdo do documento psicografado, buscando perceber, por exemplo, se o relatado na mensagem continha fatos que somente tais pessoas próximas poderiam saber, tais como: eventos e conversas específicos, marcas de nascença, etc.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.



Por óbvio que pode haver fraudes, conluíus, até entre a própria família remanescente do espírito desencarnado e o médium. Todavia, todo e qualquer documento levado a juízo como meio de prova pode ser objeto de algum vício. Por isso mesmo que o Juiz não se deve basear em apenas em uma única prova, isolada de todo o contexto probatório carreado aos autos, visto que poderia atentar contra o atingimento da verdade real dos fatos, e da própria justiça que é almejada, ao menos em tese, em todo processo jurisdicional.

Percebe-se, portanto, que a psicografia não se caracteriza como uma prova autônoma. Muito pelo contrário, é, pois, o resultado da conjugação de meios típicos: o documental, o pericial, quando possível realizá-lo, e, por vezes, até o testemunhal. E por assim ser, constata-se que a psicografia é um meio atípico de prova.

Sem o documento, ou seja, a folha de papel com a mensagem retratada, nada se tem, nem mesmo expectativa de prova. Da mesma forma que sem a perícia sobre tal documento, ou testemunhas que aproximem a mensagem da realidade, nada se comprova cabalmente, ficando tudo na base da especulação e, por que não dizer, da fé.

Remeta-se agora a uma entrevista trazida, parcialmente, na obra “A Psicografia no Tribunal” de Vladimir Polízio<sup>29</sup>, para que seja possível fechar a ponte feita entre tudo o que fora dito a respeito dos tipos de psicografia e a possibilidade de eles serem pericialmente atestados.

Dessa entrevista, datada de 29 de novembro de 2007, feito pelo senhor Roberto Ranulfo Pontes Ardo, na época estudante de Comunicação Social e Jornalismo da Fundação Edson de Queiroz – Universidade de Fortaleza –, com o perito grafotécnico Doutor Carlos Augusto Perandréa, retiraram-se duas indagações que guardam ligação com o tema proposto neste trabalho:

[...] Até onde a psicografia semimecânica (classificação de Allan Kardec) pode influenciar na imparcialidade e na objetividade do documento psicografado? (...) Os exames grafotécnicos para a comprovação de autenticidade ou da autoria gráfica são

<sup>29</sup> POLÍZIO, Vladimir. *A Psicografia no Tribunal*. São Paulo: Butterfly, 2009, p. 143-144.



efetuados em grafismos, vocábulos, textos e assinaturas, que devem ser comparados tecnicamente com as escritas autênticas (padrões). Dessa forma, qualquer mensagem psicografada, não sendo uma psicografia mecânica, não terá como conter os elementos grafocinéticos de identificação [...].

Dessa concisa, mas explicativa resposta do Doutor Perandréa, extrai-se que, nas psicografias semimecânica e intuitiva, por conterem uma influência direta do médium no resultado da mensagem, não é possível que se ateste a autoria gráfica dos escritos, muito menos a sua veracidade. Somente será possível fazê-lo na psicografia mecânica, em que o espírito comunicante tem como retratar fielmente o seu padrão de grafia no papel, por conseguir tomar completamente os movimentos do braço e da mão do médium.

A outra pergunta feita pelo senhor Roberto Ranulfo consiste na possibilidade da identificação do tipo de psicografia só com base nos escritos obtidos. Reproduza-se a indagação com a consequente resposta do Doutor Perandréa<sup>30</sup>:

Há como definir pelos traços da escrita, ou pela visualização da escrita do documento psicografado no momento em que é escrito, o tipo de psicografia (...)? De certa forma, sim. Como no caso das psicografias do médium Chico Xavier (quando ainda no auge de suas forças), podia-se, pela velocidade com que as mensagens eram escritas, diferenciar o tipo de psicografia. Pela enorme quantidade de mensagens recebidas em cada sessão, o habitual era os textos serem grafados rapidamente pelo médium em psicografia intuitiva. Após o término do texto, o nome ou a assinatura poderiam ser registrados pela psicografia mecânica. Nesse caso, na maioria das vezes, desenvolvida em menor velocidade, como que na dependência da cultura gráfica do espírito comunicante [...].

É válido ressaltar a dificuldade do médium em permanecer horas a fio escrevendo mensagens, com uma rapidez incrível (por meio da psicografia intuitiva) da qual narra o Doutor Perandréa. O esgotamento do médium, a certo momento, chega a ser tamanho, que acaba propiciando a ocorrência do fenômeno psicográfico mecânico; apenas soltando o seu braço, que passa a ser levado pelo próprio espírito comunicante.

Registre-se, por oportuno, que, neste último tipo de psicografia, justamente por retratar com fidelidade a grafia que tinha o espírito quando encarnado, é possível notar claramente as dificuldades deste no ato de escrever, caso as tivesse. Tudo, então, dependerá do espírito que se comunica. Uns podem ter a escrita morosa, indecisa, com dificuldade, como

---

<sup>30</sup> Ibid.



tinham em Terra. Outros, porém, podem apresentar flagrante facilidade em escrever, valendo-se, inclusive, de um português (ou qualquer idioma que o valha) deveras escoreito.

### **3. A ADMISSIBILIDADE DA PROVA PSICOGRAFIA NO PROCESSO**

Decerto que a maioria dos princípios constitucionais, senão a sua totalidade, apresenta consonância com o tema proposto por este trabalho. No entanto, diante da dificuldade de expor todos, resolveu-se elencar aqueles que são mais sensíveis quanto à discussão acerca da validade das provas psicografadas.

#### **3.1 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL**

Inicie-se então pelo caro princípio da verdade real –, princípio este que norteia, mormente, os ditames do direito processual penal brasileiro. De acordo com o seu ensinamento, o Estado, detentor do monopólio do uso da força, e a quem é incumbida a função de punir todos aqueles que transgredirem as normas positivadas, só pode exercer tal mandamento quando a violação do bem jurídico tutelado fica evidenciada de maneira cabal e verídica, em todas as suas nuances. Quando se diz da veracidade, quer se dizer do que tange ao mundo dos fatos reais, ou seja, ao que efetivamente aconteceu.

Portanto, para que possa punir, o Estado deve se valer de toda a perquirição feita no processo penal, que por sua vez, deverá, ao fim ao cabo, incriminar o acusado, levando-o à condenação. Nessa linha, segue Tourinho Filho<sup>31</sup>: “A função punitiva do Estado deve ser dirigida àquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve

---

<sup>31</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 57-58.



tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença.”

O que se pretende em uma investigação policial, e, por conseguinte, em um processo penal é justamente o alcance da verdade material dos fatos, e não da processual, tal como ocorre no processo civil.

Neste último, via de regra, existem direitos disponíveis, dos quais as partes podem olvidar-se, seja, por exemplo, porque preferiram valer-se de uma transação, ou porque simplesmente optaram por abrir mão deles, mesmo que sem nenhuma justificativa.

Pode-se dizer, portanto, que a prova psicografada, na esteira do princípio da verdade real, segue a passos firmes, uma vez que se digna a constatar, mesmo que por uma pessoa já desencarnada, o que realmente se passou quando da suposta ocorrência do fato delituoso.

Outra questão importante é a da incontrovérsia dos fatos. No processo civil, um fato que se apresenta incontroverso não pode ser objeto de prova, por expressa apregoação do art. 334 do Código de Processo Civil<sup>32</sup>.

Diferentemente acontece no processo penal, vez que a verdade real é o ponto final ao qual se pretende chegar. E é exatamente nesse sentido que segue o art. 156, incisos I e II do Código de Processo Penal<sup>33</sup>, abaixo transcrito:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

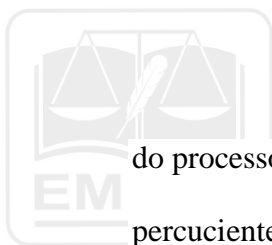
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Na linha do que destaca o dispositivo legal supramencionado, qualquer fato alegado em juízo, por mais que não suscite nenhuma controvérsia entre todas as partes componentes

<sup>32</sup> BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.

<sup>33</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.



do processo, pode e deve, quando assim o Juiz entender, ser objeto de análise mais cautelosa e percuciente; possibilitando-se, ainda, ao magistrado determinar a realização de novas diligências para atestar o seu conteúdo.

Por essa razão, os fatos trazidos à tona no documento psicografado não se afastam dos demais fatos alegados em juízo, vez que passarão pelo mesmo crivo de autenticidade e legalidade imposto àqueles. Isso porque, como já dito, no direito processual penal, não impera a busca pela verdade processual, que pode ser sedimentada, por exemplo, tão somente pela anuência das partes acerca de um fato levado aos autos.

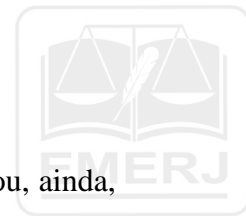
Ou seja, a controvérsia quanto à origem e/ou até mesmo quanto ao modo de produção do documento psicografado – crê-se – não obsta a sua existência no processo penal.

### 3.2 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Tanto o princípio do contraditório quanto o princípio da ampla defesa encontram-se previstos na Constituição Federal do Brasil<sup>34</sup>, em seu art. 5º, inciso LV, que se segue: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.”

Esses dois princípios garantem que, no caso do processo penal, o acusado deva saber o teor, por inteiro, do processo acusatório, só podendo ser condenado se lhe forem garantidos todos os meios de se expressar durante a acusação, impugnando, se quiser, todo e qualquer fato que lhe for imputado. Isso porque “[...] a todo ato produzido por uma das partes caberá

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.



igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*.” (sic)<sup>35</sup>

Claramente, esses princípios aplicam-se a ambas as partes de um processo, e não somente ao acusado. Logo, se a própria acusação trazer aos autos documento do qual não concorde a defesa, esta poderá manifestar-se no sentido de contestar o seu conteúdo ou a sua forma.

Por princípio do contraditório, deve-se entender como sendo o direito das partes de saberem o que lhes foi imputado, e contestarem o que lhes for possível. Trata-se da ideia de ação e reação. No direito penal, em regra, ele deve ser exercido após a denúncia ou em alegações finais; porém, eventualmente, pode ser posto em prática quando de qualquer outro ato processual praticado pela parte contrária de que acredite ser ameaçador do seu direito.

O princípio da ampla defesa, apesar de caminhar junto do princípio do contraditório, com ele não se confunde. Aquele se traduz na possibilidade de a parte poder produzir qualquer prova que julgar pertinente para embasar suas alegações, desde que não mergulhe na ilicitude. Ou seja, a ideia é que se oportunizem meios necessários à comprovação do direito alegado pelas partes.

Sendo assim, a prova psicografada está de acordo com as previsões dos princípios do contraditório e da ampla defesa, prerrogativas estas garantidas em sede constitucional; entendidas aí não somente para quem alega o fato quanto também para a outra parte, que poderá refutar o alegado, perquirindo, por exemplo, a validade do documento, quanto ao seu conteúdo e/ou à sua forma.

Por mais que se alegue não haver o contraditório quando da origem do fenômeno psicográfico, ou até mesmo quando de sua ocorrência, depois de materializado como prova, tal documento pode sofrer todo o contraditório possível; garantindo-se, inclusive, à parte

---

<sup>35</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 63.



contrária que o faça, por exemplo, alvo de incidente de falsidade (com previsão nos artigos 145 e seguintes do Código de Processo Penal).

Vê-se aí a ideia do contraditório diferido ou postergado, próprio das provas irrepetíveis, tal como a interceptação telefônica. Esta, por não poder sofrer nenhuma ingerência, senão da autoridade policial, quando da fase inquisitorial, só se verá passível de ser impugnada quando de eventual processo penal no qual se incluía.

Portanto, do narrado acima, acredita-se não se poder falar em afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas sim justamente o inverso, pois a admissibilidade da psicografia como meio de prova não os impossibilita em nenhum aspecto.

A partir dessa premissa, tracemos um paralelo entre os princípios do contraditório e da ampla defesa e o direito fundamental à prova, que tem seu berço nos dois primeiros, conforme registrou Marinoni<sup>36</sup>:

[...] De nada adiante, de fato, garantir uma participação que não possibilite o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações. O direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo. Como demonstra VIGORRITI, a estreita conexão entre as alegações dos fatos, com que se exercem os direitos de ação e de defesa, e a possibilidade de submeter ao juiz os elementos necessários para demonstrar os fundamentos das próprias alegações, tornou clara a influência das normas em termos de prova sobre os direitos garantidos pelo *due process of law*.

Sendo assim, ao se admitir o documento psicografado como meio de prova, o ordenamento jurídico estaria honrando com os seus princípios basilares e constitucionais. A não recepção desse documento como instrumento probatório, nesse passo, acarretaria um vício incapaz de ser sanado, uma vez que inconstitucional.

<sup>36</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 258-259. Apud DIDIER JR., op. cit., p. 18-19.





### 3.3 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Também chamado de princípio da persuasão racional, o princípio do livre convencimento consiste na liberdade dada ao magistrado de fundamentar sua decisão com base em toda e qualquer prova apresentada em juízo, desde que não evidada de ilicitude.

Tourinho Filho<sup>37</sup> assim o delinea: “Trata-se de excelente garantia para impedir julgamentos parciais. Ele (o Juiz) tem inteira liberdade de julgar, valorando as provas, colhidas em regular contraditório, como bem quiser, sem contudo arredar-se dos autos.”  
*(grifos nossos)*

Se se partir do pressuposto de que a prova psicografada fora peneirada em regular contraditório, e que dela não se constatou nenhum vício formal ou material – se ficando, dessa forma, como prova prestável –, óbice não há que se afirme a possibilidade de vê-la figurando na fundamentação da decisão exarada pelo juízo, salvo se o contexto probatório for contrário a essa noção.

### CONCLUSÃO

Analise-se, por fim, a validade da prova psicografada, fazendo, para tanto, um cotejo com tudo aquilo que fora exposto pelo presente trabalho.

De prova ilícita, não se trata, uma vez que nem a sua forma de obtenção nem a sua forma de introdução no processo é proibida por lei. Caso houvesse sido aprovado o projeto de lei ao qual nos referimos neste estudo, aí sim seríamos compelidos a admitir tal ilicitude. Por sorte, e por prestígio do princípio da laicidade do Estado, o projeto não foi levado à frente.

---

<sup>37</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 60.



Contudo, mesmo que a prova psicografada fosse considerada ilícita, eventualmente ainda poder-se-ia admiti-la num processo. Isso porque, se em Direito chancela-se a possibilidade excepcional do uso da prova ilícita, como já esposado, qual seria a razão de não se considerar a prova psicografada – que não tem nada de ilicitude – como meio de prova?

Afora isso, imperioso é que se afirme que a prova psicografada também não ofende o princípio da ampla defesa. Na verdade, a psicografia é até mais uma das formas pelas quais se consegue garantir tal princípio, tendo em vista que retrata mais uma maneira de defesa da parte que alega, com vistas a auxiliar o descobrimento da verdade.

Em se tocando nesse ponto, frise-se que o princípio da verdade real também se vê prestigiado com a admissibilidade da prova psicografada no processo penal, uma vez que com ela o que sempre se tenta provar é o que, de fato, aconteceu quando da ocorrência do suposto fato delituoso.

Quanto ao princípio do contraditório, diz-se que, se não é possível contrapor no momento da ocorrência do fenômeno psicográfico, tem-se como fazê-lo quando da introdução do documento no processo penal, através de todos os mecanismos previstos na legislação vigente.

E, com relação ao princípio do livre convencimento, tem-se que o Juiz pode levar a prova psicografada em consideração na fundamentação da sua decisão, vez que de ilícito ela nada tem. O que não se pode nunca fazer é levar em conta o documento psicografado à mercê de todo o contexto probatório. O Juiz aí não estaria cometendo um equívoco em considerar a psicografia como um meio de prova, mas sim em olvidar-se de tudo aquilo que restou comprovado nos autos, se contrário ao que consta do documento psicografado. Ora, isso se aplica a toda prova aduzida em juízo.

Assim sendo, por não ferir nenhum direito/princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, e amparando-se no princípio da liberdade das provas, a psicografia



pode ser tida como meio de prova; *in casu, sui generis*, diante da falta de previsão formal na lei.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie et al.. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 5. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2010.

KARDEC, Allan. *O Livro dos Médiuns*. 62. ed. Brasília: Federação Espírita Brasileira, 1944.

MARCÃO, Renato. *Psicografia e prova penal*. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1743>>. Acesso em 05 nov. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira et al.. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

POLÍZIO, Vladimir. *A Psicografia no Tribunal*. São Paulo: Butterfly Editora, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



## **A TEORIA DO BEM JURÍDICO EM FACE DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: REFLEXÕES E CRÍTICAS POR UMA TEORIA ADEQUADA AO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Caroline da Silva Torrão

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada.

**Resumo:** o Direito Penal sempre teve como alvo penalizador os direitos individuais, que compunham os crimes de maior incidência nas sociedades. Entretanto, com a evolução das mesmas, bem como das tecnologias, as modalidades criminosas sofreram mutações, passando a atingir as mais altas classes sociais e novos bens jurídicos, que não se enquadravam nas teorias clássicas. Assim, o controle social exige uma nova teoria do bem jurídico, alcançando os bens jurídicos coletivos, contendo a criminalidade e marginalidade do mundo moderno. O presente trabalho procura discutir o tema, considerando a realidade do país e apresenta sua conclusão ao final a respeito da pertinência ou não da internação compulsória, sem obstar que o leitor forme sua própria opinião pelos argumentos prós e contras explicitados.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Teoria do Bem Jurídico Coletivo. Expansão do Direito Penal.

**Sumário:** Introdução. 1. A Expansão do Direito Penal. 2. A Teoria do Bem Jurídico. 3. O Bem Jurídico Coletivo. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O tema abordado no presente trabalho monográfico encontra-se na matriz do Direito Penal contemporâneo, que busca compatibilizar a essência do Direito Penal Tradicional com os novos anseios sociais, efetivando o Estado de Bem Estar Social.

Já de início, no primeiro capítulo, faz-se uma explanação sobre o processo expansionista, que deixa de lado as premissas da Escola de Frankfurt, respondendo aos novos interesses e controlando os novos riscos. Contudo, deve se entender a sua verdadeira causa e os fatores que lhe deram forma, como por exemplo o descrédito de outras instancias de proteção. De igual modo, não se pode ter em mente que apenas a proliferação de normas penais é suficiente para conter os efeitos nocivos dessa dinâmica social, sob pena de se criar



uma verdadeira ilusão de segurança e de contenção da delinquência urbana, efeitos simbólicos na sociedade.

Tais causas são tratadas a partir do segundo capítulo, o que se deu com a evolução da sociedade, como efeito inerente ao processo de globalização mundial, novas atividades dão origem a novos riscos, que não podem ficar à margem do Direito. Este é reflexo dos fatos sociais que circundam a sociedade como um todo, devendo proteger o bem da vida que esteja sob ameaça de lesão. Entretanto, o grande obstáculo enfrentado para tanto é a possibilidade ou não de debruçar o Direito Penal, que é regido por princípios como a *ultima ratio* e a fragmentariedade, sobre bens jurídicos supraindividuais, o que causa verdadeira celeuma doutrinária.

Todavia, há um liame tênue entre a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, que reflete uma tutela penal eficiente e correspondente às necessidades humanas, e uma verdadeira chuva de leis e normas, resultando em verdadeira administrativização do Direito Penal. Busca-se aqui encontrar o caminho do meio, aquele que vai direcionar a sociedade por caminhos seguros de desenvolvimento, mas ao mesmo tempo respeitar a ideia de Direito Penal Mínimo, cujo denominador comum é uma vocação restritiva do Direito Penal, que intervém somente nos casos em que as demais esferas não forem suficientes.

Para alcançar o fim almejado, várias propostas são apresentadas. Por fim, o tema atinge maior relevância quanto aos acontecimentos que causam maior repúdio à sociedade, como é o caso dos crimes econômicos, crimes ao meio ambiente, referidos no terceiro capítulo.

Ademais, conclui-se que a sensação de impunidade que a falta de repressão adequada a esses tipos de delitos é de tal dimensão que culmina em uma proliferação de condutas que atentem aos interesses comuns, o que justifica e legitima o processo expansionista do Direito Penal.



Na perspectiva de garantir uma sociedade justa e de bem estar social, deve se alargar o bem jurídico objeto de tutela penal, encontrando nas funções da pena a verdadeira contenção dos distúrbios sociais, proclamando um verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito.

Há uma relevante questão social por trás de toda controvérsia apresentada, que circunda os níveis sociais abarcados em cada tipo penal presente no ordenamento pátrio. Considerando que os crimes somente podem recair sobre bens jurídicos individuais, tutelando, em essência, o direito à vida, liberdade e patrimônio, estará se punindo, com isso, o cidadão de classe social menos favorecida.

Os crimes cometidos pelos indivíduos de classes mais abastardas são, majoritariamente, aqueles que demandam uma maior estrutura organizacional, uma cadeia interligada de agentes capaz de atingir um resultado mais vantajoso financeiramente. São, assim, aqueles cometidos por grandes empresas, ou associações criminosas precisamente estruturadas, que alcançam com pequenos delitos, vultuosas montas de dinheiro.

Há, assim, um nítido interesse em afastar tais infrações penais da categoria de crimes, defendendo a sua repressão por meio de sanções administrativas. Estas resultam, na maioria das vezes, em penas pecuniárias, o que não representa o caráter repressivo da pena, ou em penas restritivas de direitos, que também não alcançam os verdadeiros e arditos organizadores dessas estruturas criminosas, mas no máximo alguém eleito para exercer o ato material em concreto.

Para que se alcance o ápice das estruturas criminosas, imperioso se faz criminalizar tais condutas, uma vez que todas as outras esferas punitivas do Direito se mostram ineficientes para reprimir tais condutas, que assolam a vida em sociedade.

O presente trabalho visa a fazer o leitor refletir com conhecimento sobre como encontrar um liame mediado entre a Teoria Clássica do Bem Jurídico e as Teorias



Contemporâneas do Bem Jurídico, a fim de tutelar adequadamente a criminalidade do novo mundo.

O estudo segue a metodologia do tipo bibliográfica, histórica, qualitativa, parcialmente exploratória e, especificamente, pretende analisar em profundidade os direitos envolvidos no tema da internação compulsória de dependentes químicos, concluindo ao final quanto à pertinência ou não da medida, considerando a realidade brasileira. Porém, não obsta o leitor de formar sua própria opinião quanto ao assunto, sendo similar à da pesquisadora ou não. O ideal é se determinar o ponto de equilíbrio entre as teorias até então definidas.

O objetivo geral do presente trabalho é discutir o tratamento penal adequado aos novos crimes, a partir das Teorias do Bem Jurídico.

## **1. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL**

O processo expansionista do Direito Penal é primordial para se entender as diferenças entre a maneira em que ele foi inicialmente elaborado, e aonde ele precisa chegar para satisfazer os anseios da sociedade, garantindo-lhe a necessária segurança, evitando, assim, que se tornem verdadeiros sujeitos passivos.

O direito penal clássico, também conhecido como direito penal liberal tradicional, teve origem entre a segunda metade do século XVIII e a primeira metade do século XIX, sob nítida inspiração das ideias Iluministas (século das “Luzes”). Defendia uma construção do direito penal calcada no paradigma do direito subjetivo, tutelando prioritariamente as lesões aos direitos fundamentais da pessoa.

Formado originalmente em um contexto de arbitrariedades estatais, o direito penal tradicional tem como objetivo principal a limitação dos bens jurídicos tutelados e das sanções taxativamente cominadas, vinculando a atuação estatal a parâmetros previamente



estabelecidos, garantindo, com isso, as liberdades individuais e os direitos fundamentais dos cidadãos subordinados a ele. Trata-se de um direito penal que objetiva uma dupla finalidade: além de reduzir os índices de violência social através de uma coação física e psicológica do cidadão, garante, sobretudo, a limitação do *ius puniendi* estatal, admitindo outros defensores renomados.

A partir da Revolução Francesa, exigiu-se que o atuar do Estado fosse regido pelas ideias de igualdade, liberdade e fraternidade, trazendo grandes mudanças no cenário político, e conseqüentemente, jurídico. As constituições passaram a estabelecer garantias individuais, sobretudo no que tange ao *ius puniendi*. A dignidade da pessoa humana passou a se apresentar como alicerce axiológico da Lei Maior, regendo todos os ramos do direito, sobretudo o direito penal.

Como explica Luiz Flávio Gomes<sup>1</sup>:

Adotados os clássicos princípios liberais, a sanção penal consistente na privação da liberdade somente pode ter incidência quando absolutamente necessária, é dizer, quando outros meios não se apresentem como mais idôneos (subsidiariedade do direito penal) e mesmo assim tão-somente diante dos ataques mais intensos (para os bens jurídicos mais relevantes) ou que possam causar ao menos sério e concreto risco de dano (perigo concreto) para o interesse tutelado (fragmentariedade do direito penal).

Os movimentos revolucionários, por uma ótica imediatista, tendem a se debruçar somente nas questões latentes, mais aviltadas, que culminaram naquela reação. No esteio do pós Segunda Guerra Mundial, o direito penal se preocupou em tutelar os direitos individuais, visto que refletiam o maior anseio da sociedade, configurando um grande avanço social e criminal. Era imprescindível a concretização de princípios tais quais a taxatividade e legalidade, garantindo que o exercício do poder pelo Estado se dê na forma do “contrato social”, dentro dos parâmetros a ele conferidos pelo povo.

---

<sup>1</sup>GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCHI, Guillermo Jorge. *As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 21.





O que na época representava um grande avanço social, atualmente tem-se como um discurso de resistência, na medida em que restringe demasiadamente o campo de atuação estatal, buscando aplicar um direito penal mínimo. O penalista e doutrinador Paulo Queiroz<sup>2</sup> diz:

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a última *ratio*, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito.

A noção de bem jurídico era indissociável dos direitos individuais, desconsiderando-se que os bens jurídicos coletivos, ao serem lesionados, poderiam afetar de forma crucial a vida em sociedade, merecendo repreensão não somente nas esferas cível e administrativa, mas uma sanção que impedisse o definhamento da sociedade.

Nos mesmos moldes que outrora ocorrera, a sociedade permanecia em constante evolução, o que fez com que outros delitos, até então invisíveis aos olhos da sociedade, se tornassem alvo da tutela penal, fazendo nascer uma infinita discussão acerca da expansão do direito penal: enquanto para alguns a expansão da tutela penal transformaria o direito penal em “simbólico<sup>3</sup>”, para outros seria o verdadeiro combate à criminalidade que se transmuda ao longo da história.

O panorama social, que é cenário do processo de expansão, é a Revolução Industrial, que trouxe significativas mudanças na estrutura social predominante. As sociedades, que antes eram praticamente rurais, migraram para as cidades e passaram a realizar atividades laborais voltadas para a produção.

---

<sup>2</sup>QUEIROZ, Paulo. Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico. *IBCCrim*, nº 74, 1999.

<sup>3</sup>O Direito Penal Simbólico é aquele conhecido por ser rigoroso demais e por esse motivo acaba sendo ineficaz na prática, por trazer meros símbolos de rigor excessivo que, efetivamente, caem no vazio, diante de sua não aplicação efetiva, justamente pelo fato de ser tão rigoroso. Hoje em dia, o Brasil passa por uma fase onde leis penais de cunho simbólico são cada vez mais elaboradas pelo legislador infraconstitucional. Essas leis de cunho simbólico podem trazer uma forte carga moral e emocional, revelando uma manifesta intenção pelo Governo de manipulação da opinião pública, ou seja, tem o legislador infundindo perante a sociedade uma falsa ideia de segurança.



É fato incontroverso que a ideia de direito penal, tradicionalmente idealizado, encontra-se fragilizada, diante do incontrolável aumento na criminalização mundial. Luiz Flávio Gomes<sup>4</sup> já dizia que o que está se pondo em dúvida não é o direito penal em si mesmo, mas apenas o modo pelo qual tradicionalmente ele foi compreendido. Seria o mesmo que assistir à transformação daquele direito penal nascido no Iluminismo e desenvolvido cientificamente por distintas correntes da escola clássica e do neokantismo durante os primeiros decênios do século XX. Esse direito penal é um paradigma explicativo do poder penal, da ordem normativa sancionadora, e de seus fins e técnicas de legislação, para a partir daí sofrer suas consequentes adaptações acompanhando a evolução social.

Os resultados negativos dos excessos praticados nos meios de telecomunicações fomentaram incertezas e inseguranças, contribuindo para aumentar o medo das “sociedades de risco<sup>5</sup>”. Ao tratar dos novos interesses como uma das causas da expansão do direito penal, Jesús-Maria Silva Sanchez<sup>6</sup> aduz:

As causas da provável existência de novos bens jurídicos penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência-, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas [...]Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; [...]Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas...

Nesse contexto, depreende-se um processo lógico de evolução da sociedade diante da evolução tecnológica. Perante uma nova realidade social, o direito penal deve reagir em face

<sup>4</sup> GOMES; YACOBUCCI, op cit., p. 28.

<sup>5</sup> Trata-se de um conceito elaborado por Ulrich Beck, em sua clássica obra *Risikogesellschaft*, já traduzida para mais de 30 línguas diferentes, na qual ele analisa e conceitua o risco, as sociedades de risco e a sociedade global de risco. Para ele, a categoria da sociedade de risco tematiza o processo de questionamento das ideias centrais para o contrato de risco, a possibilidade de controle e a possibilidade de compensação de incertezas e perigos fabricados industrialmente. Sua dinâmica está no sucesso da modernidade, cujos efeitos não mais são passíveis de controle, daí a incerteza autofabricada.

<sup>6</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 6, p. 33.



do clamor popular por segurança e justiça, e é justamente esse atuar estatal inovador que forma o processo de expansão do direito penal.

Uma primeira crítica feita por alguns estudiosos reside na criação de um direito penal simbólico, que tudo tenta proteger, porém quase nada de fato protege. Isso se daria porque as normas estariam atendendo apenas a apelos latentes, refletindo medidas emergenciais que atenderiam a uma necessidade mais urgente, mas não resolveriam os problemas em sua origem. Assim, se mostrariam como falsos remédios, que não curariam o mal desde a sua raiz.

Um segundo argumento contrário à expansão do direito penal tem como base a ideia de Estado Democrático de Direito, e sua função precípua de limitação do atuar estatal, na medida em que, ao admitir-se o processo expansivo, estar-se-ia conferindo maior poder ao Estado de punir

Callegari<sup>7</sup> prossegue, afirmando que o Direito Penal vê-se, assim, transformado em um instrumento que passa a ser utilizado politicamente para a busca de fins que não lhe são próprios em um Estado Democrático de Direito. Quando manejado no sentido de dar respostas eficazes às novas formas de criminalidade, assume caráter meramente simbólico, dado que proporciona resultado político-eleitorais imediatos a partir da criação, no imaginário popular, da impressão tranquilizadora da existência de um legislador atento à realidade social.

No plano ideal, poderia se sugerir que essa nova geração criminosa fosse combatida por meio de instituições administrativas. Ocorre que tais opções se mostram absolutamente ineficientes, tanto no aspecto repressivo quanto preventivo, funções essas cumpridas pela pena. Sanchez alerta, ainda, que adotar essas medidas favoreceria o próprio alastramento da delinquência<sup>8</sup>. Tal ineficiência se dá, inclusive, pela desorganização da seara administrativa.

De fato, a responsabilidade civil por danos causados não expressa a mesma reprovabilidade que a sanção penal. Além disso, dada a sua objetividade, talvez os

<sup>7</sup> CALLEGARI; WERMUTH, op.cit. p. 7-40.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ, op cit., p. 76.



verdadeiros responsáveis sequer seriam responsabilizados, ou mesmo o sendo, não sofreriam a repreensão adequada para a contenção de tais violações. Junta-se a essas considerações o fato da Administração Pública sofrer de uma infundável burocracia na concreção das medidas penalizadoras. E por último, o mais grave impedimento de todos: a incontrolável corrupção que permeia todo o setor público, que dificilmente seria capaz de punir adequadamente a classe social mais poderosa.

Diante da tensão entre os discursos de resistência e expansão do Direito Penal, a escola de Frankfurt,<sup>9</sup> com Winfried Hassemer a sua frente, sustentando que o direito penal deveria retornar às suas origens, isto é, à tutela de interesses individuais do homem. Advoga que, para tutelar os direitos coletivos, o ideal seria o chamado Direito de Intervenção, se contrapondo ao chamado discurso de expansão, que defende a tese de que o direito penal deve tutelar qualquer bem jurídico coletivo, desde que relevante e sob ameaça latente. Como sustentáculo de sua teorização, parte-se de dois pressupostos básicos: restringir a seleção de bens jurídico-penais, aos denominados “clássicos”, bem como respeitar todas as regras de imputação e todos os princípios político-criminais de garantia característicos do Direito Penal da Ilustração<sup>10</sup>.

De fato o direito penal teve seus limites moldados pelos bens jurídicos individuais e patrimoniais, em decorrência da vulneração sofrida em tempos de um Estado Liberal. E a esse modelo se socorre o discurso de resistência, que tem por objetivo conter a expansão desses bens jurídicos, mantendo os conceitos previamente concebidos.

---

<sup>9</sup> A proposição deslegitimadora ou reducionista provém, basicamente, da produção acadêmica do *Instituto Científico Criminal de Frankfurt* – também conhecido como *Grupo de Professores* ou, simplesmente, *Escola de Frankfurt do Direito Penal*. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o Novo Direito Penal*. Brasília-DF: ESMPU, 2011, p. 124) As propostas da Escola de Frankfurt, defendidas por Hassemer, Pritwitz, Herzog, Naucke, Muñoz Conde, dentre outros, oferecem resistência às alterações de cunho legislativo e dogmático propostas pela tendência expansionista. Para tanto, partem da premissa de que o Direito Penal deve ser limitado ao máximo, o que implica sua incidência apenas sobre aquelas condutas que violem, de maneira agressiva, os bens indispensáveis para a vida em comum, como a vida, a saúde, a propriedade etc.

<sup>10</sup> SOUZA, op. cit., p. 125.



A proposta da escola de Frankfurt seria manter os princípios da Intervenção Penal Mínima e da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos, através de um Direito de Intervenção. Num contexto de intervenção penal mínima, após a identificação do bem jurídico penalmente tutelado, o subsequente vetor analítico a nortear o intérprete é o princípio da lesividade, ou ofensividade, consistente, consoante o pensamento clássico, na relevante afetação do interesse protegido.

Hassemer<sup>11</sup> parte da constatação de que o Direito Penal que procura minimizar a insegurança oriunda de uma sociedade de riscos e dirigir processos e relações causais complexos altera substancialmente seus conceitos dogmáticos e se afasta de sua missão original de apenas assegurar uma escala de valores indispensáveis à vida social, e se torna um instrumento em busca do controle de grandes problemas da sociedade atual, como a proteção do meio ambiente. Dentro deste pensamento, apesar de tentar compreender o processo expansionista, sua proposta seria:

Quando eu falo de “clássico”, eu quero dizer com isso que o objeto indicado situa-se na tradição da filosofia política do Iluminismo. “Clássico” no Direito Penal não se esgota, como de costume, em uma determinada época ou em um determinado número de objetos; “clássico” é também um ideal, uma representação de fim pela qual pode ser determinada para onde deve ir uma viagem, quais passos seguem na direção correta e quais seguem na direção errada [...]<sup>12</sup>

Schünemann<sup>13</sup> concorda com os pressupostos aventados pela corrente reducionista, salientando os riscos do legislador deixar-se seduzir pela ideia da utilização açodada do Direito Penal como uma espécie de panaceia dos problemas urgentes da modernidade econômica e da tutela ambiental, esquecendo-se, pois, do princípio da *ultima ratio*. Apesar de tudo, o autor refuta a possibilidade de não enfrentamento da criminalidade do Século XXI.

<sup>11</sup> BOTINI, Pierpaolo Cruz apud MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. *Novas Teses Dogmáticas Jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade de risco*. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/17-ARTIGO#\\_ftnref4](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/17-ARTIGO#_ftnref4). Acesso em: 21 de abr. 2015.

<sup>12</sup> HASSEMER apud PANOEIRO, José Maria de castro. *Política Criminal e Direito Penal Econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Nubia Fabris Editora, 2014, p. 111.

<sup>13</sup> SCHÜNEMANN apud SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o Novo Direito Penal*. Brasília-DF: ESMPU, 2011, p. 135.



As mesmas críticas são feitas por outros estudiosos da Escola de Frankfurt. Noutras palavras, conduziria ao exercício de uma Política Criminal que não corresponde às demandas concretas e racionais de uma sociedade que se pretende organizada em um Estado Social.<sup>14</sup> A atuação do Direito Penal demonstraria uma priorização daquela tutela jurídica, e ao se priorizar muitos bens jurídicos, estar-se-ia, em verdade, “despriorizando”, ou negligenciando uma efetiva tutela especial àqueles bens jurídicos que realmente a merecem, culminando no que se entende por Direito Penal Simbólico.

Amparado na doutrina, oportunas são as palavras de Panoeiro<sup>15</sup>, ao constatar que, para a proteção de novos interesses surgidos com a modernidade, Hassemer e Silva Sánchez propõem, respectivamente, o Direito de Intervenção<sup>16</sup> e o modelo de Direito Penal dual<sup>17</sup>.

Já dentro da segunda proposta, o Direito Penal dual seria uma expansão moderada, o que se denomina direito penal de duas velocidades. Sánchez recusa a manutenção do conceito tradicional de direito penal, mas não defende a expansão absoluta da tutela criminal, apontando uma solução intermediária para esse conflito. Para tanto, parte de duas premissas. A primeira consiste na modernização do Direito Penal, caracterizada pela expansão e pela flexibilização de princípios político-criminais. A segunda consiste na negação de uma volta ao Direito Penal clássico, que, segundo o Silva Sánchez, nunca existiu<sup>18</sup>.

Não se pode desconsiderar o fato de que a sociedade moderna possui novos “bens da vida”, além da vida, saúde, liberdade e patrimônio, que não podem ser subjugados, nem mesmo colocados em patamar inferior a outros direitos, haja vista que sua violação gera danos tão aviltantes quanto os demais. Deixá-los sob a égide de um Direito de Intervenção seria

<sup>14</sup> HASSEMER apud PANOEIRO, op. cit., p. 115.

<sup>15</sup> Ibid., p. 118.

<sup>16</sup> Ibid., p. 118.

<sup>17</sup> GRACIA MARTIN apud PANOEIRO, op. cit., p. 118.

<sup>18</sup> MACHADO, Fabio Guedes de Paula e GIACOMO, Roberta Catarina. Novas Teses Dogmáticas Jurídico-Penais para a Proteção do Bem Jurídico Ecológico na Sociedade de Risco. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 2, 2009. Disponível em: < [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/17-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/17-ARTIGO)>. Acesso em: 27 mai. 2015.



conferir-lhes proteção inferior aos bens tutelados pelo direito penal. A isso reage uma segunda parcela da doutrina européia, que defende a expansão do direito penal para alcançar esses novos direitos, esses novos bens jurídicos que passam a integrar o rol de bens essenciais à coexistência social.

É inegável que o modelo de Direito Penal elaborado para a sociedade do Século XIX não consegue atender aos novos riscos criados no Século XXI, e isso exige uma evolução teórica, de modo que os bens jurídicos relevantes sejam efetivamente tutelados. Esse mesmo processo deverá ser realizado permanentemente, na mesma velocidade do caminhar social. E em razão dessa lógica, Sánchez<sup>19</sup>, defendendo a sua teoria, afirma a impossibilidade de se voltar ao Direito Penal Liberal, quando diz:

Definitivamente, portanto, a proposta contida nestas páginas parte da constatação de uma realidade a respeito da qual se considera impossível voltar atrás. [...] Por um lado, naturalmente, admitir as penas não privativas de liberdade como mal menor, dadas as circunstâncias, para as infrações nas quais têm se flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente penas de prisão de larga duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade.

É a constatação doutrinária de que o novo exige o novo, e que o Direito Penal clássico não acompanha os fatores sociais contemporâneos. Há uma notória incompatibilidade axiológica, que deve ser resolvida a partir de novos conceitos, talvez trazidos pelas teorias expansionistas.

## 2. A TEORIA DO BEM JURÍDICO

O conceito de bem jurídico é o ponto chave para a caracterização do crime, nos moldes da doutrina contemporânea, o que não faz com que esta alcance um consenso. Desta premissa, partem duas vertentes, uma formal, para a qual o bem jurídico seria o que fosse

---

<sup>19</sup>SANCHEZ, op. cit., p. 186.



protegido pela norma, e outra material, defendendo ser o bem jurídico um limitador do legislador, de fonte intrínseca ou extrínseca.

O surgimento do termo “bem jurídico” não encontra consenso entre os doutrinadores, porém alguns apontam que o desenvolvimento desse conceito tem a sua origem com o autor alemão Johann Michael Franz Birnbaum, para quem o conceito “visava abranger um conjunto de valores de conteúdo liberal, que fosse apto a basear a punibilidade dos comportamentos que o ofendessem”<sup>20</sup>. Apresentou-se desde então como um instrumento limitador do *ius puniendi* estatal, sendo obstáculo de enfrentamento obrigatório pelo legislador que decidisse criminalizar determinada conduta, impondo requisitos que deveriam ser atendidos para tanto. Inicialmente, o conceito de bem jurídico abarcava tão somente os direitos de cunho individual, entendidos como essenciais aos indivíduos para a convivência em sociedade. Tal conceito protegia os valores mais aviltados, satisfazendo os anseios sociais.

Em eras pretéritas a noção de ilícito penal era umbilicalmente atrelada à teologia, e à ideia de pecado, não havendo distinção entre os mandamentos de Deus e os mandamentos do homem. Assim, o crime era visto como um atentado contra a divindade e a pena a eliminação ou expulsão (*Ausstossung*) dos agressores da associação cultural<sup>21</sup>. Desde então, a partir de fatores externos modificativos, tal conceito foi evoluindo, alcançando diferentes significados ao longo do tempo.

O principal deles foi, indubitavelmente, o movimento Iluminista, que concretizou uma revolução completa, em todos os âmbitos sociais, tanto nas ideias, quanto na cultura da sociedade como um todo, atingindo inclusive os pensadores do direito. Surge então um movimento tendente a favorecer ou garantir bens individuais diante da arbitrariedade judicial

---

<sup>20</sup>BECHARA apud SILVA, Pedro Henrique Carinhatoe. *Os Crimes de Perigo Abstrato e a Expansão do Direito Penal*. Disponível em: [http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/408/pdf\\_49](http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/408/pdf_49). Acesso em 26 de maio de 2015.

<sup>21</sup>VON LISZT apud PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.





e da gravidade das penas, em base social<sup>22</sup>. “Essa herança do Iluminismo, firmada no século XIX, impede a adoção de modelos de Estado autoritários e permite afirmar a legitimidade do direito penal no Estado Democrático de Direito.”<sup>23</sup>

Tendo por base o legado Iluminista, Feuerbach afasta por completo o direito penal teocrático e tem como prisma a noção de Estado considerado como ente criado para gerenciar o bem estar social e proteger a liberdade e direitos dos cidadãos. Assim, com propriedade relata Bechara<sup>24</sup>:

O núcleo material do delito surge, portanto, a partir da lesão de direitos subjetivos. Esse é o posicionamento de Johann Anselm Ritter von Feuerbach, que, voltando-se contra os conceitos teológicos característicos do absolutismo, passou a considerar o delito não mais como pecado, lesivo, portanto a Deus, também representado pelo monarca, mas sim como atentado ao grupo social, e a pena, não como expiação, e sim retribuição.

O direito penal deste período se expressou pelo conceito rompante firmado por Feuerbach<sup>25</sup>, a partir do qual a tutela penal deveria se inspirar nos direitos subjetivos essenciais à sociedade. Era redirecionar a ótica penal para o homem, e entendê-lo como sujeito de direitos, e titulares das normas penais, contrariando o teocentrismo que até então manipulava as decisões políticas.

A contribuição de Feuerbach para a formação de uma concepção material de delito foi indispensável para que se consolidasse uma posição contratualista no âmbito penal, e se colocasse os direitos individuais subjetivos no centro de toda proteção penal, como a razão de ser de um ordenamento jurídico.

Seguindo os passos dados por Feuerbach, a doutrina aponta Johann Michael Franz Birnbaum como seu precursor, reconhecendo este como idealizador do termo bem jurídico,

<sup>22</sup> Ibid., p. 28.

<sup>23</sup> BECHARA, Ana. O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, 2009. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=3](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=3). Acesso em: 28 mai. 2015.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> PRADO, op. cit., p. 29.



conforme já explicitado acima. Responsável por introduzir tal conceito no contexto jurídico-penal, Birnbaum substitui a ideia de direito subjetivo como fundamento à tutela penal, e aponta em seu lugar um bem extraído da realidade, consubstanciando-se em um objeto material do tipo penal.

Para ele, o delito seria uma lesão a um direito subjetivo, subordinado à preservação da liberdade individual. Daí o delito seria uma lesão a um bem jurídico, devidamente tutelado pelo Estado. Birnbaum estabeleceu um conceito de bem jurídico que limita a tutela penal a bens de existência reais, ou seja, objetos materiais, necessários para as pessoas ou para a coletividade<sup>26</sup>. Régis Prado<sup>27</sup> demonstra que a tese de Birnbaum diferencia-se da tese do direito subjetivo trazida por Feuerbach em três pontos: na configuração do conceito de bem comum, na ampliação do fim do Estado e na renúncia em extrair a doutrina do objeto do delito dos postulados das condições de vida em sociedade, como haviam feito o iluminismo e o liberalismo originário. Contudo, Juarez Tavares<sup>28</sup> expõe que a verdadeira intenção almejada por Birnbaum com o conceito de bem jurídico era promover uma adequação entre a teoria do delito e as normas de Direito Penal vigentes à época, que conflitavam com a noção de direito subjetivo.

Com a ascensão do positivismo jurídico, surgem novas direções metodológicas no âmbito do direito penal, sobretudo com Binding, que não guardou nenhum apego ao pensamento Iluminista. Para este, o delito consistia numa lesão a um direito subjetivo do Estado, onde a norma era a única fonte do bem jurídico. Kaufmann<sup>29</sup> corrobora este pensamento asseverando que “toda agressão aos direitos subjetivos se produz mediante uma agressão aos bens jurídicos e é inconcebível sem estes”.

<sup>26</sup> ARÊDES, S. N. O Conceito Material de Bem Jurídico Penal. *Revista FEAD-Phronesis*, Minas Gerais – MG, n. 6, 2010. Disponível em: <http://revista.fead.br/index.php/dir/article/viewFile/277/215>.

<sup>27</sup> PRADO apud ARÊDES, nota n. 36.

<sup>28</sup> TAVARES apud ARÊDES, nota n. 36.

<sup>29</sup> KAUFMANN apud PRADO, op. cit., p. 32.



Assim, o bem jurídico passou a ser concebido como tudo aquilo que o legislador considerou relevante para a ordem jurídica e assim inseriu no ordenamento penal, e sem o qual não se configura o delito. Mesmo que o objeto da norma não seja um direito, mas aos olhos do legislador o pareça ser, e desde que este o mantenha incólume e livre de perturbações, assegurando-lhe status normativo, será então transformado em um bem jurídico.

Dentro do contexto positivista, elaborando a dimensão material do conceito de injusto penal e bem jurídico, os estudos de Franz von Liszt contrariam a proposta de Binding, concluindo que a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra. Não haveria, portanto, tal exclusividade do legislador, pois o interesse transformado em bem jurídico já existia na sociedade. O bem jurídico, ponto central da estrutura do delito, seria primeiramente uma realidade social em si mesmo, independente da valoração do legislador<sup>30</sup>. Com efeito, “o ordenamento jurídico não cria o interesse, cria-o vida, mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico”<sup>31</sup>. Com isso, ele reaviva a noção delimitadora de bem jurídico, imputando-lhe uma preexistência que, justamente, o configura como fonte de legitimidade da atividade legiferante que apenas o reconhece.

Entretanto, a crítica feita ao modelo elaborado por Liszt é que ter-se um conceito de lesão prévio ao direito não seria suficientemente preciso para delimitar uma conduta humana a ponto de elevá-la ao patamar criminoso, por ter um conteúdo material insatisfatório, vago, sem parâmetros ou critérios.

Já no Século XX surge o pensamento neokantista do bem jurídico, formulado a partir de uma releitura, sob nova ótica social, da obra de Immanuel Kant. O grande traço distintivo dos conceitos retro citados é a substituição de um conceito material para um conceito valorativo, fundado em um hipotético valor cultural, expresso no conteúdo normativo. São

---

<sup>30</sup>PRADO, op. cit., p. 35.

<sup>31</sup>VON LISZT apud PRADO, op. cit., p. 35.

orientações espiritualistas que desenvolveram na área penal a concepção metodológica ou teleológico-metodológica de bens jurídicos<sup>32</sup>.

Ainda na lição de Prado:

Essa doutrina – referida a valores e fins – fundamenta o conceito de ciência do espírito no método e não no objeto, como o historicismo, dando lugar a uma filosofia axiológica. O neokantismo engendra duas escolas: a Escola de Marburgo (Cohen, Notarp, Stammler) e a Escola Subocidental alemã ou de Baden (Windelband, Rickert, Lask, Radbruch).

Essa reorganização sistemática a partir de novas concepções trasladou o bem jurídico do terreno de interesses sociais para o espaço valorativo, espiritual e subjetivo dos valores culturais. Richard Honig, ao analisar a evolução da teoria do bem jurídico, publica sua obra em 1919, reconhecendo a impossibilidade de se trabalhar com um conceito material de delito, e é por isso identificado como precursor desse novo ideário que seria, ainda, defendido por muitos. O bem jurídico passa a ser tratado como um modelo interpretativista, a *ratio legis* no tipo, abandonando a ideia de núcleo material, e perdendo a sua função garantista.

O neokantismo preservou o critério objetivo-subjetivo do positivismo, ou seja, a culpabilidade deveria necessariamente ser aliada ao tipo penal objetivamente previsto, para que se pudesse configurar o delito. E por esta razão não houve uma negação por completo das teses positivistas, mas sim uma complementação. “Em síntese: para tal concepção, bem jurídico vem a ser um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo penal: valor ideal da ordem social juridicamente protegido.”<sup>33</sup>

A evolução da teoria do bem jurídico encontrou alguma resistência, sobretudo em 1935, com o advento da Escola ou Tendência de Kiel (KielerSchule)<sup>34</sup>, de cunho negativista. Representada principalmente pelas ideias de F. Schaffstein e G. Dahm<sup>35</sup>, sucedeu às ideias de Honig, na busca de uma base teoria para o Direito Penal do nacional-socialismo. Na defesa do

<sup>32</sup>PRADO, op. cit., p. 36.

<sup>33</sup>JESCHECK apud PRADO, op. cit., p. 38.

<sup>34</sup>FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Objeto do Crime*. Disponível em:

[http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/heleno\\_artigos/arquivo60.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo60.pdf). Acesso em: 01 jun. 2015.

<sup>35</sup>PRADO, op. cit., p. 39.



Direito Penal da vontade ou Direito Penal do Autor, o bem jurídico foi reapresentado como conteúdo material do injusto, que passa a ser a lesão a um dever, deixando de lado o indivíduo. Mais uma vez o bem jurídico perde seu caráter garantista, ficando da lesão nas mãos do Estado, deixando de existir um limite pré-jurídico.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, ganhou relevo a Teoria Finalista, buscando superar o positivismo (o que não foi feito pelas teses neokantistas), defendendo que o Direito Penal deve coibir aquilo que for intencional, transferindo para a conduta os aspectos objetivos e subjetivos (dolo e culpa). Nesse momento, o bem jurídico se vincula a valores ético-sociais, para além do Direito e do Estado, priorizando o que fosse essencial à coletividade, em detrimento dos bens individuais. Apesar de trabalhar com o dolo e a finalidade inseridos no tipo, tem seu fundamento de validade na dignidade da pessoa humana como princípio de justiça.

O perpassar evolutivo da noção de bem jurídico segue rumo às concepções modernas, principalmente as sociológicas, que se dividem em funcionalistas sistêmicas e interacionistas simbólicas<sup>36</sup>. Dentre seus defensores podem ser mencionados K. Amelung, G. Jakobs, H. Otto, J. Habermas, W. Hassemer, R. P. Calliess, Mir Puig, Gomez Benitez, entre outros<sup>37</sup>.

De uma forma geral, as teorias sociológicas pregam que o delito é uma conduta socialmente danosa, de forma que a intervenção penal estatal deveria atingir a função social do Direito Penal. Utilizam-se de argumentos sistêmicos ou de densidade social. Contudo, deveria ser respeitado o Princípio da Fragmentariedade, ou seja, o Direito Penal seria chamado a garantir os direitos sociais sempre que outros ramos do Direito não fossem suficientes.

---

<sup>36</sup> Ibid., p. 39.

<sup>37</sup> Ibid.



A exemplo das teorias críticas, Amelung entende, entre vários teóricos, que “o conceito de bem jurídico está no centro da teoria sistêmica, substituindo-o pela nomenclatura “densidade social, sendo que o delito é o que causa dano à sociedade.”<sup>38</sup>

O movimento sociológico, originado com a obra de Durkheim<sup>39</sup>, defende que o delito surge como uma “disfuncionalidade”. Ou seja, a sociedade é compreendida como um sistema global, formada por normas de interação vinculadas aos fatores sociais. A partir dessa ideia, qualquer ato contrário a esse mecanismo seria considerado uma disfunção. Então, o Direito é tido como um subsistema do sistema social geral, que visa a proteger o seu correto funcionamento, e o delito vem como um comportamento disfuncional, quer dizer, um obstáculo ao funcionamento do sistema social.<sup>40</sup>

A crítica direcionada a esses pensadores é que o conceito por eles formulado não alcançaria as especificidades do Direito Penal. Nas palavras de Norberto Bobbio:

A análise estrutural, atenta às modificações da estrutura, e a análise funcional, atenta às modificações da função, devem ser continuamente alimentadas e proceder paralelamente, sem que a primeira, como ocorreu no passado, eclipse a segunda, nem está, como poderia ocorrer em uma inversão total das perspectivas a que tão especialmente favoráveis são as vogas, as modas, o gosto do novo pelo novo, eclipse a primeira.<sup>41</sup>

Por conseguinte, as teorias constitucionais buscam o conceito de bem jurídico a partir dos mandamentos da Constituição, buscando nela os bens jurídicos que devem ser tutelados, e os critérios capazes de limitar o legislador ordinário no momento de criar o ilícito penal.

Elas dividem-se entre as teorias de caráter geral e de fundamento constitucional estrito, diferenciando-se somente quanto à maneira de vinculação à norma constitucional.

<sup>38</sup> ALMEIDA, Bruno Rotta. A Teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal de Valores Supraindividuais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 305-313, 2009.

<sup>39</sup> PRADO, op. cit., p. 41.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>41</sup> BOBBIO apud PRADO, op. cit., p. 42 e 43.



Prado<sup>42</sup> sustenta que as primeiras fazem referência ao texto maior de modo genérico, amplo, ficando adstrito à forma de Estado constitucionalmente estabelecida, aos princípios que orientam a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo. Como defensores dessa concepção se fazem presentes D. Pulitanò, C. Roxin e H. J. Rudolphi, estes dois últimos revelando certa influência funcionalista.

Roxin defendia a ideia de que “a única restrição previa à eleição dos bens jurídicos reside nos princípios da Constituição.”<sup>43</sup> Para ele, cabia ao direito penal exercer uma dupla função: proteção dos bens jurídicos com punição nos casos de violação e garantia das prestações públicas necessárias para a existência digna do cidadão, sempre tendo em vista a garantia de uma vida de paz em sociedade.<sup>44</sup> Parte de uma ideia moderna de Estado Democrático e Social de Direito, vinculando o legislador infraconstitucional aos valores fundamentais previamente constitucionalizados.

Assim, a existência humana em comum exigiria que uma série de condições fundamentais fossem obedecidas por todos, pois caso houvesse algum conflito um bem essencial estaria ameaçado. De igual modo, Rudolphi compartilha da ideia de que os valores fundamentais devem ter referência constitucional. Adverte ele que o Estado de Direito não se forma apenas pela legalidade, devendo buscar sua legitimação na ideia de justiça material. O bem jurídico seria uma valiosa unidade de função social, parâmetro basilar da norma constitucional.<sup>45</sup>

Já a segunda ramificação das teorias constitucionais do bem jurídico é representada por F. Bricola, J. J. Gonzalez Rus e E. Gregori. Estes orientam-se pelas prescrições

<sup>42</sup> PRADO, op. cit., p. 63.

<sup>43</sup> GODOY, Regina Maria Bueno de. *A Proteção dos Bens Jurídicos Fundamento do Direito Penal*, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141076.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2015.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> RUDOLPHI apud PRADO, op. cit., p. 64.



específicas do texto constitucional, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucionais.<sup>46</sup>

Nota-se então as claras distinções entre as teorias sociológicas, que prevaleceram na Alemanha e as teorias constitucionais, que tiveram maior relevo na Itália: enquanto as primeiras buscavam o fundamento do bem jurídico na realidade social, estas últimas fixavam-se diretamente na Constituição, lei maior dos estados soberanos.

### 3. O BEM JURÍDICO COLETIVO

Toda problematização contextualizada até aqui conduz a maior controvérsia enfrentada pela doutrina contemporânea acerca dos bens jurídicos: a possibilidade de submeter bens jurídicos supraindividuais à tutela penal, aqui compreendidos tanto os coletivos quanto os difusos.

Dentre as teorias expostas, independente da que for adota, não há dúvidas de que os bens jurídicos individuais devam ser protegidos na esfera penal, tais como a vida, o patrimônio, a liberdade, entretanto não há consenso sobre quem seria o titular do bem jurídico, o que é premissa fundamental para se conferir legitimidade aos direitos coletivos. É óbvia a importância de tais valores no âmbito social, contudo contesta-se se esses mesmos valores seriam merecedores da tutela penal, sem que se violasse pilares como a *ultima ratio* e a fragmentariedade.

A existência de bens jurídicos de natureza coletiva já é reconhecida há muito pelos doutrinadores, como fruto da transição de um Estado Liberal para um Estado Social de Direito. Birnbaum já reconhecia que a lei penal já não apenas deveria possibilitar a livre coexistência dos indivíduos, mas servir também de forma imediata a fins sociais. Entendia

---

<sup>46</sup> PRADO, op. cit., p. 65.





que os bens já eram dados ao homem pela natureza, e por isso distinguia os bens em naturais e sociais, estes últimos como resultado de seu desenvolvimento social.<sup>47</sup>

Seguindo o raciocínio desenvolvido por Liszt, a partir do qual o bem jurídico refletia a realidade social, também se poderia alcançar a mesma conclusão, já que esta é preenchida por valores sociais e coletivos, de relevância similar aos direitos individuais.

Trata-se de uma evolução ideológica que visa a superar o individualismo extremo, que desconsidera a existência de valores sociais tão relevantes quanto os anteriores. É uma evolução que caminha a passos largos, lado a lado com o surgimento de novos interesses e novos riscos, que possuem causas distintas, mas derivadas da globalização e da modernização da sociedade.

Na visão de Jesús-Maria Silva Sánchez, deve se considerar as novas realidades que antes não existiam, ao menos não com a mesma incidência, e ao mesmo tempo a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, que começam a se tornar “bens escassos”, devendo lhe ser atribuído um valor que anteriormente não correspondia, como é o caso do meio ambiente.<sup>48</sup> E não se pode negar que a tendência atual é cada vez mais transcender o individualismo para reconhecer a tutela do sistema social, essencial para que o próprio indivíduo se realize.

Zaffaroni<sup>49</sup>, embora entenda que não há diferença qualitativa entre bens supraindividuais e bens individuais, reconhece a existência de bens jurídicos de sujeito múltiplo, de forma que um não pode dispor do bem individualmente sem afetar a disponibilidade de outro.

Conforme bem expõe Sánchez, a falta de tutela adequada aos novos riscos sociais gera como consequência a institucionalização da insegurança. Sustenta ainda “que o problema,

<sup>47</sup>SMANIO, Gianpaolo Poggio. *O Conceito de Bem Jurídico Difuso*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11530-11530-1-PB.htm>. Acesso em 02 jun. 2015.

<sup>48</sup>SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.

<sup>49</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1981. v. 3, p. 242.



portanto, não radica mais nas decisões humanas que geram os riscos, senão também nas decisões humanas que os distribuem”.<sup>50</sup> Não se pode negar que tais riscos representam uma ameaça comparável aos riscos individuais, reprimidos desde o Direito Penal clássico. Trata-se de uma verdadeira crise do Estado de bem-estar social, a partir de uma sensação social de insegurança generalizada.

E Sánchez vai além, ao concluir que os efeitos nocivos dessa aceleração incontrolada do desenvolvimento são tantos que transformam a sociedade em uma sociedade de sujeitos passivos.<sup>51</sup> “Assim, a diminuição dos níveis de risco permitido é produto direto da sobrevaloração essencial da segurança – ou liberdade de não padecer – diante da liberdade (de ação).”<sup>52</sup>

## CONCLUSÃO

Inferre-se de todo arcabouço histórico e doutrinário trazidos que o direito penal deve manter a sua teorização inicial na tutela dos bens jurídicos individuais. Entretanto, para se alcançar a criminalidade organizada pelas classes mais altas da sociedade, novas teorias devem ser aplicadas, sob pena de se ter delitos infinitamente mais lesivos à sociedade à margem de qualquer penalidade do Estado.

É fato que as teorias que fundamentam o direito penal não podem ser condensadas no tempo o no espaço. A sociedade é mutante, evolui a todo instante, e a ciência que busca combater a delinquência social deve estar a sua frente, ou ao menos acompanhá-la, caso contrário as novas modalidades de crimes ficarão sem punição, estimulando as práticas criminosas.

---

<sup>50</sup>SÁNCHEZ, op. cit., p. 37.

<sup>51</sup>Ibid., p. 52.

<sup>52</sup>Ibid., p. 55.



São justamente os bens jurídicos coletivos que são alvos de ataques constantes das altas classes sociais que, munidas de técnicas, teorias, mecanismos de alta tecnologia e extrema organização interna, apostam na impunidade justamente por terem as teorias do bem jurídico se debruçado enfaticamente nos direitos individuais. E são justamente esses delitos que têm causado maior dano e perplexidade na sociedade contemporânea, que exige uma tutela eficaz.

Tais violações ocorrem no âmbito do Direito Econômico, Direito Político, Direito Ambiental, dentre outras esferas que formam as áreas de maior relevância em termos de direitos e garantias mundiais. E cada delito praticado nessas searas atingem uma coletividade indeterminada, e por essa razão merecem o maior rigor do direito penal.

O Direito Penal deve caminhar no sentido de conferir a esses criminosos penas que efetivamente exerçam o seu caráter punitivo e preventivo, de modo a impedir que esses delitos continuem sendo estimulados por todo mundo. E nessa trilha segue a tendência de se conferir a pena de prisão aos responsáveis por tais condutas. Enquanto as penas seguirem um viés econômico, somente, haverá o estímulo a essas práticas, uma vez que o lucro auferido até que essas organizações sejam desmanteladas é gigantesco.

As classes altas formaram verdadeiras hegemonias, às quais o criminalista norte-americano Edwin Sutherland cunhou como “crimes de colarinho branco”, sendo esses um crime cometido por uma pessoa respeitável, e de alta posição social de Estado, no exercício de suas ocupações.

Talvez essa seja a nova batalha a ser enfrentada pelos Estados na atualidade, uma vez que as teorias do bem jurídico existentes são adequadas para a penalização dos crimes individuais, que devem ser aperfeiçoados no campo das políticas criminais.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Rotta. A Teoria do Bem Jurídico e a Proteção Penal de Valores Supraindividuais. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 305-313, 2009.

ARÊDES, S. N. O Conceito Material de Bem Jurídico Penal. *Revista FEAD-Phronesis*, Minas Gerais – MG, n. 6, 2010. Disponível em: <http://revista.fead.br/index.php/dir/article/viewFile/277/215>.

BECHARA, Ana. O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, 2009. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=3](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=3). Acesso em: 28 mai. 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Objeto do Crime*. Disponível em: [http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/heleno\\_artigos/arquivo60.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo60.pdf). Acesso em: 01 jun. 2015.

GODOY, Regina Maria Bueno de. *A Proteção dos Bens Jurídicos Fundamento do Direito Penal*, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141076.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. *Novas Teses Dogmáticas Jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade de risco*. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/17-ARTIGO#\\_ftnref4](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/17-ARTIGO#_ftnref4). Acesso em: 21 de abr. 2015.

PANOEIRO, José Maria de castro. *Política Criminal e Direito Penal Econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo. Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico. *IBCCrim*, nº 74, 1999.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Pedro Henrique Carinhatoe. *Os Crimes de Perigo Abstrato e a Expansão do Direito Penal*. Disponível em: [http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/408/pdf\\_49](http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/408/pdf_49). Acesso em 26 de maio de 2015.



SMANIO, Gianpaolo Poggio. *O Conceito de Bem Jurídico Difuso*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11530-11530-1-PB.htm>. Acesso em 02 jun. 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o Novo Direito Penal*. Brasília-DF: ESMPU, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1981.



## EDUCAÇÃO SEXUAL OBRIGATÓRIA NO ENSINO FUNDAMENTAL: QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA X LIBERDADE RELIGIOSA/IDEOLÓGICA DOS RESPONSÁVEIS

Carollyn Barcelos Rocha dos Santos

Graduada pela Universidade Gama Filho - UGF.  
Assessora do Gabinete da 1ª Vice-Presidência do TJERJ.

**Resumo:** A sociedade está evoluindo de maneira cada vez mais rápida, e todo tipo de informação é colocada à disposição dos jovens, mas encontra-se grave tabu quanto à disponibilização de informações que envolvem o desenvolvimento adequado e saudável da sexualidade em suas diferentes faixas etárias. A razão da discussão quanto à implementação da educação sexual no currículo escolar do ensino fundamental, com o auxílio da contratação de pessoal especializado, como psicólogos, e atendendo às necessidades de cada fase do desenvolvimento humano, é que pesquisas revelam o crescente número de adolescentes grávidas precocemente, de doenças sexualmente transmissíveis ou, ainda, de comportamento sexual que denigre a autoimagem e constroem um caráter arriscado de convívio. Nesse tocante, várias frentes se levantaram para a implementação desta disciplina como uma questão de saúde pública, invocando o direito à informação e o direito ao acesso universal à saúde como base para uma política preventiva. No entanto, todos os projetos até então apresentados nesse sentido encontraram barreiras na sustentação do princípio da liberdade ideológica e religiosa e no direito dos pais e responsáveis conduzirem a educação dos menores sob sua guarda da maneira que melhor lhes aprouver, em detrimento do ensino sexual, também, dentro das salas de aula. Esta é discussão que se pretende esclarecer

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Liberdade Religiosa e Ideológica. Direito à Saúde. Direito à Informação. Vedação ao Retrocesso Social. Proteção Integral da Criança e do Adolescente.

**Sumário:** Introdução. 1. Direitos Fundamentais em Conflito. 2. Princípios Constitucionais e a Técnica da Ponderação 3. Política Pública e Universalização da Saúde. 4. Viabilização da Alteração do Currículo Escolar. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Este artigo visa ao esclarecimento das questões jurídicas que cingem a controvérsia entre aqueles que são favoráveis à inserção da disciplina Educação Sexual na grade curricular do ensino fundamental das escolas públicas e aqueles que são contra esta inclusão, justamente pela imposição de sua ideologia e/ou religião em um possível detrimento da política pública de saúde.

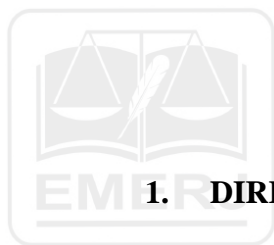


Sob o prisma apresentado estrutura-se o conflito: entre a obrigatoriedade da introdução dessa disciplina a fim de evitar a proliferação de doenças sexualmente transmissíveis, a ocorrência da gravidez precoce e abortos clandestinos/perigosos, além da conscientização acerca da valorização do corpo e da postura social; e a resistência dos responsáveis a que os menores sob seus cuidados tenham acesso a este conhecimento por questões primordialmente religiosas e ideológicas.

A razão desta emblemática pesquisa é o crescente o número de adolescentes que, apesar da ampla divulgação pela mídia de eficazes métodos contraceptivos e de procedimentos para impedir a propagação de DST's, inserem-se nestas estatísticas. Nota-se que apenas a divulgação descompromissada dos meios de comunicação acessíveis aos jovens desta faixa etária não tem inibido o avanço destes números na sociedade brasileira.

Com isso, este artigo pretende chegar à raiz do conflito principiológico que, por ora, tem impedido o acesso de jovens e adolescentes ao conhecimento científico das questões sexuais que permeiam, em maior ou menor grau, suas vidas, qual seja este conflito, o princípio da universalização da assistência na saúde pública atualmente mitigado pelo princípio da liberdade religiosa/ideológica dos responsáveis que não aceitam que a matéria seja tratada em escolas como disciplina curricular.

Ao longo do trabalho, será abordada a possibilidade legal da inclusão da disciplina, assim como é a Educação Física, as Artes e o Ensino Religioso, para, ao final, salientar que é premente a necessidade de discutir juridicamente a viabilidade de alteração da Resolução nº 4/10, do Ministério da Educação, para que em seu art. 14 acrescente-se a alínea 'g', incluindo na grade curricular básica brasileira a disciplina objeto deste estudo.



## 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO

O grande cerne da questão que norteia este trabalho é justamente o conflito entre direitos e princípios de ordem constitucional quando o assunto tratado é a educação sexual nas escolas.

Ainda há muito tabu permeando essa questão, de sorte que o posicionamento que as cúpulas religiosas e determinadas organizações culturais tomam, acabam por influenciar o pensamento de milhões de pessoas quanto ao tema, já que é necessário um pré-esclarecimento antes de se perquirir um posicionamento da população, esclarecimento este que não se vê perpetrado por entidades isentas de interesse na matéria.

Assim sendo, acaba-se por encontrar um desnecessário conflito entre a liberdade religiosa/ideológica, princípio constitucional disposto no art. 5º, VI, CRFB/88, e o direito social fundamental à saúde (art. 6º, caput, CRFB/88), o qual dá suporte ao Princípio da Universalidade da Saúde, este materializado no art. 198, caput e incisos, CRFB/88.

O princípio constitucional da liberdade religiosa tem suas raízes históricas em um passado remoto, no Império Múria, na Índia, no séc. III a.c., porém foi na Declaração Universal dos Direitos do Homem que ganhou força global, uma vez que esta declaração foi assinada por 58 países, incluindo, dentre eles, o Brasil. Hoje, o Brasil tem o princípio incorporado à sua Carta Magna, mencionando em seu preâmbulo que é um estado laico, garantindo, além da liberdade de religião, a liberdade de culto, sendo este um consectário imprescindível daquele.

Esse princípio é considerado um direito fundamental em quase todo o mundo, e seu conceito é muito bem delineado no próprio texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>1</sup> de 1948, in verbis:

---

<sup>1</sup> ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 17 set 2014.





Art.18. Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

É importante frisar que tal alvedrio não se confunde com tolerância religiosa ou com a liberdade de culto acima citada, mas todos são, sim, alicerces da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como é o sonho dos brasileiros que lutaram pela promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

De outro lado, o princípio da universalidade da saúde informa que a política pública sanitária deve ser sempre direcionada a abarcar o maior número de pessoas e situações, evitando excluir ou discriminar seja por que causa for. O art. 198 da CRFB/88<sup>2</sup> materializa o princípio ora estudado assim:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Esse artigo dispõe categoricamente em seu inciso II que uma das diretrizes que devem ser seguidas pelos governos na aplicação de recursos e organização do sistema de saúde é o atendimento integral com prioridade para atividades preventivas, ou seja, é um dever do Estado assegurar que haja a correta prevenção de doenças, inclusive, com a participação da comunidade (inciso III).

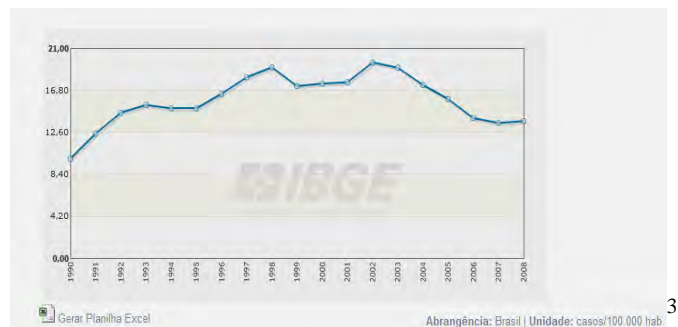
Este princípio deve ser o norte de políticas públicas na área da saúde, sendo aplicado a esse estudo por ser a educação sexual juvenil um importante aliado na luta pela prevenção

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html). Acesso em: 28 mar. 2015.

das doenças sexualmente transmissíveis e no planejamento familiar, questões de saúde pública que não podem e não devem ser ignoradas.

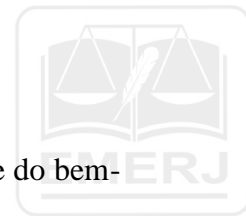
Observando-se as pesquisas realizadas pelo IBGE entre os anos de 1990 e 2008, verifica-se que não houve grande avanço na contenção do surgimento de novos casos de Aids entre a população jovem do Brasil, sendo certo que a pesquisa realizada com jovens de faixa etária entre 20 e 24 anos refletem as consequências da informação e orientação sexual que estes tiveram em sua adolescência. Veja-se o gráfico a seguir:



Daí a necessidade premente de se sopesar o posicionamento atual da sociedade brasileira quanto a matéria com o fito de se verificar a possibilidade jurídica de implementar a educação sexual como matéria obrigatória na grade curricular das escolas de ensino fundamental, ainda que o lobby de determinadas instituições confessionais e não-confessionais venha a dificultar a pauta de discussões.

Salienta-se que os direitos fundamentais, espreados entre os artigos 5º a 17 da CRFB/88, possuem, em sua maioria, natureza principiológica por possuírem uma estrutura razoavelmente flexível, porém complexa, aplicável a todos os indivíduos que se achem na mesma situação jurídica e/ou de fato. Esta característica faz com que tais direitos norteiem a

<sup>3</sup> Figura 01: Taxa de incidência de Aids por faixa etária. IBGE - Disponível em: <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?t=taxa-incidencia-aids&vcodigo=MS52>. Acesso em 8 de setembro de 2014.



atividade do legislador, do jurista e do administrador público, na busca da equidade e do bem-estar social.

Assim sendo, nota-se que a colisão de princípios constitucionais aqui aventados é solucionável pela aplicação da ponderação, que é, basicamente, e de forma equitativa, convergir os entendimentos acerca dos sentidos e cargas axiológicas, extraindo-se níveis de dimensões valorativas, sempre observando a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto porque, é imperioso ressaltar que os princípios constitucionais não são absolutos, sendo aplicáveis de forma relativa ao caso concreto, o que possibilita analisar qual aquele que deve preponderar sobre os outros com os quais conflitam, sempre tendo em conta as peculiaridades do caso enfocado e a mens legis constitucional, visto que as razões que levaram a inauguração de uma nova constituição não devem ser esquecidas jamais.

Neste ponto, corroborando tudo quanto fora exposto, impinge importante ensinamento de Sarmento<sup>4</sup>:

[...] apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.

Dessa forma, há que se desenhar essa ponderação de princípios, para que ao final possa-se concluir por aquele que deva prevalecer quanto à implementação da nova matéria na grade curricular, como ora pretendido.

---

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 293.



## 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Os princípios de uma maneira geral são base de um sistema constitucional, o nascedouro e o fundamento de regras sociais de conduta que serão utilizadas por determinada sociedade, podendo, ainda, servir para interpretação destas regras depois de editadas, válidas e eficazes, pela teleologia, ou também para suprir eventual omissão delas.

Considerando o acima exposto, tem-se que estão em conflito direto dois princípios constitucionais de suma importância, a Liberdade Religiosa/Ideológica e a Universalidade da Saúde, implicando propor que, apesar de cada esfera do governo ter obrigação de prevenir a disseminação de doenças, empecilhos são encontrados no que tange à prevenção de doenças sexualmente transmissíveis principalmente pelo não amadurecimento da sociedade para tratar do tema.

Esse não amadurecimento tem raízes muito fortes na obstrução cultural construída por formadores de opinião e líderes religiosos que limitam o conhecimento de seus seguidores, trancando matérias que deveriam ser levadas ao conhecimento popular, como esta questão da inserção de aulas de educação sexual no ensino fundamental. Questões que deveriam ser levadas à votação, quando projeto de lei, mas que por lobby dessas correntes, são arquivadas antes mesmo de entrar no Congresso Nacional.

Na realidade, parte-se da indagação de que, em se tratando de um país laico, como é o caso do Brasil, como sustentar, por exemplo, a existência de uma bancada evangélica nas casas legislativas, se não há bancada católica, bancada umbandista, bancada budista para trazer isonomia à essa situação? Como sustentar que projetos de lei nem entrei em votação, por vontade dessa minoria, que boicota a pauta ou, de outras formas, não permite a discussão de assuntos relevantes, mas em desconformidade com os preceitos da religião ou ideologia?



Recentemente, a título de ilustração, o presidente da Câmara dos Deputados – Deputado Eduardo Cunha<sup>5</sup> - emitiu declaração em que afirmou que votação sobre legalização do aborto e direitos dos homoafetivos somente seria realizada sob o seu cadáver. Percebe-se, com isso, que há uma enraizada cultura que nega qualquer discussão sobre temas polêmicos ligados à sexualidade. Não havendo qualquer abertura para esta discussão, como propor que a educação sexual seja parte da grade curricular de jovens do ensino fundamental? Esta é a reflexão que se faz.

A partir desta exposição, é que se verifica que o princípio da liberdade religiosa e de pensamento está, notadamente, preponderando sobre outros muitos princípios constitucionais, como o próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana (no caso da legalização do aborto), norteador do nosso sistema legal, o princípio da Igualdade (no caso dos direitos dos Homoafetivos), e do princípio da Universalidade da Saúde, no caso ora estudado.

Há também que se mencionar o olvidado princípio do acesso à informação, em saúde, que está expresso na Constituição Cidadã, em seu art. 5º, XIV, conferindo ao povo brasileiro o direito de ter acesso às informações que lhe são inerentes e imperiosas, ainda mais quando o assunto é próprio à conservação de sua saúde, como se pode verificar do texto transcrito da Carta:

[...]

Art. 5º.

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;<sup>6</sup>

<sup>5</sup> LEAL, Luciana Nunes. “*Aborto só vai à votação se passar pelo meu cadáver*”, diz Cunha. Blog Estadão Rio. Rio de Janeiro, 09 Feb 2015. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-rio/aborto-so-vai-a-votacao-se-passar-pelo-meu-cadaver-diz-cunha/>. Acesso em: 22 de março de 2015.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html). Acesso em: 28 mar. 2015.



No entanto, inobstante haver esta expressa garantia constitucional e a incorporação de direitos humanos e universais no ordenamento jurídico pátrio, ressalta-se grande lacuna entre o consagrado na norma e o que é verificado no dia-a-dia da população.

A negação a informações valiosas sobre sexualidade e transmissão de doenças durante o ato reprodutivo inseguro importa em um desrespeito à autonomia real da pessoa decidir pontos relativos a sua saúde e de sua família.

É imprescindível que se proteja e valorize a tão sonhada incolumidade da liberdade religiosa/ideológica, certo. Porém, de forma alguma deve-se colocar este princípio à frente de outros para toda e qualquer questão tratada. O amadurecimento da sociedade para tratar da sua própria sexualidade aberta e publicamente, sem tabus e sem preconceitos, é algo que somente ocorrerá se determinados empecilhos forem superados, como as barreiras impostas pelas Igrejas e por pais e responsáveis que ainda não se libertaram das amarras do não saber.

Afinal, o que se ganha ao não informar aos jovens como se prevenir de doenças sexualmente transmissíveis, de gravidez precoce e indesejada, ao tolir a possibilidade de reflexão sobre seu comportamento sexual diante de situações concretas que passará ao longo da vida? Não há razão nem lógica alguma que leve a esta barreira, a não ser os mais que conhecidos possíveis motivos de aumento populacional desenfreado e conseqüente acúmulo de eleitores com grau de escolaridade baixo, de baixo discernimento.

Neste ponto é que surge o dilema: Até que ponto preservar a liberdade de pensamento e religiosa, e até que ponto fazer prevalecer a política pública de saúde em prol dos jovens em idade escolar?

Para solucionar este conflito aparente é que surgiu a técnica da Ponderação de princípios, observando-se que, justamente por se tratar de princípios e não de regras, a prevalência de um para determinado caso concreto não implica dizer que outro será excluído. O que se busca com a ponderação é poder enxergar com clareza qual princípio deve



prevalecer em situações jurídicas específicas, mas sempre considerando o núcleo intangível que deve continuar vigente, ainda que mitigado.

Ainda por isso mesmo que José Afonso da Silva<sup>7</sup> dizia que "os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Canotilho e Vital Moreira) 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais."

É importante salientar que a supracitada técnica da ponderação encontra sua razão de ser, ainda, no princípio da proporcionalidade, servindo este, também, como limitador ao aplicar da técnica. Isto acaba por significar que o princípio da Proporcionalidade junto com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana são, hoje, balizadores da aplicação desta técnica aos casos concretos que prescindem desta análise.

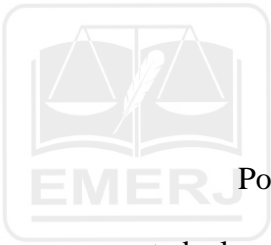
Para o objeto deste estudo, a técnica da ponderação se mostra eficaz ao trazer à tona a ineficiência do Estado diante de situações claras e cotidianas de conflitos principiológicos, se fazendo claro que deve ser o assunto tratado com a importância a que faz jus para que, ao fim, possa ser ao menos percebido que antes mesmo de qualquer início de discussão sobre predominância de um princípio sobre outro, há grande pressão para que não se levante nenhuma voz.

### **3. POLÍTICA PÚBLICA E UNIVERSALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Inicialmente, cumpre esclarecer o que é considerado política pública e estabelecer sua relação com o princípio da Universalização da Saúde, para assim, possibilitar a compreensão da importância da inclusão da educação sexual da população como instrumento de prevenção de doenças e planejamento reprodutivo.

---

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2005, p.28.



Política Pública é o conjunto de ações realizada pelo Estado (governos federal, estadual e municipal) através de seus agentes e da própria sociedade, com o objetivo de concretizar e garantir os direitos sociais previsto na Constituição Federal.

A saúde, dentro desse prisma, salienta-se, é um direito de todos e dever do Estado, realizado através políticas sociais e econômicas que se dirijam à minimização do risco de doenças e de situações de risco, além de ter em consideração o acesso universal e igual estas ações e serviços. Tal previsão é constitucional, estando assentada no artigo 196, sessão II (Da Saúde), Título VIII (Da Ordem Social), da mencionada Carta Magna.

Deve ser colocado, também, que a saúde se configura um direito que se apresenta não só como a busca pela sobrevivência particular e plural, mas abrange, ainda, o bem-estar em sua mais ampla acepção, envolvendo o ambiente cultural, ambiental, educacional, biológico, psicológico, etc.

Para garantir a efetividade dessas medidas, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS)<sup>8</sup>, por meio da lei nº 8.080 de 1990, a qual dispõe em seu artigo 4º, que este é o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

Neste diapasão, é importante ressaltar que o SUS não é uma instituição, mas sim um complexo sistema, como o próprio nome sugere, sendo este formado por núcleos de atendimentos médicos, ambulatorios, laboratórios, farmácias e hospitais da rede pública e da iniciativa privada, de todos os entes da federação (União, Estados e Municípios), todos sob a ingerência do Ministério da Saúde (Governo Federal), e do ente ao qual estiver vinculado administrativamente, além da comunidade atendida.

---

8 BRASIL. Lei Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 12 mar 2015.





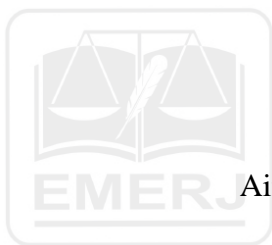
O SUS compõe uma rede organizada de forma descentralizada, regional e conduzida pelos critérios de hierarquia que conta, inclusive, com a participação popular, a fim de dar efetividade às suas medidas.

Seguindo este raciocínio, cumpre, então, diagnosticar o que seja a vigilância epidemiológica, que, dentro do SUS, constitui o próprio objeto deste estudo. Dessa forma, a vigilância epidemiológica se apresenta como um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção e prevenção de alterações nos fatores e índices de saúde individual e coletiva, que condicionem ou acentuem a ocorrência de doenças, pelo fim de adotar as medidas cabíveis contra o surgimento de novas doenças e epidemias.

É de se salientar que a atenção dada às Políticas de Saúde Pública no Brasil, ao longo da história, não foi sempre prioridade, principalmente no que tange à prevenção. A saúde não era tida como um direito social, como é hoje. No início de sua implementação, antes da promulgação da CRFB/88, as atividades não eram planejadas e, normalmente, eram voltadas para questões já urgentes e imediatistas. Antes de 1988, o parco planejamento existente não proporcionava à população meios de evitar o surgimento de epidemias e enfermidades de maneira efetiva. E quando haviam, não atendiam toda comunidade, organizando-se de maneira seletiva, ante o despreparo dos governos da época.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da Universalidade da saúde veio para atender a este anseio social, ainda que não expressamente, mas tal construção se mostra presente em nosso ordenamento, podendo a sua ideia ser extraída do art. 196 desta Carta, o qual determina a possibilidade de ingresso de qualquer pessoa no Sistema Único de Saúde (SUS).

Mais além, dentro ainda do estudo deste princípio, está que o acesso ao sistema deve ser igualitário, ou seja, seja quem for, seja quem precisar, não poderá haver qualquer distinção de tratamento, todos deverão ter assegurado o exercício deste seu direito social.



Ainda por isso mesmo é que o acesso aos serviços prestados deve ser a título gratuito, vez que não há como garantir a universalidade de atendimento nem a sua igualdade se for exigida contraprestação pecuniária para ingresso no sistema.

Ainda no que tange ao atendimento pelo Sistema Único de Saúde para fins de Planejamento Familiar e controle epidêmico de doenças sexualmente transmissíveis, impõe-se consignar que a lei 9263/96<sup>9</sup> prevê que os governos se mobilizem na busca deste ideal, conscientizando a população sobre meios de se evitarem tais doenças e de promover o controle do próprio ciclo reprodutivo. Observa-se:

Art. 3º.

[...]

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

[...]

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

[...]

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

[...]

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar. (Sublinhado nosso).

Contudo, não foi dada a esta lei a efetividade que dela é esperada, vez que o sistema educacional atual não comporta como parte das diretrizes básicas da educação brasileira a questão da sexualidade e suas consequências.

A gravidade da ausência ou não implementação eficaz das medidas públicas de prevenção de doenças e epidemias sexualmente transmissíveis e do planejamento reprodutivo das mulheres passou a ganhar contorno internacional, ampliando as discussões acerca da

---

<sup>9</sup> Brasil. Lei 9263 de 12 de Janeiro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm). Acesso em: 12 de março de 2015.



importância destes ajustes nos países que ainda não direcionam sua atenção a esta peculiar causa.

Diante disso, em 2012, instalou-se em Londres a Cúpula do Planejamento Familiar cujo objetivo foi dar maior visibilidade ao tema e mobilizar vontades políticas e recursos adicionais para oferecer métodos de planejamento familiar a mais 120 milhões de mulheres até 2020. Nesta, houve apresentação de uma Declaração da Sociedade Civil sobre a Cúpula do Planejamento Familiar, cujo trecho se transcreve a seguir:

[...]

A fim de melhorar o acesso aos contraceptivos, respeitando plenamente os direitos humanos das mulheres, apelamos aos governos, doadores e outros intervenientes que apoiam a Cúpula sobre o Planejamento Familiar para que:

[...]

- Se comprometam a ultrapassar os obstáculos legais e políticos existentes que impeçam o acesso à informação e serviços de contracepção, sem os quais estes esforços iriam provavelmente ser ineficazes e agravar as disparidades no acesso aos mesmos.

Em 2012, é o mínimo que se deve esperar.<sup>10</sup>

#### **4. VIABILIZAÇÃO DA ALTERAÇÃO DO CURRÍCULO ESCOLAR**

Não obstante ter-se em mente que a educação sexual tem seu início na família do indivíduo considerado, é importante que se trabalhe a ideia de que o desconhecimento sobre a sexualidade por repressão da sociedade acarreta inúmeros prejuízos para a sua vida, não só no campo da saúde biológica, mas também psicológica, social. Não são todos os lares que proporcionam às suas crianças e adolescentes esclarecimentos concretos para suas dúvidas, o tabu que envolve o tema implica na rejeição de muitos pais a ajudar a sanar os conflitos que surgem na cabeça daqueles que ainda se encontram em desenvolvimento.

Neste momento é que a escola surge como solução para a crise instalada pela não uniformidade no abordar da sexualidade. A disseminação desse conhecimento acaba sendo

---

<sup>10</sup> ALVES, José Eustáquio Diniz. “Cúpula Sobre Planejamento Familiar”. Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br/2012/07/11/cupula-sobre-planejamento-familiar-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves>. Acesso em: 10 abr 2015.



mais uma das funções desta instituição, que se vê forçada a, de alguma forma, e em algum grau, intervir para que a comunidade em que se encontra inserida tenha acesso a informações imprescindíveis para o desenvolvimento sadio.

A escola se sedimenta não só como um ambiente em que o jovem terá instrução, mas também um ambiente em que, através de sua interação social com outros jovens e de suas reflexões coletivas, este indivíduo formará o seu caráter e encontrará sua especificidade dentro do complexo universo humano ao seu redor. E tal percepção sobre seu lugar no meio, seu corpo e sua personalidade, tem estreita relação com o estudo, compreensão e orientação acerca de sua sexualidade.

Tal função da escola ainda não encontra diretriz uniforme e regular no nosso ordenamento, vindo a ser implementada cada escola a seu modo, no território nacional, de acordo com as necessidades locais, mas sem a observância nacional obrigatória e sem a estrutura básica estipulada em grade curricular, o que não é admissível, uma vez que nos encontramos no ano de 2015, e tal medida é totalmente harmônica com o estágio atual da nossa sociedade.

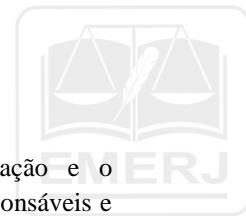
O objetivo da educação sexual é não só o conhecimento sobre os métodos contraceptivos e os meios de prevenção de doenças, mas também, a orientação de reflexão para ampliar visões enrijecidas e construir uma sociedade com efetiva liberdade de expressão, aceitação do novo e diferente e informação quanto à consequências de atos impensados em relação ao próprio corpo, à sua dignidade, e ao próximo.

Em seu livro, a educadora sexual e pedagoga Jimena Furlani<sup>11</sup> leciona essa temática, e acrescenta que

A educação sexual nas escolas tem como objetivo fundamental, contribuir para que os alunos e alunas possam viver suas sexualidades de forma mais emancipatória, mais prazerosa, mais afetiva. Esse tema vincula-se ao exercício da cidadania na medida em que se propõe a trabalhar o respeito por si e pelo outro, ao mesmo tempo

---

11 FURLANI, Jimena. *Encarar o desafio da Educação Sexual na escola*. Curitiba: Autêntica, 2009, p.38.



busca garantir direitos básicos a todos, como a saúde, a informação e o conhecimento, elementos fundamentais para a formação de cidadãos responsáveis e conscientes de suas capacidades, de seus direitos, de seus deveres.

Porém, em sentido completamente contrário ao proposto e recomendado, há projetos de leis reprimindo a tentativa de implementação da disciplina nos currículos escolares, como o Projeto de Lei Nº 1082/2011<sup>12</sup> do Rio de Janeiro, o qual dispõe em seu artigo 1º, a título de exemplo:

Art. 1º Fica vedada a distribuição, a exposição e a divulgação de livros, publicações, cartazes, filmes, vídeos, faixas ou qualquer tipo de material, contendo orientações sobre a diversidade sexual nos estabelecimentos de Ensino Fundamental e de Educação Infantil da rede pública municipal da Cidade do Rio de Janeiro.

Parágrafo único. O material a que se refere o caput deste artigo é todo aquele que, contenha orientações sobre a prática da homoafetividade, de combate à homofobia, de direitos de homossexuais, da desconstrução da heteronormatividade ou qualquer assunto correlato.

Tais medidas vão ao encontro do progresso educacional e importam em verdadeiro retrocesso social, vedado por nosso ordenamento jurídico, diga-se.

De outro lado, ainda encontramos esperança na proposta de alteração que se propõe, considerando a tentativa de ativistas da causa em dar efetividade às garantias constitucionais já estudadas, como o Projeto de Lei 13 de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys, ainda sem número, proposto em março de 2015, que prevê exatamente o que aqui se considera fundamental:

[...]

Art. 6º - O sistema de educação gerido pelo Ministério da Educação (MEC) contemplará a educação em saúde sexual e reprodutiva como parte do desenvolvimento integral da personalidade e da formação de valores, incluindo um enfoque integral que contribua para:

---

10 BRASIL. Projeto de Lei. Disponível em: <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/OpenDocument>. Acesso em: 13 abr 2015.

13 BRASIL. Projeto de Lei - Políticas Públicas – Saúde Sexual. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1313158&filename=PL+882/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158&filename=PL+882/2015). Acesso em: 13 abr 2015.



I – A promoção de uma visão da sexualidade baseada na igualdade e corresponsabilidade entre os gêneros, com atenção especial à prevenção da violência de gênero, agressões e abusos sexuais.

II – O reconhecimento e a aceitação da diversidade sexual.

III – A prevenção de DST - HIV.

IV – A prevenção de gravidez não desejada nos marcos de uma sexualidade responsável.

V – A incorporação da educação em saúde sexual e reprodutiva ao sistema educativo, levando em conta a realidade e as necessidades dos grupos ou setores sociais mais vulneráveis, como as pessoas com deficiência auditiva ou visual, proporcionando em todos os casos, informação e materiais acessíveis, adequados às suas idade e condição.

Parágrafo único: O poder público apoiará a comunidade educacional na realização de atividades formativas relacionadas à educação sexual e à a prevenção de DST – HIV e da gravidez não desejada, fornecendo informação adequada aos entes parentais.

Assim, mostra-se plenamente viável que a sugestão dedicada neste artigo possa ser implementada, alterando-se a Resolução nº 4/10 do Ministério da Educação, fazendo com que a Educação Sexual passe a ser disciplina obrigatória nas escolas de ensino fundamental do Brasil.

## CONCLUSÃO

Levando em consideração tudo que foi exposto nesse artigo, fica evidente que a ausência de informações adequadas, completas, e orientadas por profissionais da área, afeta o desenvolvimento sexual minimamente saudável, não só fisicamente, como também psicologicamente, culturalmente, etc.

A sexualidade, hoje ainda encarada como uma questão da esfera íntima e inatingível do ser humano, para fins de saúde e educação, deve ser considerada como se consideram outras áreas da vida, a exemplo do ensino religioso, da economia doméstica, do civismo, e outras disciplinas que também modulam o caráter e o desenvolvimento social, mas que nem por isso sofrem com o pensamento enrijecido de uma sociedade que consegue evoluir mantendo posições tão arcaicas.



A dificuldade parece estar no medo que reacionários tem de que a implementação da disciplina tire o controle dos pais e responsáveis sobre a educação sexual gradativa ofertada por eles, que levaria em consideração aspectos ideológicos e religiosos que a família na qual o jovem está inserido siga. Além disso, parece não compreender que a sexualidade é inerente ao ser humano e que ela pode e deve ser trabalhada de acordo com a faixa etária da criança, mas que, considerando os níveis de aprendizado, todos devem ter suas dúvidas respondidas.

Nesse diapasão, quando uma dúvida não é esclarecida, a criança naturalmente buscará outras fontes de resposta, que nem sempre será a mais correta e confiável e que, pior, poderá ter o efeito contrário, levando o pupilo a atitudes que poderão terminar em uma gravidez indesejada, na ocorrência de graves doenças sexualmente transmissíveis, ou até mesmo, no consentimento de que com eles se pratique uma violência sexual.

Logo, o esclarecimento deve vir de casa, mas também da escola, onde a criança entende ser um espaço apropriado para o seu autoconhecimento e primeiras interações com outros de sua idade. Um ambiente aberto e livre de tabus e preconceitos, no qual as dúvidas possam vir gratuitas e naturais, com a certeza de que serão esclarecidas, respeitando o grau de desenvolvimento e discernimento de cada um.

O princípio constitucional da liberdade ideológica e religiosa não pode comandar sempre todo o desenvolver da sociedade, vencendo sempre que confrontado com outro princípio, seja em que caso concreto for. A ponderação se faz necessária para que, mantendo-se o núcleo essencial dos princípios envolvidos, não se faça prevalecer aquele que culminará no vedado retrocesso do nosso ordenamento jurídico.

Por fim, entende-se, então, que a inclusão da disciplina deve ser encarada como uma política pública preventiva de saúde e de natalidade, que possui o escopo de reduzir os crescentes índices de gravidez precoce, DST's e abuso sexual, na faixa etárias que antecede a adolescência.

**REFERÊNCIAS:**

ALVES, José Eustáquio Diniz. “*Cúpula Sobre Planejamento Familiar*”. Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br/2012/07/11/cupula-sobre-planejamento-familiar-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves>. Acesso em: 10 abr 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 mar 2015.

\_\_\_\_\_. Lei Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em: 12 mar 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 9263 de 12 de Janeiro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm). Acesso em: 12 mar 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm) >. Acesso em: 15 abr 2014.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei - Políticas Públicas – Saúde Sexual. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1313158&filename=PL+882/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158&filename=PL+882/2015). Acesso em: 13 abr 2015.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 1082/2011. Disponível em: <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro0711.nsf/OpenDocument>. Acesso em: 13 abr 2015.

FURLANI, Jimena. *Encarar o desafio da Educação Sexual na escola*. Curitiba: Autêntica, 2009.

IBGE. Taxa de incidência de AIDS por faixa etária. Disponível em: <http://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?t=taxa-incidencia-aids&vcodigo=MS52>. Acesso em: 8 set 2014.

LEAL, Luciana Nunes. “Aborto só vai à votação se passar pelo meu cadáver”, diz Cunha. Blog Estadão Rio. Rio de Janeiro, 09 Fev 2015. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-rio/aborto-so-vai-a-votacao-se-passar-pelo-meu-cadaver-diz-cunha/> . Acesso em: 22 de mar 2015.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2005.





## O TEMPO A FAVOR DO JURISDICIONADO – ANÁLISE DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS À LUZ DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Cauê Pereira Martins Santos

Graduado pela Universidade Cândido Mendes - Niterói. Advogado. Pós-graduando em Direito Lato Sensu pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** Ao cumprir sua função constitucional e fomentar o acesso ao judiciário, o Microssistema dos Juizados Especiais reuniu um grande número de demandas que, juntas, mitigam a razoável duração do processo. Estatísticas comprovam que os meios alternativos de solução de conflitos não conseguirão superar esse estado de crise institucional, mas, como fornecer aos jurisdicionados um processo mais célere sem afetar as garantias constitucionais? É possível flexibilizar o procedimento sumaríssimo em prol da celeridade? A essência do trabalho é abordar métodos para tornar mais célere o processamento perante os Juizados Especiais.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Juizados Especiais. Acesso à justiça. Flexibilização procedimental. Princípio da Adaptabilidade. Razoável duração do processo.

**Sumário:** Introdução. 1. O acesso à justiça. 1.1. A crise do acesso à ordem jurídica justa. 1.2. A ampliação do acesso à justiça – O surgimento dos Juizados Especiais. 2. O Microssistema dos Juizados Especiais Cíveis. 2.1. O procedimento sumaríssimo. 2.2. Flexibilização procedimental – A aplicação do Princípio da Adaptabilidade. 2.3. Premissas legitimadoras da “Flexibilização” ritual. 3. Métodos para tornar mais célere o processamento perante os Juizados. Conclusão. Referências Bibliográficas.

### INTRODUÇÃO

O artigo tem por finalidade avivar a discussão acerca da aplicação do Princípio da Adaptabilidade, como instrumento flexibilizador do rito processual sumaríssimo. Tal debate é pertinente na medida em que os Juizados Especiais Cíveis estão com a capacidade de processamento comprometida em quase todos os estados da federação, o que mitiga a garantia constitucional da razoável duração do processo.

O tempo tem demonstrado que os meios alternativos de solução de conflitos não conseguirão superar o efeito cascata que a judicialização das ações têm gerado, mas, como fornecer aos jurisdicionados um processo mais célere sem afetar as garantias constitucionais? A consolidação de uma estrutura que possa equilibrar os valores constitucionais da celeridade e da justiça, em um modelo ainda menos formal, é a pedra de toque a ser enfrentada.

Para a melhor compreensão da problemática, o presente artigo foi dividido em três partes. A primeira delas traz ao leitor dados científicos que comprovam a existência de um estado de crise, a segunda, fixa as bases para a aplicação do princípio da adaptabilidade e, por fim, a terceira parte cuidou de trazer algumas medidas que poderiam ser adotadas para tornar mais célere o processamento das demandas perante os Juizados Especiais Cíveis Estaduais.

Nesse ponto, é preciso esclarecer que o artigo apresentado restringe seu objeto de análise aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, razão pela qual não foram analisados os Juizados Criminais, nem mesmo os Juizados Federais e Fazendários. Por fim, salienta-se que o objetivo do artigo não é afirmar que processo célere é sinônimo de processo justo, mas que a morosidade que assola o Judiciário nacional pode ser amenizada com mudanças pontuais, conforme se provará ao final da pesquisa, que utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

## **1. O ACESSO À JUSTIÇA.**

Para compreender o contexto histórico que propiciou o surgimento dos Juizados Especiais, é essencial analisar a crise do acesso à justiça no cenário jurídico nacional. Antes, porém, é preciso esclarecer os conceitos de acesso à justiça e delimitar seu campo de aplicação.



De acordo com a doutrina clássica<sup>1</sup>, o acesso à justiça pode ser definido como o direito de propor ou contestar uma ação<sup>2</sup>. Após a consagração do Estado Social, devedor de prestações positivas, e do Estado Democrático de Direito, percebeu-se que exegese da palavra justiça estaria ligada à “ordem jurídica justa”<sup>3</sup>, assegurada não apenas no plano formal, razão pela qual, a instituição de mecanismos destinados a tornar socialmente eficaz a reivindicação de direitos passaria a ser a pedra de toque<sup>4</sup>.

Por conta dessa evolução conceitual, Kazuo Watanabe<sup>5</sup> defendeu tese no sentido de que o acesso à justiça não deve ser confundido com acesso ao Judiciário, sendo este o mero direito de levar uma pretensão a juízo ou de se defender de uma, ao passo que aquele estaria em consonância com o que se chamou de ordem jurídica justa. Neste artigo serão utilizadas tais rubricas em sentidos opostos, por serem mais didáticas.

### 1.1. A CRISE DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA.

Desde a época da colonização, a maximização dos conflitos é fator de preocupação do Estado. Sociologicamente falando, o Brasil reúne uma diversidade cultural enorme, com valores pessoais diferentes, o que, por si só, torna fértil o campo da litigiosidade. A esse fenômeno, devem ser associadas outras variáveis, que potencializam as zonas de tensão, tais como: i) o avanço dos meios de produção; ii) a explosão populacional e iii) a omissão do Estado na afirmação dos direitos sociais.

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, ps. 9-12.

<sup>2</sup> Na Constituição Federal de 1988 essa acepção pode ser extraída do art. 5º, XXXV.

<sup>3</sup> O termo “acesso à ordem jurídica justa” foi bem estudado por Kazuo Watanabe, na obra *Assistência Judiciária e Juizados de Pequenas Causas*, publicada pela Editora Revista dos Tribunais (1985).

<sup>4</sup> Nesse mister, a Constituição de 1988 avança em detrimento das anteriores, ao prever extenso rol de garantias instrumentais (art. 5º, incisos LXIX, LXXIII, LXXIV, LXXVIII), complementado pela previsão normativa que determina a criação dos Juizados Especiais (art. 98, I).

<sup>5</sup> WATANABE, *Assistência Judiciária e Juizados de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.52.



Atento para os perigos da litigiosidade, Luis Felipe Salomão, ao escrever o prefácio da obra “Flexibilização Procedimental nos Juizados Especiais Estaduais”, de autoria do juiz do TJRJ Antônio Aurélio Abi-Ramia Duarte, elucidou que o Judiciário brasileiro, em 1988, contava com a média de 350 mil novas ações por ano, tendo esse número aumentado para mais de 26 milhões, segundo pesquisa feita pelo CNJ, no ano de 2011. Complementa esse raciocínio o levantamento feito pelo IPEA<sup>6</sup>, em parceria com o CNJ, que constatou que, no ano de 2012, o estado do Rio de Janeiro contava com mais de 477 mil processos, distribuídos entre 137 Juizados Especiais Cíveis, com média de mais de 3.400 processos por juizado.

Essas estatísticas demonstram a confiança da população no Poder Judiciário, especialmente nos Juizados Especiais que, em termos genéricos, reúnem cerca de um terço de todo o ajuizamento dos tribunais estaduais<sup>7</sup>. Ocorre que, a capacidade de processamento das demandas pelo rito sumaríssimo está comprometida em quase todos os estados da federação, o que, além dos prejuízos individuais, afeta a credibilidade da justiça enquanto veículo afirmativo de direitos, na medida em que, “as causas mais simples e de menor valor exigem uma solução rápida, sob pena de não ser vantajoso reclamar por elas”<sup>8</sup>.

Falando especificamente dos Juizados Especiais distribuídos pelo estado do Rio de Janeiro, a pesquisa elaborada pelo IPEA concluiu que o tempo de tramitação das ações que tiveram o mérito resolvido é de, aproximadamente, 1.296 dias, algo em torno de três anos e seis meses<sup>9</sup>. Esses números diminuem consideravelmente quando os casos acabam sendo solucionados por acordo, que representam 29,21% das sentenças prolatadas<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> CNJ/IPEA. Síntese de dados do Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-juizado-especial-civel.pdf>>. Acesso em: 5 de fevereiro de 2015. P. 9.

<sup>7</sup> FERRAZ, Leslie Shériida. *Acesso à Justiça – Uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p.61.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 180.

<sup>9</sup> CNJ/IPEA, op. cit., p. 34.

<sup>10</sup> Embora, ainda se esteja longe de alcançar a previsão legislativa, que é de uma quinzena (art.16 da Lei 9.099/95), esses números devem ser comemorados, por serem extremamente significativos.



A partir dessas amostras é possível perceber que a dogmática processual empregada nos juizados precisa ser revista, para se adequar as novas perspectivas sociais, através de um modelo ainda menos formal, sem suprimir as garantias constitucionais<sup>11</sup>. Antes de abordar os métodos de combate a morosidade, por coerência, é essencial ter em mente a forma como se deu a instituição dos Juizados Especiais no Brasil.

## **1.2. A AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA – O SURGIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.**

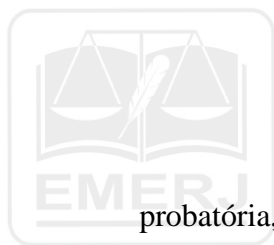
Incontestáveis foram os avanços trazidos pela Constituição Federal de 1988 no cenário jurídico nacional<sup>12</sup>, contudo, é possível encontrar experiências anteriores que buscaram ampliar o acesso à justiça, ainda que de forma tímida, funcionando como antecedentes históricos ao surgimento dos Juizados Especiais. A primeira, digna de nota, é representada pelo procedimento sumaríssimo, previsto na redação original do Código de Processo Civil (Lei 5.869/73)<sup>13</sup>, reservado às causas que não exigiam ampla atividade

---

<sup>11</sup> Para embasar essas considerações iniciais, é importante trazer à tona a experiência vivida em Nova York, na década de 1970, quando as Cortes de Pequenas Causas (“*Small Claims Courts*”) estavam com o processamento engessado, somando mais de 140 mil casos em atraso, alguns deles aguardando julgamento há mais de uma década. Segundo Ferraz (2010: 125), para resolver o problema, algumas medidas foram adotadas, a saber: i) simplificação do procedimento; ii) criação de Cortes especializadas para o julgamento de determinadas matérias; iii) aumento do poder dos juízes, que passaram a ter um papel mais ativo na condução dos processos; iv) realização de “multirões”; v) investimento na conciliação, para reduzir o número de casos. Algumas dessas medidas já são adotadas nos Juizados Cíveis brasileiros, como é o caso dos “multirões”, mas não há dúvidas de que outros métodos poderiam ser aplicados, o que geraria resultados significativos no processamento das demandas, sobretudo na concretização do Princípio da Razoável duração do Processo.

<sup>12</sup> Entre as inovações trazidas pela Constituição de 1988, a mais marcante está na previsão de rol extensivo de direitos e garantias fundamentais, elaborado com o condão de fomentar o desenvolvimento da pessoa humana dentro de uma sociedade livre, justa e solidária. Sob a perspectiva do acesso à justiça, é digna de nota a proteção do Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição (art. 5º, XXXV) sob o manto das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV). Além disso, deve ser ressaltada previsão dos chamados “remédios constitucionais”, instrumentos destinados a assegurar a proteção dos direitos constitucionalmente assegurados, tais como: o direito de petição (art. 5º, XXXIV); o mandado de segurança (art. 5º, LXXIX e LXX); o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); o habeas corpus (art. 5º, LXVIII); o habeas data (art. 5º, LXXII) e a ação popular (art. 5º, LXXIII).

<sup>13</sup> A Constituição de 1969, que vigorava a época, previu em seu art. 112, parágrafo único, que a lei poderia instituir processo e julgamento de rito sumaríssimo, desde que observados os critérios de descentralização, economia e de comodidade das partes. Essa é a principal justificativa para ter sido criado o rito sumaríssimo



probatória, nas quais seria dada maior ênfase a oralidade, a economia e a celeridade processual, com prazo máximo de duração de noventa dias.

O fracasso no processamento célere das demandas, que levaria à sua derrocada anos mais tarde, estimulou a criação de Conselhos de Conciliação e Arbitramento em algumas unidades da federação<sup>14</sup>, antes mesmo da entrada em vigor da Lei dos Juizados de Pequenas Causas, em 1984. Fruto de estudos encomendados a Piquet Carneiro<sup>15</sup>, que tinha a missão de buscar na experiência estrangeira tratamento menos burocratizado que pudesse ampliar o acesso à justiça para a população mais carente, os Juizados de Pequenas Causas tiveram como antecedentes históricos as “*Small Claims Courts*” norte-americanas<sup>16</sup>.

Após anos de intenso debate, foi aprovada a Lei 7.244/84, que criou os Juizados de Pequenas Causas, com ênfase na simplificação do procedimento, na gratuidade em primeira instância e na solução amigável do litígio, pilares responsáveis por democratizar o acesso à justiça. Depois da Lei 7.244/84, a Constituição Federal de 1988, com o fim de consolidar a facilitação do acesso à justiça, deu novo tratamento à figura dos Juizados<sup>17</sup>, através de

---

antes mesmo de ter sido implementado o rito sumário. A redação original do art. 272 do CPC tratou de trazer a divisão do procedimento comum em ordinário e sumaríssimo.

<sup>14</sup> Aponta FERRAZ, que: “[...] antes mesmo da promulgação da Lei de Pequenas Causas, (1984), em 23 de julho de 1982, a Ajuris (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul) e o Tribunal de Justiça daquele estado implementaram Conselhos de Conciliação e Arbitramento, vulgarmente conhecidos como ‘Pequenas Causas’- inspirados não no modelo nova-iorquino, mas na experiência alemã.”. Continua a autora dizendo que, no ano de 1983, os estados do Paraná – em conjunto com a AMP (Associação da Magistratura do Paraná) – e da Bahia criaram seus respectivos Conselhos de Conciliação e Arbitramento, órgãos que ocuparam o cargo de futuros embriões dos Juizados Especiais (2010: 41).

<sup>15</sup> Segundo os estudos de FERRAZ, João Geraldo Piquet Carneiro foi nomeado secretário executivo no governo do general João Baptista de Oliveira Figueiredo (1979), por Hélio Beltrão, que assumiu o Ministério da Desburocratização. O general ficou marcado na história política brasileira por ter instituído o Programa Nacional de Desburocratização, que tinha por objetivo dinamizar e simplificar o funcionamento do Poder Executivo (artigo 1º do Decreto 83.740/79). O programa, embora voltado para o Poder Executivo, acabou alcançando também o Judiciário, em razão das reinvidicações que a sociedade fazia à época, referentes, em sua maioria, ao tratamento dado as causas de pouco valor e complexidade jurídica (2010: 36/37).

<sup>16</sup> As primeiras Cortes foram criadas em 1913, na cidade de Cleveland, em Ohio. Por ocasião do sistema federativo norte-americano, as “*small claims courts*” (Cortes de Pequenas Causas) de cada estado, têm um funcionamento independente. Costuma-se falar da experiência de Nova-iorquina por ter ela assumido um papel mais importante, servindo de modelo para as demais Cortes, com ênfase na aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos.

<sup>17</sup> Na Constituição cidadã, os Juizados Especiais foram regulamentados no art. 24, inciso X e no art. 98, inciso I. As principais inovações da Carta Política de 1988, em relação à Lei 7.244/84, foram as seguintes: i) a previsão da figura do juiz leigo; ii) a autorização para criação dos Juizados Especiais Criminais; iii) a presença das transações dentro do novo modelo de justiça; iv) a alteração do objeto, que deixou de abarcar as causas de



comando normativo que impôs, de forma imperativa, sua criação (art. 98, I), o que começou a ganhar espaço sete anos mais tarde, com a entrada em vigor da Lei 9.099/95.

## 2. O MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

Sob os ditames da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e do consensualismo (art. 2º), a Lei 9.099/95 pôs fim aos Juizados de Pequenas Causas (art. 97) e instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da justiça estadual, com competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade (art. 3º)<sup>18</sup>. Anos mais tarde, tomando por base a experiência de sucesso na justiça dos estados, a Lei 10.259/2001, instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, com competência para apreciar causas cíveis de até sessenta salários mínimos e infrações penais de menor potencial ofensivo, afetas à competência constitucional federal (art. 2º e 3º)<sup>19</sup>.

Completando o arcabouço legislativo dos Juizados Especiais, a Lei 12.153/2009 instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública, atribuindo competência para conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos

---

reduzido valor econômico, para apreciar as causas de menor complexidade / infrações de menor potencial ofensivo; v) resgatou a possibilidade de execução de causas cíveis de menor complexidade, prevista originariamente no anteprojeto que deu origem a Lei 7.244/84, mas que foi objeto de supressão nas emendas que antecederam a sua aprovação.

<sup>18</sup> Dentre as principais mudanças implementadas está a ampliação da competência dos Juizados Especiais, regulada não apenas mais pelo valor da causa – que foi duplicado –, mas por um rol específico de matérias até então restritas ao procedimento comum. A revogada Lei 7.244/84 trazia disposição expressa no sentido de que a competência dos Juizados de Pequenas Causas se limitaria a causas de valor não superior a 20 salários mínimos na data da propositura da demanda. A lei 9.099/95 aumentou a alçada dos Juizados Especiais, passando a admitir a propositura de ações com valores não superiores a 40 salários mínimos (causas de pequeno valor econômico), bem como admitiu que fossem propostas ações envolvendo questões de menor complexidade, que não teriam limitação de valor, é dizer, poderiam ultrapassar a alçada de 40 salários mínimos, o que representou grande inovação.

<sup>19</sup> Inovando na ordem jurídica, a Lei 10.259/2001, fixou a competência absoluta dos Juizados Especiais Federais (art. 3º, §3º), permitiu que fosse apresentado recurso das decisões interlocutórias (art. 5º), proibiu a aplicação de prazo processual diferenciados para as pessoas jurídicas de direito público (art.9º), vedou o reexame necessário (art. 13) e instituiu o pedido de uniformização de interpretação de lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Federais (art.14).



Municípios, até o valor de sessenta salários mínimos (art. 2º)<sup>20</sup>. Todas essas mudanças legislativas encontraram um eixo comum, no qual está a preocupação do legislador em eliminar os entraves do processo, que prejudicam a efetivação de direitos, contudo, não se pode deixar de atentar para a natureza jurídica do Direito que, enquanto ciência social, precisa evoluir rapidamente para se adaptar aos novos anseios sociais, vez que o processo legislativo, necessariamente formal, não será capaz de atender as necessidades do dia-a-dia com a velocidade que se espera.

## 2.1. O PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO.

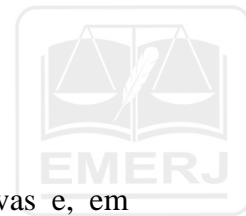
Antes de analisar os métodos para tornar mais célere o processamento dos Juizados Especiais Estaduais, por questões de ordem prática, é preciso investigar a forma como o rito sumaríssimo se desenvolve, ainda que em apertada síntese. Assim, a partir do conhecimento da regra é possível delimitar as exceções pontuais.

De acordo com a Lei 9.099/95 o processo se inicia com a apresentação do pedido (art. 14); registrado o pedido será designada sessão de conciliação no prazo de 15 dias (art. 16), o que marca o fim do primeiro ciclo. A segunda etapa começa com a Audiência de Conciliação que, uma vez obtida, colocará fim ao processo (art. 22, parágrafo único); frustrada a conciliação será imediatamente realizada a Audiência de Instrução e Julgamento

---

<sup>20</sup> As inovações trazidas pela Lei 10.259/2001 foram mantidas, estando a sua principal contribuição para a evolução do ordenamento jurídico no art. 1º, quando admitiu a existência do “Sistema dos Juizados Especiais”, o que vai de encontro com o que o Desembargador do TJRJ, Alexandre Câmara, na obra *“Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública – Uma abordagem crítica”*, publicada pela Editora Lumen Juris (2010), passou a chamar de “Microsistema” ou “Estatuto” dos Juizados Especiais. Por ser um Microsistema, entende o processualista que há influência recíproca entre as três leis que regem os Juizados Especiais Cíveis (propriamente um diálogo de fontes), de forma que tais leis tenham que ser interpretadas como se formassem um só microsistema normativo, o que permitirá a integração de normas para suprir lacunas deixadas pelo legislador, desde que seja respeitada a essência de cada um dos Juizados (2010: 4).





(art. 27, *caput*), oportunidade na qual serão ouvidas as partes, colhidas as provas e, em seguida, será proferida sentença (art.28)<sup>21</sup>.

## 2.2. “FLEXIBILIZAÇÃO” PROCEDIMENTAL – A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE.

As informações apresentadas atestam que os Juizados Especiais estão com sua capacidade de processamento abalada, na medida em que o número de demandas ajuizadas diariamente é absolutamente maior do que os casos solucionados por acordo, por desistência do autor ou por sentença de mérito<sup>22</sup>. Preocupado com questões dessa natureza, Fernando Gajardoni<sup>23</sup>, construiu uma tese que prega a flexibilização dos procedimentos em matéria civil, para provar que o modelo disciplinado no Código de 1973 é falho, na medida em que não atende as peculiaridades de cada demanda, contribuindo ainda mais para a morosidade do Judiciário<sup>24</sup>.

Em seus estudos, Gajardoni, observou que o Código de Processo Civil, lei geral em matéria de procedimento, é contraditório, pois permite ao juiz que decida livremente a pretensão formulada, desde que fundamente sua decisão com base na lei, nas provas e na sua

---

<sup>21</sup> Para não fugir do tema, não serão abordadas a fundo as fases recursal e executiva que, juntas, compõem uma espécie de terceiro ciclo dentro do procedimento sumaríssimo. É digno de nota ter em mente, contudo, que a Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais não trouxe prazo específico para o julgamento dos recursos, nem para o término da fase executiva. De qualquer forma, é certo que, da sentença, cabe recurso inominado para a instância superior no prazo de 10 dias (arts. 41 e 42) ou embargos de declaração, no prazo de 5 dias (arts. 48 e 49), também cabível em face da decisão da Turma Recursal, órgão revisor das decisões de primeiro grau, formado por três juízes (art. 41, §1º).

<sup>22</sup> Referida situação alarmante não tem perspectiva de melhora, na medida em que nem mesmo os meios alternativos de solução de conflitos conseguirão superar o efeito cascata que a judicialização das ações têm gerado. Segundo relatório do IPEA, no estado do Rio de Janeiro, as ações de consumo representaram cerca de 92,89% das ações distribuídas no ano de 2012, perante os Juizados Especiais Cíveis.

<sup>23</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 285 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

<sup>24</sup> Nesse ponto, é abre-se um parêntese para ressaltar que o ilustre processualista não atribuiu à técnica de flexibilização a condição de único instrumento eliminador da morosidade, mas que a diminuição do tempo necessário à efetivação dos direitos passaria por uma releitura da dogmática processual.



convicção pessoal (art. 131 da Lei 5.869/73), mas não permite que o magistrado adapte o rito processual de acordo com o caso concreto. É exatamente dentro desse paradoxo que surge a possibilidade de avaliar a aplicação do princípio da adaptabilidade na sistemática dos Juizados Especiais Cíveis.

Para tanto, nos dizeres de Gajardoni, é essencial traçar um critério, ainda que mínimo, de modo que o magistrado possa flexibilizar o rito processual sem suprimir as garantias constitucionais conferidas às partes, são eles: a finalidade, o contraditório e a motivação<sup>25</sup>. Pelo critério da finalidade, será legítima a variação ritual toda vez que: i) o procedimento imposto previamente pelo legislador não for apto à tutela eficaz do direito reclamado; ii) houver fases e atos processuais desnecessários ao deslinde da questão jurídica; iii) a condição especial de uma das partes recomendar a mudança, em prol de preservação da igualdade substancial; iv) houver requerimento das partes.

Após verificar que o caso concreto está dentro de uma das situações em que é recomendada a flexibilização processual, o magistrado deverá intimar as partes, dando a elas ciência da medida processual que entende mais adequada e ofertando o direito ao contraditório (art. 5º, LV, CRFB/88). Por fim, deve o magistrado fundamentar sua decisão (art. 93, IX, CRFB/88 e art. 165, CPC), ainda que brevemente, dando às partes o direito de fiscalizar o exercício da atividade jurisdicional, sopesando os fins justificadores com a medida adotada<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> GAJARDONI, op. cit., p. 103.

<sup>26</sup> Havendo qualquer descontentamento, a parte que se sentir prejudicada poderá se valer do sistema recursal. Sendo proferida decisão interlocutória, portanto, no curso do processo (art. 162, §2º, CPC), a parte prejudicada poderá apresentar recurso de agravo, na forma retida ou por instrumento, a depender da possibilidade de haver lesão grave ou de difícil reparação (art. 522, CPC). Cogitando-se ser aplicável aos Juizados Especiais Cíveis a técnica de flexibilização procedimental, deverá ser permitido que a parte interessada apresente recurso, muito embora a Lei 9.099/95 não tenha permitido a interposição de recurso em face das decisões interlocutórias. Pensar de forma contrária violaria a lógica do próprio sistema, eis que “sempre” haveria espaço para a impetração de Mandado de Segurança, o que tornaria a marcha processual ainda mais morosa. Nesse caso, haveria de ser aplicado o entendimento do Desembargador Alexandre Câmara, que, pregando a integração das leis que compõe o Estatuto dos Juizados Especiais, afirmou ser possível aplicar aos Juizados Especiais Estaduais a norma contida na Lei 10.259/01, que permite a aplicação de recurso das decisões interlocutórias (art.5º) – op. cit., p. 4.



Diante dessas considerações, nota-se que: a aplicação do princípio da adaptabilidade agregará ainda mais valor à atividade do juiz, que passará a ser gerencial, para, à luz do caso concreto, decidir sobre a redução de prazos, a combinação ou a supressão de atos processuais e, até mesmo, a conversão de procedimentos, tudo com o fim de dar as partes a melhor tutela jurisdicional possível<sup>27</sup>. Referida teoria está inteiramente de acordo com o propósito deste artigo, que defende a flexibilização do procedimento sumaríssimo em prol da garantia constitucional da razoável duração do processo.

Admitida a flexibilização procedimental resta analisar os instrumentos que serão empregados para esse fim. Antes, porém, é preciso apontar as bases jurídicas que servem de sustentáculo à aplicação do princípio da adaptabilidade no rito dos Juizados Especiais.

### 2.3. PREMISSAS LEGITIMADORAS DA FLEXIBILIZAÇÃO RITUAL.

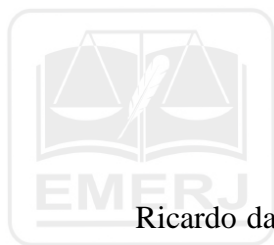
Na mesma esteira do Código de Processo Civil (art. 131), a Lei 9.099/95 (art. 6º), seguindo a dogmática traçada pela Lei dos Juizados de Pequenas Causas (art.5º, da Lei 7.244/84), deu ao magistrado a oportunidade de decidir o caso da forma que reputar mais justa e equânime, à luz dos fins sociais e das exigências do bem comum. A respeito da interpretação do referido dispositivo, a doutrina se dividiu em duas correntes<sup>28</sup>.

Com a devida *vênia* àqueles que defendem posição em sentido diverso, o melhor entendimento é o trazido pela corrente minoritária, do qual Gajardoni, Nelson Nery Junior e

---

<sup>27</sup> O Código de Processo Civil (Lei 5.869/73), desde a sua redação original, permite que o juiz, ao velar pela rápida solução do litígio (art. 125, II), reprima qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (art. 125, III), podendo determinar ele as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130), o que denota a intenção do legislador de 1973 em dar ao juiz poderes gerenciais, ainda que tímidos, e sem fazer constar essa afirmação expressamente no texto positivado.

<sup>28</sup> A primeira e majoritária corrente é coposta por aqueles que são contrários ao julgamento por equidade fora das hipóteses expressamente permitidas por lei (art. 127, CPC), o que somente seria admissível, portanto, na jurisdição voluntária (art. 1.109, CPC) e na arbitragem (art. 21 da Lei 9.307/96), tendo o legislador, no caso dos Juizados Especiais, silenciado propositalmente. Por outro lado, segunda e minoritária corrente defende uma interpretação gramatical do vocábulo “*equânime*” (adjetivo daquele que age com equidade), para concluir que não haveria qualquer empecilho para a inovação no rito dos juizados.



Ricardo da Cunha Chimenti também são partidários<sup>29</sup>. A favor desta interpretação está a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/42), mais especificamente os artigos. 4º e 5º que, juntos, permitem que o juiz se utilize da analogia para suprir uma omissão legal, aplicando a lei de acordo com os fins sociais à que ela se dirige e as exigências do bem comum<sup>30</sup>.

Pelo fato do Microssistema dos Juizados Especiais estar calcado na simplicidade, na informalidade, na economia processual e na celeridade (art. 2º da Lei 9.099/95), não há razão para impedir que o magistrado atue sobre o procedimento, como verdadeiro administrador, para reduzir atos processuais desnecessários ao deslinde da questão jurídica, na medida em que o juiz tem a incumbência de velar pela rápida solução do litígio. Assim, pretensões jurídicas de pequena monta receberão tratamento adequado de acordo com o grau de “pequena complexidade” de cada uma.

### **3. MÉTODOS PARA TORNAR MAIS CÉLERE O PROCESSAMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS.**

Como mencionado, o procedimento sumaríssimo, previsto na redação original do CPC/73, sucumbiu, caindo em “desuso” após a instituição dos Juizados de Pequenas causas em 1984, embora a revogação formal dos dispositivos a ele atinente somente tenha se dado em 1994<sup>31</sup>. Alguns fatores que provocaram a inviabilidade do antigo procedimento

<sup>29</sup> GAJARDONI, op. cit., p. 173.

<sup>30</sup> Em prol dessa doutrina podem ser citados ainda os Enunciados elaborados pelo FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais Cíveis) – do Conselho de Justiça Federal – que consolidam a experiência dos Juizados em todo país, indicando interpretações flexibilizadoras acerca do rito sumaríssimo.

<sup>31</sup> No lugar do procedimento sumaríssimo, a Lei 8.952/94, instituiu o procedimento sumário, alterando os artigos 272 e 273 do Código de Processo Civil. Referida norma foi complementada pela Lei 9.245/95, que alterou dispositivos do CPC relativos ao procedimento sumaríssimo e tratou de delimitar as causas que estariam sujeitas ao novo procedimento. Hoje, poderão tramitar no procedimento sumário causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo, além de causas específicas, de valor ilimitado, previstas nas alíneas que complementam o inciso II do art. 275 do CPC.



sumaríssimo são apontados pela doutrina<sup>32</sup>, tais como a onerosa pauta dos juízes, devida ao grande volume de demandas, e a burocratização do rito, que tornava obrigatória a audiência conciliatória e impedia o julgamento antecipado da lide.

Embora seja paradoxal, o legislador, mesmo após estar ciente da experiência fracassada do antigo procedimento, optou por instituir, na Lei 9.099/95, a obrigatória audiência de conciliação, a ser realizada quinze dias após a distribuição do pedido, tendo deixado de disciplinar hipótese de julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC). O escopo da lei é louvável e as estatísticas demonstram que os índices de acordo são significativos<sup>33</sup>, contudo, parece ter agido de forma equivocada o legislador ao estabelecer regra rígida.

Tratando-se de direitos disponíveis, as partes tem o direito de, a qualquer momento, inclusive após a sentença, optar por celebrar uma transação, passível de homologação judicial com efeitos de título executivo o que descaracteriza a obrigatoriedade da realização da audiência preliminar. Não bastasse isso, a prática demonstra que as grandes empresas não realizam acordo na primeira audiência ou apresentam propostas inaptas a solucionar a pretensão autoral, não só porque podem, a qualquer momento, transacionar, mas porque inexistente, na Lei 9.099/95, qualquer previsão normativa que indique uma benesse<sup>34</sup>.

Enquanto o legislador não alterar a Lei dos Juizados Especiais, a gestão dos processos perante o rito sumaríssimo deverá abarcar a possibilidade de escolha dada ao magistrado para optar entre realizar ou não a audiência a conciliatória prevista no art. 16, desde que, previamente, intime as partes para que elas se manifestem acerca do desejo de realizar a autocomposição. Trata-se de medida atinente à economia processual e a

---

<sup>32</sup> FERRAZ, op. cit., p. 31.

<sup>33</sup> De acordo com pesquisa elaborada pelo IPEA, no ano de 2012, os Juizados localizados no estado do Rio de Janeiro homologaram 29,21% de acordos.

<sup>34</sup> Exemplos de sucesso, previstos no procedimento comum, mais especificamente na fase executiva, poderiam ser implementados. O primeiro caso pode ser extraído do art. 745-A do CPC, que dá ao executado a possibilidade de parcelar o valor devido, desde que, no prazo para os embargos, reconheça o crédito do exequente e comprove o depósito de 30% do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado. Na execução por quantia certa contra devedor solvente, o CPC traz outra benesse (art. 652-A), ao apontar que o pagamento integral, no prazo de 3 dias, gerará a redução da verba honorária pela metade.



simplicidade, que já encontra prática similar, nos dias de hoje, através da reunião das audiências de conciliação e de instrução e julgamento em um único momento – na praxe forense chamada de “convolação” de audiências.

Segunda medida gerencial, que está apta a dinamizar o processamento dos feitos perante os Juizados Especiais é a redução dos prazos processuais, faculdade dada ao magistrado que está de acordo com o escopo da celeridade. Não se justifica a previsão legal que institui dez dias para a apresentação de recurso inominado (art. 42), nem mesmo que o preparo deste recurso seja feito em até quarenta e oito horas (§1º)<sup>35</sup> ou, ainda, que os embargos de declaração tenham o mesmo prazo de interposição do procedimento comum ordinário (art.49).

Nesses, e em outros casos, poderá o magistrado optar por reduzir o prazo previsto na Lei 9.099/95, visando a adequar o direito à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição, às peculiaridades de cada demanda. Para consumir tal medida, deve o juízo informar as partes previamente, dando a elas o direito de se manifestarem, para somente depois decidir fundamentadamente.

A interrupção do curso normal da demanda pela resolução antecipada do pedido seria exemplo de mais uma medida passível de ser aplicada pelo juiz e que teria o condão de otimizar o processamento das ações. Gajardoni<sup>36</sup> elucida essa possibilidade e traz como exemplos os casos de: i) sentença liminar de mérito (art. 285-A e 285-B, CPC); ii) julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC) e iii) súmula impeditiva de recursos (art. 518, §1º, CPC).

Todas essas possibilidades, elencadas pelo ilustre processualista, são passíveis de serem aplicadas à sistemática da Lei 9.099/95, desde que realizada das devidas adaptações, como no caso da súmula impeditiva de recursos, que obstaría o seguimento do recurso

<sup>35</sup> O Enunciado 80 do FONAJE (CJF), infelizmente, ratifica a norma em comento, advertindo não ser admissível a complementação do recurso após o interregno de 48 horas.

<sup>36</sup> GAJARDONI, op. cit., p. 188-194.



inominado e não da apelação. Nesse diapasão, importante trazer à tona a informação de que já existe enunciado do FONAJE nesse sentido, admitindo a aplicação do art. 285-A do CPC no rito processual sumaríssimo – verbete 101.

Ainda dentro da perspectiva de releitura da dogmática processual, aplicável aos Juizados Especiais, importante medida, também defendida por Gajardoni<sup>37</sup>, que poderia ser adotada para facilitar o julgamento de recursos seria a previsão de julgamento monocrático pelo juiz relator da Turma Recursal, mitigando o art. 41, §1º da Lei 9.099/95. Ora, se no procedimento comum, onde, tecnicamente, tramitam ações de complexidade maior está prevista a possibilidade de o relator julgar monocraticamente, quando o caso já tiver sido debatido outras vezes (art. 557, CPC), não há motivos para impedir que tal sistemática seja transplantada para o procedimento sumaríssimo, sendo este o mesmo entendimento do Conselho de Justiça Federal - FONAJE<sup>38</sup>.

Sem a pretensão de esgotar o tema, somente foram abordadas as medidas passíveis de serem adotadas pelo magistrado atuante perante os Juizados Especiais, na condição de gestor do processamento das demandas, o que não se confunde com a figura inconstitucional e arbitrária do legislador positivo. É sabido que o investimento em infraestrutura e mão de obra especializada contribuirá significativamente para o melhor processamento das demandas perante os Juizados Especiais<sup>39</sup>, mas, em tempos de crise econômica, onde o racionamento de gastos públicos é preciso, deve-se estar aptos a enxergar as necessidades do novo Processo Civil, menos formal e mais preocupado com a efetivação de direitos.

---

<sup>37</sup> Ibid., p. 196.

<sup>38</sup> Vide Enunciados 102 e 103. Em face dessa decisão cabe recurso de agravo, segundo o Enunciado 15.

<sup>39</sup> Dentre as diversas medidas que podem ser adotadas, elenco: i) a realização de cursos de mediação para a capacitação dos servidores; ii) a promoção de campanhas pelos meios de comunicação que alertem para as consequências do litígio e para os benefícios de uma composição amigável; iii) criar juizados especializados para julgar os casos em que esteja presente a relação de consumo, que correspondem, segundo o IPEA, a mais de 90% das ações distribuídas pelos Juizados Especiais do estado do Rio de Janeiro, o que daria às outras ações, que não são de consumo, processamento mais célere e condizente com a sua natureza; iv) proporcionar espaço para a aproximação do litigante costumaz daqueles que têm o seu direito violado/ameaçado, facilitando a autocomposição sem interferência do Judiciário (figura dos expressinhos, já existente em algumas comarcas, como a de Niterói – exemplo: Expressinho Ampla).



## CONCLUSÃO

Uma breve visita pelos corredores do Fórum da Comarca da Capital é suficiente para demonstrar ao leigo e, ao mais estudioso sociólogo, que os Juizados Especiais Cíveis estão com sua capacidade de processamento ameaçada. Essa percepção sensorial foi comprovada por recentes pesquisas elaboradas pelo CNJ, que atestaram um crescimento alarmante no número de demandas distribuídas em todo o país.

Em levantamento feito em 2011, constatou-se que, por ano, eram distribuídas mais de 26 milhões de ações, o que representa um aumento de mais de 5.000%, em comparação com o final da década de 1980. Sob a perspectiva dos Juizados Especiais Cíveis do estado do Rio de Janeiro, no ano de 2012, constatou-se que a média de demandas por juizado é de 3.400 processos, não obstante sejam também significativos os números de demandas que tem o seu fim por meio da autocomposição, o que corresponde a 29,21%.

Esses dados demonstram que os Juizados Especiais conseguiram cumprir o seu papel constitucional, proporcionando à população o acesso à justiça de maneira mais simplificada, de forma gratuita no primeiro grau de jurisdição, através de um método vantajoso, que buscou compatibilizar a diminuta complexidade das demandas com o dever inafastável do Poder Judiciário de tutelar toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Contudo, a evolução do Direito enquanto ciência social trouxe consigo a necessidade de atualização do conceito de acesso à justiça, agora não mais limitado ao seu caráter puramente formal, mas associado à ordem jurídica justiça, denominação criada pela doutrina para ilustrar a necessidade de tornar socialmente eficaz a reivindicação de direitos.

É sob essa perspectiva que se propõe analisar a estrutura dos Juizados Especiais, mais especificamente o procedimento sumaríssimo, hoje incapaz de dar às causas mais simples e de menor valor uma solução rápida o que, além de gerar prejuízos individuais, afeta





a credibilidade da justiça, enquanto veículo afirmativo de direitos. Uma série variada de medidas pode ser adotada para contornar essa problemática, contudo, uma nova leitura da dogmática processual civil, menos apegada aos formalismos e mais atenta com as necessidades sociais, é a alternativa mais eficaz.

Assim surge espaço para aplicação do Princípio da Adaptabilidade nos Juizados Especiais, ferramenta a ser utilizada pelo magistrado para flexibilizar o procedimento processual civil, visando dar às partes a tutela jurisdicional adequada à natureza jurídica do direito reclamado. Acredita-se que a supressão da audiência conciliatória preliminar, a redução de prazos processuais, a resolução antecipada da demanda e o julgamento monocrático no segundo grau de jurisdição poderiam auxiliar o Poder Judiciário a reduzir o tempo necessário para a solução do litígio apresentado ao Juizado, que, hoje, leva em média 1.296 dias, algo em torno de três anos e seis meses.

Embora essas medidas não contem com o apoio majoritário da doutrina, é preciso ter em mente que algumas delas já vêm sendo empregadas com sucesso no procedimento comum ordinário que, na mesma esteira da Lei 9.099/95, dá ao magistrado a oportunidade de decidir o caso da forma que reputar mais justa e equânime, à luz dos fins sociais e das exigências do bem comum. Ora, se o Microsistema dos Juizados Especiais está calcado na simplicidade, na informalidade, na economia processual e na celeridade, não há razão para impedir que o magistrado atue sobre o procedimento, como verdadeiro administrador, para reduzir atos processuais desnecessários ao deslinde da questão jurídica – assim, pretensões jurídicas de pequena monta receberão tratamento adequado de acordo com o grau de “pequena complexidade” de cada uma.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7244.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm)>. Acesso em 15 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8952.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm#art1)>. Acesso em 8 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em 15 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 16 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em 8 fev. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: Uma abordagem crítica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Síntese de dados do Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis: relatório descritivo. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-juizado-especial-civel.pdf>>. Acesso em 4 mar. 2015.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi-Ramia. *Flexibilização procedimental nos Juizados Especiais estaduais*. Rio de Janeiro: JC, 2014.

FERRAZ, Leslie Shériida. *Acesso à Justiça: Uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Enunciados. Disponível em: <<http://www.fonaje.org.br/site/enunciados/>>. Acesso em 13 maio. 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 285 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

JUNIOR, Ariolino Neres Sousa. *Vinte anos de promulgação da Constituição de 1988: Mudanças e Permanências no Cotidiano da Sociedade Brasileira*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1306](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1306)>. Acesso em 8 fev. 2015.

WATANABE, Kazuo. *Assistência Judiciária e Juizados de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.



## EMENDA CONSTITUCIONAL N. 88/15

### Uma análise interpretativa para o Poder Judiciário

Cheker Miguel Haddad Kury

Graduado pela Faculdade de Direito de Campos.  
Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Faculdade de Direito de Campos.

**Resumo:** Com a publicação da Emenda Constitucional n. 88/15, que alterou o artigo 40, §1º, inciso II, da Constituição da República, criou-se uma nova possibilidade de aposentadoria compulsória para os servidores públicos, em especial para os membros do Poder Judiciário integrantes dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, defendendo o estudo a necessidade de diversas interpretações da norma condizentes com a possibilidade da a ideia constitucional da nacionalização da justiça.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Ministro de Tribunal Superior. Desembargador. Aposentadoria. Compulsoriedade.

**Sumário:** Introdução. 1. Histórico da Emenda no Senado Federal: origem da norma. 2. Debates na Câmara de Deputados. 3. Da Interpretação da Emenda. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as interpretações cabíveis à norma constitucional oriunda do poder constituinte derivado, qual seja, a Emenda Constitucional n.88/15, que modificou o artigo 40, parágrafo primeiro, inciso segundo da Constituição Federal e introduziu o artigo 100 aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, gerando como efeito direto o aumento no limite de idade para aposentadoria dos Ministros de Tribunais Superiores e Tribunal de Contas da União e mediato para os demais servidores públicos, estes dependentes de legislação complementar.

Antes de discutir-se os pontos que levaram à elaboração do presente artigo, os quais suscitam dúvidas sociais e questionamentos jurídicos sobre a novel Emenda, é imperioso que se contextualize o momento político no qual a Emenda foi criada, bem como analisar as discussões travadas no Senado Federal e Câmara de Deputados Federais de forma a inferir



qual o seu verdadeiro significado, e, por conseguinte, verificar quais os efeitos advindos da norma ao final criada.

Sendo assim, caberá no presente artigo expor o histórico da criação da Emenda, analisar a discussão em cada Casa competente e também tecer comentários sobre a eventual inconstitucionalidade que ela possua, pugnado, ao final, por uma adequação da Emenda Constitucional n.88/15 à realidade do judiciário.

O estudo enfoca a temática constitucional do aumento do limite de idade para a aposentadoria compulsória e seus efeitos para o judiciário que visa, desde 2004 com a Emenda Constitucional n.45, uniformizar os direitos e garantias para os magistrados de carreira, desembargadores e ministros. O tema se mostra relevante porque é função da Escola da Magistratura discutir as alterações no regime constitucional e previdenciário para o poder em comento, bem como para a sociedade analisar se a manutenção de determinados integrantes do judiciário em seus cargos é salutar para as jurisprudências formadas no país.

O tema é ainda de natureza muito recente e controvertida, uma vez que a Emenda Constitucional n.88 foi promulgada em 08 de maio de 2015, gerando controvérsias nos tribunais de justiça estaduais e a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade a merecer atenção, uma vez que o Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu, definitivamente, sobre a constitucionalidade plena da norma em comento.

Inicia-se o primeiro capítulo do estudo investigando a origem da norma, por meio das análises travadas no Senado Federal, uma vez que nesta casa debatia-se que não seria crível que os integrantes da cúpula do Poder Judiciário brasileiro aposentassem aos setenta anos de idade diante do aumento da expectativa de vida e ainda com largo e robusto preparo intelectual para oferecer à sociedade.

Segue o segundo capítulo analisando o processo legislativo da Emenda Constitucional na Câmara dos Deputados, como a eventual ruptura do princípio da isonomia entre os



servidores públicos em geral, a necessidade de compor o judiciário com magistrados mais experientes, o crescente aumento da expectativa de vida dos idosos, momento no qual a norma ganha os contornos conferidos na sua promulgação.

E, por fim, o terceiro capítulo explora a interpretação sistemática e teleológica da norma, uma vez que deveria ser faculdade do ministro a sua permanência ou não no cargo por mais cinco anos, possibilitando-o a aposentadoria plena já aos setenta anos, debatendo, ainda, eventual conflito entre a Emenda e a nacionalização do Judiciário e colaciona as ações de mandado de segurança e ação direta de constitucionalidade proposta sobre o tema, esta última ainda sem julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva e mediante a exploração dos debates parlamentares ocorridos no processo legislativo da emenda em questão.

## **1. HISTÓRICO NO SENADO FEDERAL: ORIGEM DA NORMA**

No ano de 2014, os jornais mais importantes do Brasil noticiavam que estava em discussão, no Congresso Nacional, proposta de Emenda n. 457/2005 para alterar o limite de idade de permanência em cargos públicos, sendo que essa Emenda ganhou o nome de PEC da bengala.

Muito embora esse tema tenha sido frequentemente veiculado no ano passado, como já dito acima, a PEC da bengala já esta em discussão no congresso há muitos anos. O projeto surgiu no Senado Federal e foi uma ideia trazida pelo senador Pedro Simon no ano de 2003.

A ideia principal do senador, idealizador da proposta de Emenda, era a modificação do tempo de aposentadoria compulsória dos setenta anos para os setenta e cinco anos e,



naturalmente, numerosos foram os argumentos trazidos por ele para justificar essa modificação.

Logo, de início, se disse que os integrantes dos altos cargos pensantes do país, com o advento da idade, aumentam substancialmente seu preparo intelectual e adquirem largo tirocínio profissional e que, portanto, no auge da idade de sua qualificação profissional, deveriam permanecer no cargo para contribuir com suas experiências, uma vez que em se tratando de membros da magistratura, por exemplo, a justiça da decisão poderia ser melhor alcançada por alguém com maior vivência pessoal e jurídica.

Para o criador da proposta, não faz qualquer sentido que, no âmbito privado e, também, na atividade político partidária, indivíduos com idade bem superior aos setenta anos de idade permaneçam em pleno exercício de suas funções, sem que isso se constitua em impedimento mas, pelo contrário, traz segurança e credibilidade para a sociedade, enquanto que no serviço público, funcionários altamente qualificados sejam compulsoriamente afastados, simplesmente porque atingiram uma idade limite que a Lei entende como razoável.

A despeito da proposta ter sido para alterar dispositivos constitucionais relativos aos limites máximas de idade para a aposentadoria compulsórias do servidor público em geral, a ideia era alcançar a Magistratura, especificamente, pois segundo a proposta, a sociedade ganharia muito e "[...] nada mais apropriado à atividade jurisdicional que esta seja exercida por julgadores calejados e experimentados, pois sabemos que a letra inerte da Lei nem sempre é suficiente para estabelecer uma decisão ou sentença justas"<sup>1</sup>.

Importante frisar, neste momento, que essa proposta original, do senador Pedro Simon, não tinha por objetivo alcançar aqueles indivíduos que já tivessem atingido o tempo suficiente para se aposentarem, pois a permanência no cargo, após os setenta anos e já alcançado o

---

<sup>1</sup> BRASIL. Proposta de emenda à constituição nº 42/2003. Data 03.06.2003. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=58362](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=58362)>. Acesso em: 17 mai. 2015.



tempo de serviços necessários para se aposentar, seria uma faculdade para aqueles que desejassem permanecer no serviço público por satisfação pessoal.

Aliás, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado Federal, da relatoria do senador José Jorge, que votou pela aprovação da proposta de Emenda Constitucional, seguiu exatamente o entendimento segundo o qual a manutenção do cargo, após completado setenta anos de idade, e já alcançado o tempo de serviço "[...] não significa obrigar os servidores a permanecerem por mais tempo em seus postos". E concluiu afirmando que "[...] a proposta não atinge aqueles que podem requerer a aposentadoria com base no tempo de serviço, conforme observam os autores, na justificação, ao afirmarem que se constitui apenas numa faculdade para aqueles que querem permanecer no serviço público por satisfação pessoal [...]"<sup>2</sup>.

## **2. DEBATES NA CÂMARA DE DEPUTADOS**

Seguindo o curso natural do processo legislativo de uma Emenda Constitucional, a PEC da bengala foi enviada para a Câmara dos Deputados Federais que, de plano, na comissão especialmente designa para analisá-la, elencou questões de grande relevo que acabaram por refletir no texto final que deu origem à Emenda Constitucional n. 88/15.

Eis alguns desses pontos importantes: a) a aplicação da regra da compulsoriedade a partir de setenta e cinco anos somente para a magistratura e, não, para os servidores públicos em geral, seria inconstitucional, pois contraria o princípio Constitucional da isonomia (art.5º, CRFB); b) seria imprescindível a presença de magistrados experientes, pois garantiria, de certa forma, à sociedade sentenças juntas e consentâneas com os objetivos fundamentais preceituados no artigo 3º da Constituição Federal; c) com o crescente aumento da expectativa

---

<sup>2</sup> Ibid.



de vida do idoso e aumentado, por conseguinte, sua capacidade de produção e autonomia vital, não faz qualquer sentido a Constituição Federal determinar que indivíduos plenamente capazes e saudáveis se aposentem compulsoriamente aos setenta anos de idade e, por fim; d) suscitou-se, ainda, que é ilógico excluir da aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade, que antes era aos setenta anos, os desembargadores dos respectivos Tribunais de Justiça Estadual e dos Tribunais Regionais Federais.

Inicialmente, deve-se observar que a afirmação da Câmara de Deputados, segundo a qual aplicação da regra da compulsoriedade a partir de setenta e cinco anos somente para a magistratura quebra a regra Constitucional da isonomia, com todas as interpretações que podem ser feitas, não faz qualquer sentido. Segundo a Câmara:

A discriminação entre os agentes públicos que é feita pela PEC (...), é inconstitucional pois cria categorias diferenciadas, isto é, aqueles agentes públicos considerados de 1 classe são de imediato beneficiados pelo texto Constitucional e os demais, que constituem a maioria dos agentes públicos deverão submeter-se às disposições que serão formalizadas em Lei complementar<sup>3</sup>.

Contudo, será que a quebra da isonomia não seria exatamente o contrário do que faz crer a Câmara dos Deputados Federais? Veja que a PEC da bengala atingiria, inicialmente - antes da elaboração da Lei complementar a qual disciplinaria a aplicação da regra da compulsoriedade para os demais servidores públicos - os magistrados do STF, STJ, TST, TSE, STM e, também, ministros do TCU.

Em outras palavras, se estaria concedendo esse benefício de se aposentar compulsoriamente aos setenta e cinco anos de idade e, não, aos setenta anos de idade a um grupo de no máximo setenta agentes públicos, número que se extrai do somatório dos membros dos tribunais superiores citados acima, deixando de fora mais de 990 mil servidores públicos.

<sup>3</sup> BRASIL. Proposta de emenda à constituição nº 457/2005. Data 07.12.2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=298878>>. Acesso em: 17 mai. 2015.





Esse, aliás, foi o argumento principal do Juiz Presidente da AMB - Associação dos Magistrados do Brasil - que em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados disse que "o texto aprovado no Senado altera a idade para a aposentadoria compulsória de (...) setenta agentes públicos. E o mais intrigante é que se trata de um grupo de setenta agentes públicos de um universo de 990 mil 577 servidores que prestam serviços ao Executivo e Judiciário"<sup>4</sup>.

Logo, se há, de fato, uma inconstitucionalidade na Emenda Constitucional n. 88/15, essa não é por motivo de eventual contrariedade ao princípio da isonomia.

Num segundo momento, e seguindo a mesma ideia do Senado Federal, a Câmara de Deputados entende que a idade avançada do magistrado gera benefícios aos jurisdicionados, uma vez que sua experiência é capaz de produzir sentenças mais justas e equilibradas com a realidade social.

Outro argumento que surge diz respeito ao aumento da expectativa de vida do idoso. Segundo a Câmara dos Deputados, seria absurdo um magistrado se aposentar compulsoriamente aos setenta anos, já que ainda há capacidade produtiva e autonomia vital<sup>5</sup>.

Ao que tudo indica, a Câmara generaliza a ideia de que todos os indivíduos, hoje em dia, com mais de setenta anos, são cheios de vida e, portanto, capazes trabalhar indefinidamente<sup>6</sup>. Não se pode utilizar do argumento de que houve um aumento da expectativa de vida da população brasileira para, na sequência, obrigar um indivíduo com setenta anos de idade trabalhar arduamente, como se jovem fosse.

A regra Constitucional<sup>7</sup> que previa o limite de trabalho até os setenta anos de idade, além de ser uma norma que tinha por objetivo oxigenar o serviço público, possibilitando que

---

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2015. Art. 40



novos servidores integrem o corpo estatal, trazia consigo também um aspecto claríssimo de preocupação e cuidado com o ser humano. Não é correto obrigar uma pessoa que já contribuiu para com o Estado ficar mais cinco anos trabalhando intensamente.

Deve-se levar em conta, ainda, que normalmente a carga de trabalho nos tribunais superiores é bem maior que aquela existente em determinados varas cíveis de primeiro grau, por exemplo. O que se está querendo dizer é que não se pode tratar um indivíduo de mais de setenta anos de idade da mesma maneira que se trata aquele que acabou de ingressar na magistratura, por exemplo, sob pena de se ferir a dignidade daquele que já está idoso e que tanto trabalhou para alcançar um momento de tranquilidade em sua vida.

Note-se que a dignidade da pessoa humana<sup>8</sup>, à que se fez alusão anteriormente, não está ligada somente ao aspecto físico e mental desse indivíduo que está sendo obrigado a trabalhar até os setenta e cinco anos de idade mas, também, a chance que ele deve ter, caso assim seja de sua escolha, ingressar em outras carreiras, fazer parte de outros negócios. Impedi-lo de se aventurar em outras áreas do ramo jurídico ou iniciar uma sociedade empresária, por exemplo, é criar uma forma de escravidão no serviço público.

Questão ainda a ser debatida diz respeito à exclusão que a Emenda Constitucional n. 88/15 fez em relação aos desembargadores dos Tribunais de Justiça Estadual e dos Tribunais Regionais Federais os quais, diferentemente dos membros dos tribunais superiores, não serão compulsoriamente aposentados aos setenta e cinco anos de idade mas, sim, aos setenta anos.

Segundo a Justificativa dada à época pelo Deputado Federal Júlio Cesar:

[...] não há razão de se excluir da aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade os nobres Desembargadores dos Tribunais Estaduais e Federais, eis que igualmente aos Ministros elencados na Emenda original do Senado podem em muito contribuir para o êxito e bem julgar as ações demandadas aos seus respectivos Tribunais, haja vista suas vastas experiências adquiridas no decorrer desde o ingresso na Magistratura até seu posto de Desembargador<sup>9</sup>.

---

§1º [...]

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.215.

<sup>9</sup> BRASIL, op.cit., nota nº 03.



A despeito da Emenda Constitucional n. 88/15 prevê a aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade para os magistrados do STF, STJ, TST, TSE, STM e, também, ministros do TCU e levando-se em conta, ainda, que deverá ser criada Lei Complementar para a extensão da mesma regra para Juízes e Desembargadores, poderão os Estados, com fulcro no artigo 24, §3º da Constituição Federal<sup>10</sup>, exercer competência legislativa plena para atender suas peculiaridades.

O que se está dizendo é que um Estado da Federação poderá criar uma Lei própria disciplinando sobre a extensão da aposentadoria dos desembargadores de setenta para setenta e cinco anos de idade, já que poderá ele legislar plenamente na hipótese de ausência de Lei Complementar a qual, em regra, trás normas gerais sobre o novo instituto.

O Estado do Rio de Janeiro, indo na contramão do que se disse acima, elaborou a Emenda Constitucional n. 59/15, para reproduzir em sua Constituição Estadual a nova regra quanto a extensão do prazo de aposentadoria compulsória para setenta e cinco anos de idade.

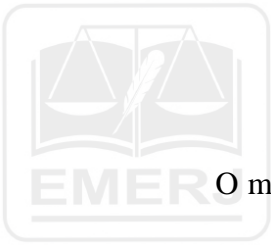
Observe-se que logo após o surgimento da Emenda Constitucional Estadual n. 59/15, foram propostas algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo que duas dessas foram iniciadas pela Associação dos Magistrados do Brasil (ADI n.5298) e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (ADI n.5304), que em seu bojo afirmaram, com veemência, entre outras coisas, que a já citada Emenda Constitucional do Estado do Rio de Janeiro viola a Constituição Federal em seus artigos 40, §1º, inciso II e artigo 93, inciso VI, uma vez que a Carta impõe que:

[...] o limite de idade para aposentadoria para o servidor público, não pode, nenhuma outra norma, contradizer o que lá está explícito. Não há margem para que se entenda de outra forma. A norma é clara e objetiva ao dispor como limite de idade para aposentadoria setenta anos e por isso deve ser respeitada e acolhida, inclusive pelas Constituições Estaduais<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:[...]

§ 3º Inexistindo Lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5316. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4771054>>. Acesso em 17 mai. 2015.



O ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu no dia 13 de maio de 2015 liminar para suspender a Emenda Constitucional n. 59/2015, publicada no Diário Oficial do Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro, que elevou em cinco anos a idade de aposentadoria compulsória de membros do Ministério Público e magistrados<sup>12</sup>. Confira-se a decisão:

[...] Tendo em vista a existência de precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADI n. 4.696 e ADI n. 4.698) concedendo liminar com eficácia retroativa (ex tunc) em situações idênticas à presente nestes autos, defiro o pedido liminar ad referendum do Plenário para: 1- suspender, com eficácia retroativa (ex tunc), o inciso VI, do art. 156, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como o art. 93 do ADCT da mesma Constituição estadual, ambos com a redação dada pela Emenda Constitucional n. nº 59, promulgada em 09.04.2015 e publicada no DOE de 10.04.2015; 2- suspender a tramitação de todos processos que envolvam a aplicação dos dispositivos normativos indicados no item 1 acima até o julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade; 3- declarar sem efeito todo e qualquer pronunciamento judicial ou administrativo que, com fundamento na EC n. 59/2015 à Constituição do Estado do Rio de Janeiro, assegure a qualquer agente público estadual o exercício das funções relativas a cargo efetivo após ter completado setenta anos de idade, nos termos do art. 40, § 1º, II, da Constituição da República [...].

Apesar de o Supremo Tribunal Federal, como visto anteriormente, ter suspenso em sede de liminar a eficácia Emenda Constitucional Estadual n.59/15, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de mandado de segurança, concedeu a um Desembargador, por via liminar, a permanência no cargo utilizando como parâmetro para a decisão a Emenda Constitucional n. 88/15.

Importante frisar que a decisão de concessão da liminar em mandado de segurança foi calcada na ideia de que:

[...] a Constituição de 1988, ao fixar a idade para a aposentadoria compulsória dos servidores das três esferas da Federação em setenta anos (art.40, §1º, II), não deixou margem para a atuação inovadora do legislador constituinte estadual, pois estabeleceu norma de observância obrigatória para Estados e Municípios<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> BRASIL. Órgão Especial do Tribunal de Justiça Do Rio de Janeiro. Mandado de Segurana n. 0022332-34.2015.8.19.0000. Relator Nildson Araújo da Cruz. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 17 mai. 2015.



Ainda que o argumento acima já tivesse sido suficiente para que se possa entender possível a imediata aplicação da nova disciplina trazida pela Emenda Constitucional n. 88/15 em âmbito estadual, a liminar em Mandado de Segurança, impetrado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro trouxe, no corpo de sua decisão, um trecho do julgamento da ADI n.4696 da lavra do Ministro Celso de Mello, que trata sobre o regime homogêneo em tema de aposentação, inclusive a compulsória, que se aplica tanto aos servidores públicos em geral, quanto aos magistrados, o qual afasta por completo qualquer teoria contrária a impossibilidade de aplicação da Emenda Constitucional n. 88/15 aos desembargadores dos Tribunais de Justiça Estadual e dos Tribunais Regionais Federais<sup>14</sup>. Veja-se:

Não se desconhece que a Constituição da República estabeleceu regime homogêneo em tema de aposentação, inclusive em matéria de aposentadoria compulsória, seja quanto aos servidores públicos em geral (CF, art. 40, § 1º, II), seja quanto aos próprios magistrados (CF, art. 93, VI).

Não cabe, pois, ao Estado-membro qualquer parcela de liberdade decisória para inovar em tema de aposentadoria compulsória, não podendo invocar, para tanto, a sua própria autonomia, sujeita, necessariamente, por efeito do que dispõe o art. 25 da Constituição da República, aos princípios e determinações que emanam do texto de nossa Lei Fundamental.

O tema ora em exame, considerado o regramento jurídico estabelecido pela vigente Constituição da República, pode ser unicamente disciplinado pelo Congresso Nacional (e por este, apenas) com fundamento em seu poder reformador, traduzindo, portanto, matéria passível de regulação, em sede estritamente constitucional, pelo Poder Legislativo da União.

Repisa-se que, no julgamento do dia 21 de maio de 2015, o Ministro Luiz Fux concedeu liminar nos autos da ação direta de inconstitucionalidade n. 5316<sup>15</sup> para suspender qualquer tipo de aplicação da emenda em comento aos desembargadores dos Estados por entendê-la inaplicável na espécie.

### 3. DA INTERPRETAÇÃO DA EMENDA

---

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> BRASIL, op.cit., nota nº 11.



Após a exposição dos debates travados no Senado Federal, casa originária da emenda em comento, e na Câmara de Deputados, chega-se ao texto normativo final para a interpretação dos destinatários fáticos da norma e da sociedade.

Assim, tem-se que a Emenda Constitucional n. 88/15 mantém a regra da aposentadoria compulsória descrita no art. 40, §1º, II, da CRFB/88<sup>16</sup> com idade de setenta anos para os servidores públicos, sejam eles federais, estaduais ou municipais, de qualquer dos Poderes, incluindo os magistrados dos Tribunais de segunda instância.

A exceção é conferida aos ministros de tribunais superiores e do tribunal de contas da União, já que desde a publicação da Emenda possuem a compulsoriedade da aposentadoria a partir dos setenta e cinco anos de idade.

Considerando que o presente artigo pretende trazer à baila as possíveis interpretações que poderão ser conferidas diante da alteração da norma constitucional, num estudo voltado apenas para o Poder Judiciário, importante passar a tratar das consequências jurídicas. É de fundamental importância a interpretação exegética dos dispositivos alterados pela Emenda Constitucional n. 88/15.

Destaca-se o ensinamento dado por Konrad Hesse<sup>17</sup> para melhor interpretarmos os fatos da vida à luz constitucional:

Se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

---

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota nº 07.

Art. 40 § 1º [...]

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos setenta (setenta) anos de idade, ou aos setenta e cinco (setenta e 5) anos de idade, na forma de Lei complementar.

<sup>17</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Martins Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p.136



O primeiro ponto é obrigatoriedade de exercer a função judicante até completar setenta e cinco anos para se obter os proventos integrais do benefício de aposentadoria. Ou seja, fundamentou o legislador reformador que o aumento da expectativa de vida, tornando o homem mais longevo, deveria ser condição para também prorrogar o prazo de tempo de serviço para o colegiado judiciário.

É certo que os tribunais superiores abarcam juristas com profundo conhecimento e saber jurídico e capacidade intelectual para muito contribuir para a sociedade. Contudo, a Emenda Constitucional n. 88/15 não deveria aprisioná-los por mais cinco anos para que obtenham a aposentadoria integral.

Desta forma, a pergunta norteadora é qual o sentido a ser conferido à Emenda Constitucional para àqueles que já completaram setenta anos, contribuíram de forma estenuante e intelectualmente para o país e desejam o benefício integral da aposentadoria. Essa pergunta tangencia a norma porque ao estudarmos os debates travados pelos representantes da democracia é latente que vontade do poder constituinte derivado reformador era conferir liberdade aos membros dos Tribunais Superiores para, caso desejassem, estendessem suas atividades até os setenta e cinco anos, sem constituir uma imposição ao ser humano o qual poderia ter o direito de gerir a sua vida de forma diferente após os setenta anos.

Com efeito, poderia ser afirmado o entendimento que não há direito adquirido à regime jurídico e, portanto, imperiosa será a continuidade no serviço público por mais cinco anos. Todavia, este argumento pode ser declinado quando a própria Emenda Constitucional n.88/15 confere diferenças de regime jurídico do ministro de tribunal superior e os demais integrantes do serviço público.

Ademais, o argumento de vida mais produtiva para o trabalho pode ser utilizado às avessas no sentido de se utilizar essa fase da vida para dedicação em outras atividades que não



a judicial num tribunal superior, cujas competências constitucionalmente estabelecidas são as de mais peso e relevância jurídica.

Sequer trouxe a Emenda Constitucional a possibilidade de adaptação gradual da norma, de forma a implementar esta aposentadoria compulsória de forma escalonada, como por exemplo um aumento no tempo de contribuição a cada ano, de forma a adaptar tanto os destinatários imediatos da norma como a sociedade.

Impende destacar também que a extensão da aposentadoria compulsória poderá impedir a inovação jurisprudencial na interpretação do ordenamento jurídico, bem como a renovação dos colégios judiciários, levando a lascas no princípio democrático. O poder da república deve ser exercido de forma temporária e a extensão no já longo prazo conferido ao Poder Judiciário, representante constitucional argumentativamente do cidadão<sup>18</sup>, ocasionaria uma manutenção de ideias não salutar para o regime democrático no qual se propõe a renovação constante de argumentos.

Solução a ser conferida para a prática dos Tribunais é o desembargador optante por não continuar exercendo a função judicante informar ao Tribunal ao qual está vinculado com, no mínimo, três meses de antecedência que não pretende utilizar o direito ao qual lhe foi garantido pela CRFB de permanecer mais cinco anos no cargo, de forma a não prejudicar eventual distribuição de processos para a câmara que trabalha.

A segunda questão a ser debatida é eventual conflito com a nacionalização do judiciário. Isto porque com o ingresso da Emenda Constitucional n. 45/04 no ordenamento jurídico, com a proposta de reforma do judiciário, conferiu-se à carreira magistratura uma característica una e nacionalizada, sendo o CNJ – Conselho Nacional de Justiça um

---

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 217, jul/set, 1999.





importante passo para essa concretização. Assim, não poderia haver diferenças com relação a ao tempo para aposentadoria compulsória entre os Ministros e os Desembargadores.

Neste sentido, surge o questionamento sobre a possibilidade de estender, sem a criação de Lei complementar nacional ou estadual, a aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos para os Juízes e Desembargadores, uma vez que a magistratura é carreira una.

Um possível posicionamento é que a nomeação dos ministros de Tribunais Superiores não guarda nenhuma pertinência com a carreira da magistratura, vez que de acordo com o art. 101 da CRFB<sup>19</sup>, por exemplo, determina que a escolha dos onze ministros vitalícios do Supremo Tribunal Federal é atribuição do Presidente da República, submetendo-o a sabatina pelo Senado Federal, sendo como única exigência é o candidato contar entre 35 e 65 anos de idade e notável saber jurídico e reputação ilibada.

De outra monta, pesquisa jurisprudencial revela se aproximar da ideia una da magistratura. Tem-se como exemplo o julgamento do Mandado de Segurança n. 0022332-34.2015.8.19.0000<sup>20</sup> pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que concedeu liminar para manter o desembargador que optou claramente por continuar a exercer a judicatura, senão vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DIREITO DO IMPETRANTE, DESEMBARGADOR INTEGRANTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

---

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota nº 07.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota nº 14.

Ainda é importante registrar o caráter nacional do Poder Judiciário, como tem declarado o Supremo Tribunal Federal, pelo que malferiria a Carta da República qualquer interpretação tendente a estabelecer interpretação arbitrária que desconsiderasse o tratamento isonômico que lhe é devido (Medida cautelar na ADI 3.854-1/DF, relator Ministro César Peluso). Destarte, na dicção do próprio Supremo Tribunal Federal, a norma regente do caso concreto é de observância obrigatória também para o Estado do Rio de Janeiro e a aposentação compulsória do impetrante aos setenta (setenta) anos de idade ensejaria flagrante violação à Carta Federal. Em suma, por haver norma constitucional vigente, aplicável também aos magistrados fluminenses por força do art. 93, VI, da Constituição Federal e tendo em vista o caráter nacional, uno e indivisível, da magistratura, cujos integrantes agora só se submetem à aposentação compulsória aos setenta e cinco (setenta e cinco) anos de idade e, considerando, como está provado pelo documento constante da pasta eletrônica 3 do anexo, que o impetrante completará 70 (setenta) anos no próximo dia 17 deste mês, restam manifestas a urgência do provimento pretendido e a plausibilidade do direito que pretende seja jurisdicionalmente tutelado desde logo.



FLUMINENSE, À APOSENTAÇÃO COMPULSÓRIA SOMENTE QUANDO COMPLETAR SETENTA E CINCO ANOS DE IDADE. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO E PERIGO QUE DECORRERIA DA DEMORA DE UMA TUTELA JURISDICIONAL. CARÁTER NACIONAL, UNO E INDIVISÍVEL DA MAGISTRATURA. A NORMA CONSTITUCIONAL VIGORANTE, AO ESTABELECE O LIMITE ETÁRIO DE SETENTA E CINCO (75) ANOS PARA A APOSENTADORIA COMPULSÓRIA, ALCANÇA O IMPETRANTE, PELO QUE SE PODE QUALIFICAR, PELO MENOS POR ORA, COMO BOM O DIREITO PARA O QUAL BUSCA A TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA.

Imperioso destacar que existem mais dois julgados<sup>21</sup> sobre a possibilidade de conferir a extensão dos cinco anos trazidos pela Emenda em comento para os desembargadores que

---

<sup>21</sup> BRASIL. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança n. 2091014-12.2015.8.26.0000. Relator Roberto Mortari. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 17 mai. 2015. Enfim, por força do princípio constitucional da igualdade, até que a Lei complementar a que faz referência o artigo 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, faz-se mister que seja reconhecido a todos os demais Magistrados, e não só aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, o direito de permanecerem no cargo até o novo limite de setenta e cinco (setenta e 5) anos de idade estabelecido para a aposentadoria compulsória.

\_\_\_\_\_. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Mandado de Segurança n. 0005603-84.2015.8.17.0000. Relator BARTOLOMEU BUENO. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/consulta/processual/2grau>>. Acessado em: 17 mai. 2015. [...] Sob esta ótica, compulsando os argumentos expendidos pelo impetrante, bem como os documentos que instruem a peça exordial, constata-se a plausibilidade do direito invocado pelo impetrante de sorte a autorizar a concessão da medida almejada. De fato, a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 88/2015, que dispôs a idade de setenta e cinco (setenta e 5) anos para aposentadoria compulsória, deve ser imediatamente implementada, sem que para tanto haja necessidade de vigorar Lei complementar para efetivação do que dispõe a referida Emenda Constitucional n. , levando-se em consideração o caráter nacional do Poder Judiciário. A bem da verdade, não há razão apta a justificar tratamento desigual entre membros integrantes da magistratura nacional, cuja carreira, como já salientado, reveste-se de caráter nacional, segundo preceito insculpido na própria Constituição da República. A propósito, convém lembrar que o referido postulado está em sintonia com a orientação firmada no âmbito da própria Corte Suprema do país, que reiteradamente se vale de tal ideia para censurar entendimentos nos quais seja dispensado tratamento desigual aos integrantes da magistratura. [...]

\_\_\_\_\_. Corte Especial do Tribunal de Justiça de Alagoas. Mandado de Segurança n. 0801696-85.2015.8.02.0000. Relator Desembargador Washigton Luiz Damasceno Feitas. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br>>. Acesso em: 17 mai. 2015. [...] De notar, claramente, que a nova redação dada ao art. 40, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n. 88/2015, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, elevando o tempo máximo de permanência para 75 (setenta e cinco) anos, não deve aguardar edição de Lei complementar, sendo imperativa implementação imediata, mormente porque, ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi acrescentado dispositivo (art. 100) que excetua da espera pela Lei complementar os Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União. Diz o dispositivo acrescentado à Constituição que tais agentes públicos poderão ser aposentados compulsoriamente somente aos 75 (setenta e cinco) anos, nas condições do art. 52, da própria Carta Magna. Logo, não é razoável tratamento desigual entre os membros da Magistratura Nacional e entre os Membros dos Tribunais de Contas do país, cujas carreiras se revestem de caráter nacional. É assim que disciplina a própria Carta da República. Tal como tratada a questão no âmbito da Emenda recém promulgada, cria uma discriminação inaceitável que a bem da verdade parece mais de caráter político do que de segurança jurídica. É o exercício do Princípio da Simetria. Parcela da doutrina constitucional, a pretexto de desvendar um significado supostamente oculto na jurisprudência, associa o princípio da simetria à ideia de que os estados, quando no exercício de suas competências autônomas, devem adotar tanto quanto possível os modelos normativos constitucionalmente estabelecidos para a União, ainda que esses modelos em princípio não lhes digam respeito por não lhes terem sido direta e expressamente endereçados pelo poder constituinte federal. É o que se vislumbra no caso em questão. A própria Corte Suprema, tratando e interpretando disposições ou situações peculiares, já



assim desejarem permanecer no caso, ambos sob o pálio do caráter nacional do Poder Judiciário impedir o tratamento desigual entre os membros da magistratura nacional, devendo a alteração normativa ser imediatamente implementada, sem a existência de uma justificativa jurídica forte para ir de encontro com o princípio da igualdade. Acredita-se que este será o posicionamento a ser seguido pelos tribunais estaduais, sem que haja uma espera por edição de Lei complementar federal ou estadual, conforme discutido anteriormente no presente estudo.

Terceira discussão encontra-se no art. 100, parte final dos ADCT com a novel redação conferida pela Emenda Constitucional em comento, uma vez que remete a aposentadoria às condições estabelecidas pelo art. 52 da Constituição<sup>22</sup>, ou seja, nova arguição pública pelo Senado Federal.

Remete a intenção do Congresso Nacional ao incluir esta parte na obrigação de nova sabatina no Senado, ferindo o texto constitucional desejo pelo poder constituinte ordinário que afirma ser essa aprovação conferida de forma prévia à nomeação do Ministro, condição para que o indivíduo ingresse no cargo e não saia deste.

Essa incongruência não passou despercebida pela Associação dos Magistrados Brasileiros que impetrou ação direta de inconstitucionalidade para questionar o trecho da emenda na parte que remete ao artigo 52 da Constituição ao argumento que o constituinte reformador mesclou critérios de acesso com critérios de continuidade ou permanência no cargo, violando frontalmente a garantia da vitaliciedade da magistratura<sup>23</sup>.

---

houve por decidir acerca do tema. São vastas as decisões nesse sentido do STF censurando e alterando entendimentos nos quais se dispensou tratamento desigual a membros da magistratura nacional. [...]

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota nº 07.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[..]

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;

b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;

<sup>23</sup> BRASIL, op cit., nota nº 07.



Com efeito, indica a existência de desproporcionalidade e desarrazoabilidade a norma que exigiria nova manifestação do ministro para a continuidade no cargo. Conforme defendido acima, a manifestação a ser interpretada era para expressar a sua permanência ou não no cargo após setenta anos, respeitada a aposentadoria integral a partir da idade da regra geral.

Por oportuno, essas são algumas das questões que serão debatidas nos meios jurídico, político e acadêmico, ciente que tais dúvidas merecem reflexão para uma interpretação da norma alteradora mais condizente com o sentido normativo, social e isonômico trazido pela Constituição de 1988.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que a norma da Emenda Constitucional n. 88/15 padece de questionamentos e pontos de inconstitucionalidades materiais, conforme destacado no texto.

Diante do seu recente ingresso no ordenamento jurídico, faz-se necessária uma interpretação pela sua aplicabilidade a todos os membros do Poder Judiciário e, também, e quanto a faculdade que aquele que já alcançou o tempo de serviço aos setenta anos de idade tem de escolher em permanecer no serviço público por mais cinco anos ou dele se desvincular aposentando-se com proventos integrais.

A despeito de todas as questões tratadas neste texto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.5316, suspendeu a aplicação da expressão “nas condições do artigo 52 da Constituição Federal”, contida no final do art.100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – com a redação intriduzida pela Emenda Constitucional n. 88/15, por vulnerar as condições necessárias ao



exercício imparcial e independente da função jurisdicional, ultrajando a separação dos poderes.

E, para que houvesse uma homogeneidade na aplicação deste novo entendimento da Suprema Corte, foi determinada a suspensão da tramitação de todos os processos que envolvam a aplicação da novidade para a aposentaria compulsória aos magistrados, declarando sem efeito qualquer pronunciamento judicial ou administrativo que tenha interpretado a Emenda com o propósito de assegurar a qualquer outro agente público o exercício das funções relativas ao cargo efetivo após os setenta anos de idade.

Desta forma, muitas interpretações estão por vir, cabendo ao operador do direito esperar a decisão final da Suprema Corte.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Tradução Luís Afonso Heck. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 217, jul/set, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Proposta de emenda à constituição nº 42/2003. Data 03.06.2003. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=58362](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=58362)>. Acesso: em 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Proposta de emenda à constituição nº 457/2005. Data 07.12.2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=298878>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5316. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4771054>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Órgão Especial do Tribunal de Justiça Do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança n. 0022332-34.2015.8.19.0000. Relator Nildson Araújo da Cruz. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança n. 2091014-12.2015.8.26.0000. Relator Roberto Mortari. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Mandado de Segurança n. 0005603-84.2015.8.17.0000. Relator BARTOLOMEU BUENO. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/consulta/processual/2grau>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Corte Especial do Tribunal de Justiça de Alagoas. Mandado de Segurança n. 0801696-85.2015.8.02.0000. Relator Desembargador Washigton Luiz Damasceno Feitas. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Martins Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.



## A SAÚDE SUPLEMENTAR: A INTERVENÇÃO E A REGULAMENTAÇÃO DO ESTADO

Claudia de Amorim Niemeyer de Farias

Graduada em Direito pela Universidade  
Cândido Mendes. Advogada.

**Resumo:** O artigo tem por objetivo reconstruir a trajetória do direito à saúde, principalmente, a prestada por meio de planos privados, definindo o atual cenário desse mercado, em razão da regulamentação advinda por meio da instituição da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Ademais, faz um paralelo com a saúde promovida por meio do Sistema Único de Saúde, que é de responsabilidade de todos os entes federativos, com enfoque em suas premissas e no Ressarcimento ao SUS. Por fim, propõe reflexão acerca das responsabilidades de seus agentes, Estado e Operadoras de Saúde, em função não só da nova conjuntura, mas também das decisões judiciais promovidas nesta esfera, com vistas à assegurar o direito à vida e à saúde, privilegiados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito à saúde. A Intervenção e Regulamentação Estatal. Responsabilidades do Estado e das Operadoras de Saúde Suplementar.

**Sumário:** Introdução. 1. O Direito Fundamental à Saúde. 2. A atuação intervencionista do Estado no mercado de Saúde Suplementar. 3. A redefinição das responsabilidades do Estado e das Operadoras de Saúde. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A Saúde Suplementar assumiu um papel de grande relevância na sociedade contemporânea, principalmente pela precariedade no atendimento e nos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Desta feita, é natural que, em havendo possibilidade econômico-financeira, os indivíduos, no intuito de se precaverem, contratem planos privados de saúde suplementar, para se salvaguardarem de eventuais infortúnios, ou mesmo para que possam atuar de forma preventiva.

Assim, torna-se previsível que os beneficiários de planos privados de saúde suplementar busquem a tutela específica perante o Poder Judiciário, quando estão diante de



negativas de coberturas, notadamente daquelas não previstas no Rol de Procedimentos Médicos da Agência Nacional de Saúde e/ou contrárias às disposições contratuais.

Nesse contexto, o Poder Judiciário ao ponderar os interesses envolvidos nas causas que lhe são postas a decidir, por vezes, acaba por conceder as tutelas de urgência, por considerar prevalente o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida e à saúde, o que indubitavelmente o são.

No entanto, é de se questionar se cabe aos Operadores desse mercado a responsabilidade pelo custeio integral de um serviço, por exemplo, não previsto no Rol de Procedimentos Médicos da ANS, principalmente quando este deveria ser prestado pelo Sistema Único de Saúde, haja vista ser do Estado a responsabilidade precípua de garantir à saúde a todos, indistintamente.

Portanto, o presente trabalho enfoca a análise da intervenção e a regulamentação do Estado no mercado de saúde suplementar, ou seja, na constante alteração das condições contratuais, que imputa aos Operadores desse mercado responsabilidades imprevistas no âmbito de sua atuação, como também lhes confere atribuições que deveriam ser do Estado.

Sendo assim, o primeiro capítulo desse trabalho analisará o direito fundamental à saúde sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente quanto à efetivação desse direito, cuja responsabilidade precípua é do Estado (artigo 196, *caput*, da Constituição Federal de 1988), mas que também poderá ser assumida, indiretamente, por pessoas jurídicas de direito privado, desde que sob o controle e a fiscalização por parte daquele.

No segundo capítulo, abordaremos a atuação do Estado no controle e regulamentação do mercado de Saúde Suplementar, em especial aquele exercido pelas Operadoras de Saúde, que cada vez mais vêm assumindo papel de grande relevância no contexto nacional.





Já no terceiro capítulo, será defendida a necessidade de serem repensados os papéis assumidos pelo Estado e pelas Operadoras de Saúde, mormente quanto às responsabilidades no custeio de procedimentos médicos não previstos no Rol de Procedimentos Médicos da Agência Nacional de Saúde – ANS, ou em desrespeito ao contrato de assistência médica/hospitalar celebrado entre as Operadoras e seus usuários.

Dessa forma, o objetivo do presente estudo é demonstrar a necessidade de serem redefinidos os papéis assumidos pelo Estado e pelas Operadoras de Saúde, no tocante à prestação do serviço saúde suplementar, tendo em vista se tratar de um mercado regulado, como também de ser do Estado a função precípua de prover saúde a todos, indistintamente.

## 1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à saúde somente passou a ser previsto como direito social na Carta Constitucional de 1988<sup>1</sup>; portanto, pode-se dizer que é um direito em formação, que vem ganhando contorno ao longo desses pouco mais de 25 anos.

A saúde está inserida no contexto da Seguridade Social, que se divide em: previdência social, assistência social e saúde<sup>2</sup>. Antes do advento da CRFB de 1988, o direito à saúde não era universal, haja vista que somente os que contribuía para a previdência social podiam se

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2015. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2015. Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.



valer de seus benefícios. Assim, aos demais, restava socorrerem-se das Santas Casas de Misericórdia<sup>3</sup>, no caso de uma eventualidade.

A inserção do novo direito decorreu da influência sobre o Constituinte Originário do *Welfare State*<sup>4</sup>, instaurando os direitos de segunda geração, tendo seu fundamento na necessidade de maior intervenção do Estado nas relações sociais, relegando, assim, o papel de Estado Liberal. Nessa esteira, houve a preocupação em se estender os direitos sociais da nova Carta Constitucional, aumentando-se, em contrapartida, o número de prestações positivas por parte do Estado.

A alocação do direito à saúde no seio da Seguridade Social foi muito oportuna, pois esta nada mais é que uma teia de segurança, um seguro, em que vigora o princípio da solidariedade, em que todos os agentes são chamados a participar, de forma a subsidiá-la, direta ou indiretamente. Daí se dizer que a Seguridade Social tem forma tríplice de custeio, que envolve contribuições dos empregadores, empregados e do próprio governo<sup>5</sup>. Diga-se, por oportuno, que essas contribuições têm natureza de tributo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>.

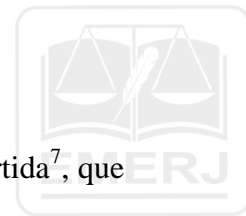
<sup>3</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Resumo de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p.2.

<sup>4</sup> *Welfare State* é o Estado de bem-estar social, sendo um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia.

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2015.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos; IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 146.733. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1534598>>. Acesso em: 14 mai. 2015.



Como todo seguro, também vigora na Seguridade Social a regra da contrapartida<sup>7</sup>, que tem por objetivo a manutenção do equilíbrio atuarial e financeiro. Por essa regra, entende-se que a criação de benefícios, ou mesmo sua ampliação, exige uma contrapartida financeira.

O direito à saúde, propriamente dito, está previsto no *caput* do artigo 6º e nos artigos 196 a 200, todos da CRFB/88, sem prejuízo de outras disposições nesse sentido. O artigo 196 da CRFB/88 preceitua: “A saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Da redação do artigo podem-se inferir duas considerações importantes.

A primeira delas é que se trata de um direito subjetivo universal, e que, no dizer do Ministro Celso de Melo<sup>8</sup>, deve ser avaliado sobre duas dimensões, a de direito coletivo, relacionada a políticas de caráter global, como, por exemplo, saneamento básico; e, de direito individual, que seria a promoção individualizada de saúde. Por segundo, que existe um federalismo de cooperação<sup>9</sup>. Assim, quando se lê Estado, deve se entender como todos os entes federativos, solidariamente, não só porque o SUS, por meio do qual o Ministério da Saúde promove suas ações, foi estruturado com caráter interestatal, mas em razão da atribuição comum a eles conferida pelo art. 23, inciso II, da CRFB/88<sup>10</sup>. Nesse sentido, o

---

7 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 mai. 201. Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) §5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR-RE 271.286. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+271286%2E+NUME%2E%29+OU+%28RE%2E+ACMS%2E+ADJ2+271286%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/ah6x5gl>>. Acesso em: 14 mai. 2015.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 627.

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2015. Art.

entendimento consignado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 195.192-3.

As ações e os serviços de saúde foram alçados ao patamar de relevância pública. O artigo 197 da CRFB/88<sup>11</sup> diz caber ao Poder Público a sua regulamentação, fiscalização, controle e execução, podendo esta última ser realizada diretamente ou por meio de terceiros, como também por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Em linhas gerais, o art. 197 da CRFB/88, quando permitiu a execução das ações e serviços de saúde por meio de terceiros, nada mais fez do que anuir com participação da iniciativa privada na assistência à saúde, desde que de forma complementar ao Sistema Único de Saúde e segundo suas diretrizes<sup>12</sup>.

É de se dizer que a iniciativa privada já atuava na prestação de assistência à saúde décadas antes da promulgação da nova Carta Constitucional. No entanto, após a sua vigência, ganhou caráter de complementariedade, pois passara a ser do Estado *lato sensu* a responsabilidade precípua e universal. Portanto, desde a CRFB/88, a saúde, no seu aspecto individual, é polarizada em setor público e setor privado.

Nesse contexto de complementariedade é que se inserem as Operadoras de Saúde *lato sensu*, sobre cujo enfoque será pautado o presente estudo.

---

23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2015. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2015. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.



Antes da CRFB de 1988, a atuação da iniciativa privada no mercado de saúde suplementar dava-se em um mercado não regulamentado, cujas cifras até hoje são elevadíssimas. Nem precisa dizer que os conflitos com os consumidores eram inúmeros, não só por serem comuns as práticas arbitrárias, mas pela ambiência de total autonomia da vontade privada. Obviamente que essa autonomia de vontade era mais fortemente representada por parte das Operadoras, restando ao consumidor - a parte mais fraca da relação, sujeitar-se aos contratos de adesão elaborados unilateralmente pelas Operadoras, sem qualquer parâmetro legal ou fiscalização por parte do Estado, desaguando, por fim, no Judiciário.

Em virtude desse cenário de insatisfação e em razão do comando contido no art. 197 da CRFB/88, houve-se por bem regulamentar o mercado de assistência à saúde privada, tendo o Estado optado por fazê-lo por meio de Agência Reguladora, papel esse exercido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Medida Provisória n. 1.928/99 posteriormente convertida na Lei n. 9.961/2000<sup>13</sup>.

A interferência governamental por meio de Agência Reguladora foi fundamental, pois se trata de autarquia dotada de regime jurídico especial, possuindo autonomia normativa, administrativa e financeira<sup>14</sup>.

Não obstante a criação da ANS apenas em 2000, o marco legal da assistência privada à saúde data de 1998, quando promulgadas a Lei n. 9.656/98 e a Medida Provisória n. 1.665/98, esta última com diversas reedições.

<sup>13</sup> BRASIL. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2015. Art. 1o É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2014, p. 96.



Por ora, destacar-se-ão alguns dispositivos das referidas legislações, importantes para definição do atual cenário da saúde privada no país.

A redação original do art. 35, § 1º, da Lei n. 9.656/98<sup>15</sup>, concedia prazo às Operadoras de Saúde para adaptação obrigatória dos contratos celebrados antes de sua vigência, tendo como objetivo a padronização dos instrumentos contratuais no mercado de saúde suplementar.

No entanto, antes mesmo do término do prazo conferido pela lei para adaptação dos contratos, foi editada Media Provisória n. 1.908-17, tornando-a opcional, e não mais obrigatória. Tal alteração deveu-se ao despacho favorável, conferido em caráter liminar, na ADI 1.931-8, em que se questionava a inconstitucionalidade da retroatividade da Lei n. 9.656/98, por entender ofensiva ao ato jurídico perfeito e o direito adquirido. A ADI perdeu seu objeto, nesse item em específico, mas não impediu que a ANS instituísse o Programa de Incentivo à Adaptação dos Contratos celebrados antes de 2 de janeiro de 1999.

Por sua vez, o art. 4º da Lei n. 9.961/2000, traz as competências conferidas à ANS, dentre elas, a de elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica, e suas excepcionalidades<sup>16</sup>.

O primeiro Rol de Procedimentos Médicos foi instituído pela Resolução CONSU n. 10, de 04 de novembro de 1998, tendo sido atualizado pela ANS inúmeras vezes, no uso das atribuições contidas no art. 4º, inc. III, da Lei n. 9.961/2000, art. 9º, inc. III, do Decreto n.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2015. Art. 35 Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada ao consumidor com contrato já em curso a possibilidade de optar pelo sistema previsto nesta lei. § 1º No prazo de até noventa dias a partir da obtenção da autorização de funcionamento prevista no art. 19, as operadoras de planos e seguros privados à assistência à saúde adaptarão aos termos desta legislação todos os contratos celebrados com os seus consumidores.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2015. Art. 4º Compete à ANS: [...] III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades.



3.327/2000 e art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/98, sendo atualmente representado pela Resolução Normativa n. 338, de 21 de outubro de 2013.

Da conjugação desses dois dispositivos, como de suas consequências, torna-se possível desenhar o seguinte cenário no mercado de saúde suplementar: I) existência de contratos celebrados antes de 02 de janeiro de 1999, não adaptados à Lei n. 9.656/98; II) existência de contratos celebrados antes de 02 de janeiro de 1999, adaptados à Lei n. 9.656/98; e, III) existência de contratos celebrados depois de 02 de janeiro de 1999, em conformidade com Lei n. 9.656/98.

Registre-se que referido Rol de Procedimentos Médicos representa o balizador das coberturas médicas aplicáveis aos contratos celebrados antes de 02 de janeiro de 1999, e adaptados à Lei n. 9.656/98, bem como aos contratos celebrados posteriormente a essa data; portanto, ambos em conformidade com o novo regramento. Já os contratos não adaptados, em regra, regem-se pelos seus próprios termos.

Será de acordo com esse cenário – saúde pública universal e saúde privada, em seus aspectos individuais, que serão analisadas a abrangência e a interferência estatal no mercado de saúde suplementar, principalmente em razão da existência de um corpo técnico, dentro do Executivo, apto a estabelecer as diretrizes desse mercado, haja vista o pleno conhecimento deste setor por parte desses especialistas.

## **2. A ATUAÇÃO INTERVENCIONISTA DO ESTADO NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR**



Como anteriormente mencionado, a intervenção estatal no mercado de saúde suplementar somente teve início no final dos anos 90, após décadas de atuação da esfera privada nesse setor, sem qualquer tipo de regulamentação.

Por mais que possa parecer dicotômico, o modelo escolhido para intervenção no mercado de saúde suplementar foi o de Agência Reguladora. Diz-se isso porque as Agências Reguladoras foram instituídas no Brasil como forma de modelo reducionista do Estado – não interventivo<sup>17</sup>. No entanto, como se tratava de um mercado à margem de qualquer tipo de regulação, mostrou-se louvável a escolha pela implantação desse tipo de modelo, haja vista conferir autonomia normativa e poder fiscalizatório à ANS, que a habilita a estabelecer *standards* operacionais e a conter as arbitrariedades antes cometidas pelas Operadoras de Saúde.

Esclareça-se que a autonomia normativa é a capacidade de editar atos normativos com conteúdo técnico, respeitados os requisitos previstos na legislação acerca da matéria<sup>18</sup>. Vê-se, assim, que o Estado teve a intenção de despolitizar o setor, conferindo ao corpo técnico da ANS a estipulação dos padrões técnicos a serem observados pelo mercado.

Registre-se que, aqui, passar-se-á ao largo da discussão doutrinária acerca da constitucionalidade do poder normativo ampliado por parte das Agências, pois o tema restringir-se-á às situações em que a competência normativa da ANS foi conferida por lei. Ou seja, o próprio legislador retirou a matéria do domínio da lei, passando-a ao domínio do poder regulamentar, em razão da técnica da deslegalização (ou delegifização)<sup>19</sup>.

O caráter fiscalizatório, por sua vez, decorre de sua autonomia administrativa clássica, sendo representado, exemplificativamente, pelo poder de polícia. Desta feita,

---

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2014, p. 93.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 97.





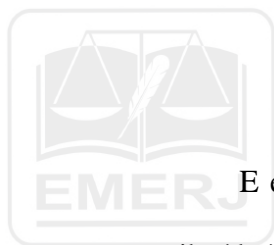
independentemente da existência de contratos privados de assistência à saúde celebrados antes de sua instalação e da vigência da Lei n. 9.656/98, em razão do poder fiscalizatório conferido à ANS, a esta também estarão sujeitos.

Veja, assim, que o mercado de saúde privada hoje é altamente regulado e fiscalizado, permitindo-se dizer que a intervenção estatal foi promissora no atingimento de seu objetivo inicial, que era a garantia da prevalência do interesse social e a busca do equilíbrio entre os agentes do mercado: consumidores, operadoras, prestadores de serviços e o SUS.

Embora o mercado de saúde privada esteja bastante amadurecido, ainda persistem algumas mazelas, como o tratamento não isonômico conferido aos seus beneficiários, principalmente daqueles cujos contratos foram celebrados antes de 02 de janeiro de 1999, e não foram adaptados à Lei n. 9.656/98, em comparação àqueles cujos instrumentos contratuais encontram-se sob a égide da referida lei. Nem se diga da discrepância de tratamento conferida aos usuários do Sistema Único de Saúde em relação aos beneficiários de planos privados de saúde.

Pode ocorrer, no entanto, que beneficiários de planos privados de assistência à saúde também sejam usuários do Sistema Único de Saúde, haja vista seu caráter universal. Em um primeiro momento, essa afirmativa pode soar estranha, resultando no seguinte questionamento: Por que um beneficiário de plano de saúde faria opção pelo SUS em detrimento dos serviços privados? E para tal pergunta não há uma resposta única, pois as razões podem ser as mais diversas, como: insuficiência de rede credenciada em determinados locais/regiões; negativas de coberturas, sejam elas procedentes ou não; atendimentos decorrentes de acidentes de trânsito; amplo reconhecimento em determinada área de especialidade; incidência de coparticipação; etc.

Em uma ingênua tentativa de agrupamento das possíveis razões, ter-se-ia o seguinte quadro fático: necessidade, autonomia privada de vontade ou determinação legal.



E é nesse contexto que se torna importante mencionar outra competência importante atribuída à ANS, a de estabelecer normas para o Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS<sup>20</sup>.

O Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde está previsto no art. 32 da Lei n. 9.656/98, consistindo na obrigatoriedade das Operadoras de Saúde de ressarcirem o SUS sempre que seus beneficiários se utilizarem de sua estrutura, ou das instituições conveniadas, para realização de procedimentos cobertos pelo contrato<sup>21</sup>, sob a alegação de vedação ao enriquecimento sem causa.

Por certo que a previsão de Ressarcimento ao SUS gerou grande insatisfação no mercado privado de saúde, que vem sustentando sua inconstitucionalidade, por considerar: I) a atuação do mercado privado de saúde de caráter complementar; II) configurada a interferência na livre iniciativa, assegurada pelo art. 199 da CRFB/88; III) representada nova fonte de custeio para a Seguridade Social, sendo matéria reservada à edição de Lei Complementar; e, IV) violado o princípio da irretroatividade das leis, somente podendo incidir nos contratos celebrados após 02 de janeiro de 1999<sup>22</sup>.

Apesar do STF vir reafirmando a constitucionalidade do art. 32 da Lei n. 9.656/98, foi reconhecida a repercussão geral do tema, estando pendente de análise por parte do Plenário da Corte<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2015. Art. 4o Compete à ANS: (...) VI - estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS.

<sup>21</sup> BRASIL. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2015. Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.931-8. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347335>>. Acesso em: 14 mai. 2015.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-RG 597.064. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621168>>. Acesso em: 14 mai. 2015.



A título de informação, desde a instauração da ANS até o final de 2014, já haviam sido arrecadados mais de R\$ 670 milhões a título de ressarcimento ao SUS<sup>24</sup>, valores estes apurados e pagos de acordo com regras de valoração aprovados pela própria Agência. Não se pode olvidar que as cifras pendentes de pagamento também são igualmente expressivas, justificando, por si só, o reconhecimento da repercussão geral sobre o tema.

Outra forma de interferência no mercado de saúde suplementar advém do Poder Judiciário, ao que se denominou de judicialização do direito à saúde<sup>25</sup>.

É inegável que o acesso ao judiciário ganhou novos contornos após a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. No tocante às tutelas de saúde, estudo realizado pelo Estado de São Paulo evidenciou que, em geral, as pessoas beneficiadas pela intervenção do Poder Judiciário são aquelas que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação<sup>26</sup>.

Diante dessa afirmativa, não é difícil concluir que o número de demandas de saúde propostas por beneficiários de planos privados também é representativo, mesmo diante do atual quadro regulatório e fiscalizatório. E, assim como ocorre na saúde pública, as razões justificadoras são as mais diversas, passando por questões revestidas de caráter extremamente complexo e relevante, até aquelas de cunho meramente burocrático.

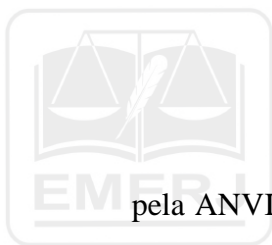
A título de exemplo, têm-se: I) negativa de cobertura para determinada marca de material e/ou medicamento, sendo fornecido outro similar; II) negativa de procedimentos não previstos no Rol de Procedimentos Médicos da ANS ou no próprio contrato; III) negativas de fornecimento de medicamentos não previstos na lista do SUS, sejam eles aprovados ou não

---

<sup>24</sup> Disponível em: [www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/integracao-com-o-sus/2755-nota-da-agencia-nacional-de-saude-suplementar-sobre-ressarcimento-ao-sus](http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/integracao-com-o-sus/2755-nota-da-agencia-nacional-de-saude-suplementar-sobre-ressarcimento-ao-sus). Acesso em: 16 de mar. 2015

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 608.

<sup>26</sup> Ibid., p. 631.



pela ANVISA; IV) exigência de apresentação de relatórios médicos; V) demora na liberação das senhas autorizativas; VI) negativa de materiais de uso permanente etc.

Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário ponderar os interesses envolvidos nas causas que lhe são postas a decidir, e o que se vê, em regra, é o Judiciário decidindo favoravelmente aos beneficiários dos planos de saúde, por considerarem prevalentes o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida e à saúde, o que não se nega. No entanto, é importante se refletir sobre a perspectiva futura dessas decisões, o que, diga-se, vem sendo colocado em prática pelos setores envolvidos, a exemplo da criação pelo CNJ, por meio da Resolução n. 107/2010, do Fórum Nacional do Judiciário para a Assistência à Saúde. Isso porque, por vezes, está se beneficiando um indivíduo em detrimento de uma coletividade.

Por certo que os reflexos econômicos dessas decisões, bem como da nova regulamentação, já aparecem no mercado de saúde complementar, como a dificuldade em se realocar no mercado os beneficiários advindos de Operadora de Saúde em fase de liquidação; a ausência de comercialização de planos individuais por parte das grandes Operadoras; a eclosão de planos coletivos por adesão, que admitem reajustes não controlados pela ANS; a quase impossibilidade de contratação de planos privados pelas pessoas idosas, em razão de seus altos custos etc.

Portanto, é de questionar se, completados 15 anos de regulação, talvez não seja a hora de se repensar o mercado de saúde complementar, nas benesses e também nas perdas de seus vários agentes, questionando-se, principalmente, o novo papel conferido às Operadoras de Saúde, que, por muitas vezes, vêm assumindo responsabilidades que seriam do próprio Estado.

### **3. A REDEFINIÇÃO DAS RESPONSABILIDADES DO ESTADO E DAS OPERADORAS DE SAÚDE**



O direito à saúde surge no bojo dos direitos de segunda geração, também chamados de direitos sociais. Os direitos de segunda geração são decorrência do descaso do Estado Liberal com os problemas sociais, visto se tratar de um Estado absenteísta, que tinha por objetivo a não intervenção na esfera individual.

No entanto, em função de diversos fatores, como a crescente industrialização, a migração do homem do campo para as cidades, o crescimento demográfico, dentre outros, o Estado viu-se impulsionado a assumir deveres perante a sociedade, a fim de suprir-lhes as angústias. Os direitos sociais não são propriamente direitos coletivos, mas direitos ligados à justiça social<sup>27</sup>.

A justiça social é um dos princípios do Estado Democrático de Direito<sup>28</sup>, em cujos fundamentos encontram-se a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa<sup>29</sup>.

O princípio da justiça social é um princípio norteador da ordem econômica e também da ordem social, caracterizado nos artigos 170, *caput* e 193 da CRFB/88. No entanto, no dizer de José Afonso da Silva, isso não quer dizer que a CRFB/88 tenha prometido uma transição para o socialismo. Para o respeitável publicista, a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social<sup>30</sup>.

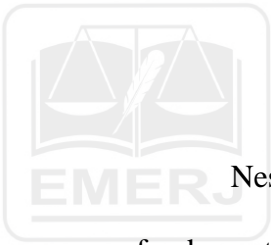
---

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.

<sup>28</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 122.

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 mar. 2015. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]

<sup>30</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 122



Nessa esteira é que o direito à saúde, atualmente, encontra-se no rol de direitos fundamentais, representando um direito a uma prestação positiva por parte do Estado. A contrapartida estatal está em garantir que o indivíduo possa exercer o direito à saúde com a máxima efetividade, mesmo porque tal direito tem relação intrínseca com o direito à vida, ou seja, o Estado deve permitir ao indivíduo condições dignas de saúde para realização de seu direito mais fundamental, que é viver. Aqui, vê-se estampado a representação do princípio da dignidade da pessoa humana, inspirador dos típicos direitos fundamentais<sup>31</sup>.

Todavia, o Estado promove a saúde por meio de políticas sociais e econômicas<sup>32</sup>. Essas políticas públicas são exercidas por meio de escolhas alocativas, haja vista a escassez de recursos e, *in casu*, da própria evolução da medicina. Isso porque o modelo de Estado proposto pelo *Welfare State*, em que vigorava a tese da superioridade dos direitos sociais<sup>33</sup>, não se mostrou sustentável, em razão da elevada demanda de recursos necessários à efetivação de todos os direitos fundamentais. Portanto, atualmente, defende-se a aplicação da tese do mínimo existencial, desenvolvida na Alemanha por Robert Alexy (2008), em que se procura atribuir maior relevância a alguns direitos sociais, de forma a garanti-los diante da limitação de recursos.

---

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 140.

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 mar. 2015. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>33</sup> A tese da superioridade dos direitos sociais, de feição nitidamente socialista, vingou entre o fim do século XVII e início do século XVIII, momento em que as ideias socialistas estiveram em alta, imbuídas, sobretudo, pelos ideais que nortearam a Revolução Industrial. Seus defensores ressaltavam os direitos sociais sobre os direitos fundamentais individuais, atribuindo aos direitos sociais a nomenclatura de “direitos fundamentais sociais”, plenamente “justiciáveis”, isto é, podendo ser exigidos de forma judicial independentemente da atuação legislativa. Vigorava a máxima efetividade dos direitos constitucionais, os quais constavam de cláusulas genéricas.



É nesse contexto de políticas públicas e de mínimo existencial que merece destaque a STA 175, em que o STF estabeleceu parâmetros para solução judicial de casos concretos que envolvem direito à saúde<sup>34</sup>.

Valendo-se de experiência adquirida por meio de audiências públicas<sup>35</sup>, o STF esquematizou alguns padrões, partindo de uma importante premissa inicial, a preexistência ou não de uma política pública. Tal entendimento justifica-se na medida em que não cabe ao Judiciário formular políticas públicas, mas sim assegurar a aplicação dos ditames constitucionais de acesso universal e igualitário<sup>36</sup>, sem, contudo, onerar sobremaneira o orçamento público.

Oportuno relembrar que o direito à saúde está inserido no contexto da Seguridade Social, remetendo a ideia de seguro, em que vigora o princípio da contrapartida, que estabelece que nenhum benefício ou serviço será criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio.

Veja, então, que nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos, inclusive o direito à saúde. Ao Estado cabe maximizar a efetivação desses direitos mediante recursos limitados, valendo-se para tal da aplicação do princípio do mínimo existencial.

Transmutando esses conceitos para o mercado de saúde suplementar, forçoso concluir que as decisões acerca das demandas de saúde, inerentes aos seus beneficiários, também devem observar alguns parâmetros, partindo-se da premissa inicial de existência ou não de cobertura prevista em contrato e/ou na lei (a depender da data de celebração do contrato, e se este foi adaptado à Lei n. 9.656/98). Sem parâmetros mínimos, haverá grande

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 639.

<sup>35</sup> BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoregimentointerno/anexo/ristf\\_mai\\_2013\\_versao\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoregimentointerno/anexo/ristf_mai_2013_versao_eletronica.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2015. Art. 21. São atribuições do Relator: (...) XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 630.



comprometimento econômico-financeiro de seus agentes. Aqui, usa-se a terminologia agentes na medida em que não são só as Operadoras de Saúde as prejudicadas, mas também o potencial consumidor, os médicos, prestadores de serviços etc.

Por certo que o princípio da dignidade da pessoa humana é base dos direitos fundamentais. Todavia, a CRFB/88 também assegura a ordem econômica e a ordem social, sendo também atribuída especial posição ao ato jurídico perfeito, inserto em seu artigo 5º, inciso XXXVI<sup>37</sup>. Não se pode olvidar que os elementos-surpresa que atingem os contratos em seu pleno curso, em razão de sua natureza de trato sucessivo, representam insegurança jurídica para as Operadoras de Saúde, que, assim como a Seguridade Social, precisam manter equilibrados seus custos e atuária.

Existe, entretanto, um grande diferencial entre a Seguridade Social e a Saúde Privada, que é a fonte de custeio.

No âmbito da saúde privada vigora o princípio do mutualismo, que pressupõe a contribuição por parte de todos os beneficiários para a formação de um fundo comum, sendo este fundo que suportará o pagamento dos sinistros. Portanto, em tese, as Operadoras de Saúde não arcarão com os custos de saúde com os seus lucros, mas com recursos do referido fundo comum. Já no âmbito da Seguridade Social vigora o princípio da solidariedade, tendo fonte tríplice de custeio, que envolve contribuições dos empregadores, empregados e do próprio governo, cuja natureza é de tributo.

Assim sendo, os prêmios e/ou mensalidades que custeiam o fundo comum dos planos privados são fruto de contribuição de seus próprios beneficiários, baseado em estudo atuarial

---

<sup>37</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2015. artigo 5º, inciso XXXVI - 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: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.





que considera o perfil etário, as coberturas contratuais, os fatores de risco etc., já a seguridade social é constituída por contribuições de toda a sociedade, que também leva em conta esses mesmos fatores, mas que tem a prerrogativa de alterar as regras do jogo, a seu favor, no curso do processo, a exemplo da Medida Provisória nº 664/2014<sup>38</sup>.

Nesse diapasão, é de fácil percepção o impacto das regulações e das decisões judiciais inovadoras no âmbito da saúde privada, uma vez que interferem no curso regular do contrato, podendo ocasionar grande desequilíbrio atuarial, de forma a ruir com o fundo comum. Aqui, deve-se entender por inovadoras, aquelas que fogem ao previsto em contrato, abrangendo não só as coberturas, mas também os meios de regulação, que são amplamente permitidos e controlados por parte da ANS.

Importante reiterar que, com a vigência do marco regulatório na área da saúde privada, foi possibilitado aos seus beneficiários adaptarem seus contratos, cuja prerrogativa ainda é concedida periodicamente, por meio de ações implementadas pela ANS e Operadoras de Saúde. Dito isso, é de se registrar que o princípio da boa-fé objetiva deve nortear não só as ações por parte das Operadoras de Saúde, mas também dos próprios beneficiários, de forma a agirem preventivamente, adequando seus contratos às normas em vigor, ou mesmo contratando planos que melhor se adequem a sua realidade.

Repensando as responsabilidades que vem sendo assumidas pelas Operadoras de Saúde, em especial quando são compelidas a prestarem serviços e coberturas não previstas em contrato e/ou na própria lei, bem como contrárias aos meios de regulação, é que se propõe o presente estudo.

Isso porque, mais uma vez, trata-se de um mercado atualmente regulado, por meio de Agência instituída pelo Executivo, apta a estabelecer os *standards* a serem observados pelos

---

<sup>38</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm). Acesso em: 16 jun. 2015.



seus agentes. Além disso, é responsabilidade precípua do Estado *lato sensu* prover o direito à saúde indistintamente, mesmo que dentro de políticas públicas previamente estabelecidas e do princípio do mínimo existencial.

Diante disso, questiona-se se as operadoras de saúde, diante de decisões judiciais que as compelissem a suportar ônus maior do que o contratado pelo beneficiário, não poderiam ser ressarcidas pelo Estado, por terem assumido obrigação que seria de sua responsabilidade.

A resposta para tal questionamento tende a ser afirmativa, não só pelas premissas anteriormente consideradas, mas também por estarem as Operadoras de Saúde obrigadas, mesmo que por decisão liminar, a ressarcir o Sistema Único de Saúde – SUS, quando este arca com ônus de procedimentos cobertos pelos contratos, realizados por beneficiários de planos de saúde.

## CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, que o direito à saúde alçou *status* constitucional apenas na carta de 1988, sendo-lhe atribuído caráter de relevância e universalidade, com provimento precípua do Estado *lato sensu*. Ainda assim, permitiu-se que particulares permanecessem atuando nesse mercado, mesmo que de forma complementar. No âmbito das Operadoras de Saúde, a atuação passou a ser regulamentada e fiscalizada por meio da ANS, que tinha como um de seus propósitos o de estabelecer *standards* de atendimento e de comercialização de produtos, a fim de estabilizar os impactos perante os consumidores. No entanto, com o advento da regulação, o mercado de saúde suplementar restou dividido em contratos celebrados antes de 01 de janeiro de 1999, adaptados ou não, e os celebrados após essa data.



O novo padrão de mercado de saúde suplementar, regulamentado e fiscalizado, ainda não teve o condão de estabilizar as relações entre os agentes envolvidos. Não obstante além da preexistência de dois públicos diversos – aqueles que têm planos privados e os que são atendidos pelo SUS –, ainda criou diferenças abissais entre os consumidores de mesma categoria – planos de saúde. A implementação do Ressarcimento ao SUS tenta minimizar o impacto dos custos decorrentes de procedimentos cobertos pelos contratos privados, mas que, por razões inúmeras, foram realizados por seus beneficiários às custas do Estado. Por outro lado, o amplo acesso ao judiciário, por vezes, possibilita que os mesmos beneficiários de planos privados tenham assegurados procedimentos não previstos em contrato (ou ainda não acessíveis, em razão da carência, por exemplo), em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, o que se convencionou chamar de judicialização à saúde.

Não obstante o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental, amplamente prestigiado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, reconhece-se, atualmente, a necessidade de se repensar a sua forma de prestação, haja vista que a promoção Estatal exige a elaboração de políticas públicas, que se baseiam em medidas alocativas, em razão da escassez de recursos. Na saúde privada, o procedimento é similar, pois também vigora a tese da contrapartida, ou seja, o fundo comum, formado pelas prestações de seus beneficiários, deve ser apto a arcar com os custos dos procedimentos demandados. Não só. Necessário que esse mesmo fundo comum seja suficiente para custear o Ressarcimento ao SUS e as decisões judiciais que possibilitam a realização de procedimentos não cobertos, ou fora dos padrões contratuais, estas em nome de um bem maior, a vida. Assim, fica a reflexão acerca da possibilidade de as Operadoras de Saúde demandarem o Estado, a fim de ressarcirem o fundo em questão, em razão do custeio de procedimentos não previstos em contrato (ou ainda não acessíveis), haja vista a atual regulamentação e de ser deste a responsabilidade precípua pelo provimento à saúde.



## REFERÊNCIAS

AGENCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Adequação de Planos Antigos. Histórico da regulação. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. Código Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/integracao-com-o-sus/2755-nota-da-agencia-nacional-de-saude-suplementar-sobre-ressarcimento-ao-sus>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 3.327, de 05 de janeiro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória n. 664, de 30 de dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2015.

CARUGGI, M. B. Judicialização da Saúde, Parte I: Saúde Suplementar no Direito Brasileiro. Judicialização da Saúde. *Saúde Suplementar*. Rio de Janeiro, RJ, 2012. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaodasaude\\_323.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaodasaude_323.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2015.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Constitucional Positivo*. 27. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Resumo de Direito Previdenciário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MONTONE, Januário. *O Impacto da Regulamentação no Setor de Saúde Suplementar*. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/ans/serie\\_ans1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/ans/serie_ans1.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães de. *Teoria do Mínimo Existencial como fundamento do Estado Democrático de Direito – Um diálogo na busca de uma Existência digna*. Rio Grande do Norte, RN, v. 14, n. 2, 2012. Disponível em: < file:///C:/Users/Newton/Downloads/414-1688-2-PB%20(1).pdf >. Acesso em: 10 abr. 2015.

SHIH, Frank Larrúbia. *Os Princípios do Direito Securitário: uma nova visão sobre o tema à luz do novo Código Civil*. Disponível em: < file:///C:/Users/Newton/Downloads/frank\_larrubia\_principiosdodireito%20(1).pdf >. Acesso em: 10 abr. 2015.



## A EXCLUSÃO DO CONDÔMINO ANTISSOCIAL NO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Daniele Maghelly Menezes Moreira

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** Nos condomínios edilícios, dada a proximidade das unidades autônomas e do necessário convívio nas áreas comuns, devem ser adotadas medidas que prezem pela paz entre os vizinhos. Nesse aspecto, cabe analisar se, diante de comportamentos graves e reiterados, é viável a exclusão do condômino antissocial do condomínio edilício. A essência do trabalho é expor as limitações do direito de propriedade em razão de sua função social, abordar o conceito de “condômino antissocial” e analisar a possibilidade de sua exclusão do condomínio edilício.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Direitos reais. Direito de Vizinhança. Condomínio edilício. Direitos e deveres do condômino. Exclusão do condômino antissocial.

**Sumário:** Introdução. 1. Limitações do exercício da propriedade em função do direito de vizinhança. 2. Argumentos favoráveis à viabilidade da exclusão do condômino antissocial 3. Argumentos contrários à possibilidade de exclusão do condômino antissocial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

No presente artigo será abordada a viabilidade da exclusão do condômino antissocial no âmbito do condomínio edilício. Para tanto, será necessária a análise da noção tradicional do direito de propriedade, bem como das atuais limitações desse direito em razão da boa-fé objetiva, da função social da propriedade e do direito de vizinhança.

A relevância do tema deve-se ao fato de a matéria ainda não comportar solução pacífica na doutrina e na jurisprudência. Destaca-se a importância social da questão na



medida em que são frequentes as discussões que envolvem direito de vizinhança e inúmeras pessoas optam pelo condomínio edilício como forma de moradia.

O Código Civil de 1916 não tinha qualquer referência ao condomínio edilício, mas apenas ao condomínio legal e ao condomínio voluntário. Em 1916 não havia déficit habitacional nas cidades, o solo era acessível a quem se dispunha a construir uma casa na cidade.

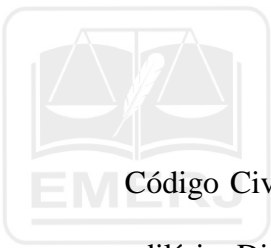
Essa situação fática, contudo, foi alterada a partir da década de 1930, ocasião em que o país começou a se industrializar e, com isso, as cidades começaram a crescer, atraindo a população rural. Grandes contingentes do campo vieram para as cidades e, com isso, o solo urbano valorizou-se.

Os recém chegados à cidade não tinham condições de adquirir um terreno e a solução encontrada foi uma espécie de “empilhamento de casas”, de forma que um só terreno pudesse comportar diversas famílias, reduzindo o custo das moradias. Com isso, as cidades cresceram verticalmente, mudou-se o perfil urbano.

Essa mudança, contudo, trouxe um grande problema: não havia um regime legal para disciplinar essa nova modalidade de moradia. A disciplina legal do condomínio edilício apenas surgiu em 1964 com a Lei n. 4.591.

Hoje as questões atinentes ao condomínio edilício estão reguladas no Código Civil de 2002. O tema, todavia, ainda comporta diversas discussões, dentre as quais se destaca a possibilidade da exclusão do condômino antissocial.

Para enfrentar a matéria cabe indagar qual a abrangência do termo “antissocial” e em que medida o comportamento tido por antissocial poderá ser sancionado. Muito embora seja cabível a aplicação de multa ao condômino antissocial, por expressa dicção do art. 1.337 do



Código Civil<sup>1</sup>, a legislação é silente quanto à ao cabimento de sua exclusão do condomínio edilício. Diante desse silêncio normativo, o tema fica a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Objetiva-se, por meio do método bibliográfico e descritivo, discutir se, depois de esgotadas as demais medidas repreensivas sem êxito, o condômino antissocial poderia ser privado da convivência condominial por conta de suas condutas reiteradas e intoleráveis.

## **1. LIMITAÇÕES DO EXERCÍCIO DA PROPRIEDADE EM FUNÇÃO DO DIREITO DE VIZINHANÇA**

A Constituição da República não assume apenas a condição de ápice normativo do sistema jurídico, mas de verdadeiro vetor axiológico para os demais ramos do direito. Os tradicionais institutos do Direito Civil deverão ser relidos a fim de se coadunar com o arcabouço principiológico que emana da Constituição da República. Deve-se abandonar a feição patrimonialista tradicional para se buscar soluções que prestigiem a pessoa humana e o bom convívio social.

A tradicional concepção de autonomia da vontade, típica do liberalismo, hoje cede lugar à chamada autonomia privada, que consiste na vontade limitada pela função social. Embora não se negue que a pessoa possa perseguir seus interesses individuais, seu comportamento não pode se dar à revelia dos interesses coletivos. A título exemplificativo, a despeito de ser lícito ao proprietário usar, gozar, fruir e dispor de sua propriedade<sup>2</sup>, se o bem

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código Civil*. Artigo 1.337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 29 set. 2014.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código Civil*. Artigo 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 13 out. 2014.





não cumprir sua função social ele poderá sofrer desapropriação urbanística<sup>3</sup> ou desapropriação para fins de reforma agrária<sup>4</sup>.

Para que se atenda a função social da propriedade não basta que o bem seja usado, para fins de moradia, de exploração econômica ou de prestação de um serviço socialmente relevante, impõe-se uma utilização adequada. A utilização da propriedade deve se dar conforme um padrão ético de comportamento, segundo a boa-fé objetiva, sob pena de se incorrer em abuso de direito<sup>5</sup>.

No âmbito do direito de vizinhança, a função social da propriedade é exteriorizada pela necessidade de se manter o uso normal da propriedade, por meio da manutenção da segurança, da saúde e do sossego dos vizinhos, conforme dispõe o art. 1.277 do Código Civil<sup>6</sup>. Segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>7</sup>:

As regras que constituem o direito de vizinhança destinam-se a evitar conflitos de interesses entre proprietários de prédios contíguos. Têm sempre em mira a necessidade de conciliar o exercício do direito de propriedade com as relações de vizinhança, uma vez que sempre é possível o advento de conflitos entre os confinantes.

Mais especificamente no condomínio edilício, diante da multiplicidade e da proximidade das unidades autônomas, a questão da utilização conforme a função social da

---

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 182, § 4º, inciso III. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 13 out. 2014.

<sup>4</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 13 out. 2014.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código Civil*. Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 13 out. 2014.

<sup>6</sup> Ibid. Artigo 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 13 out. 2014.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 5: Direito das Coisas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 333.



propriedade se sobreleva, na medida em que o comportamento antissocial de um condômino pode dar causa a uma convivência condominial insuportável. Diante dessa especial relevância, o legislador elencou expressamente como dever do condômino o de não utilizar sua unidade de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes<sup>8</sup>.

A despeito de se pregar a tolerância na relação entre condôminos como forma de apaziguar pequenos conflitos, não há como se defender que condutas que ultrapassem o liame do razoável possam ser ignoradas. No caso de comportamento grave reiterado, que prejudique os demais condôminos, deverão ser adotadas medidas progressivamente restritivas para coibir a atitude do condômino.

Em observância a tal progressão, o artigo 1.337, caput § 2º, do Código Civil<sup>9</sup> dispõe que o condômino que reiteradamente fizer uso anormal de sua propriedade poderá ser submetido ao pagamento de multa de até cinco vezes o valor da contribuição condominial mensal, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes e conforme a gravidade das faltas e sua reiteração, sem prejuízo das perdas e danos. Se tal medida, todavia, não for suficiente para afastar o comportamento antissocial, poderá ser cominada multa de até dez vezes o valor da contribuição para as despesas condominiais<sup>10</sup>.

A grande questão é saber se diante dessa gradação na aplicação das sanções, poderia haver a exclusão do condômino antissocial do edifício edilício caso a imposição de multa não

---

<sup>8</sup> BRASIL. *Código Civil*. Artigo 1.336, inciso IV. São deveres do condômino: IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 13 out. 2014.

<sup>9</sup> Ibid. Artigo 1.337, caput. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 13 out. 2014.

<sup>10</sup> Ibid. Artigo 1.337, parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 13 out. 2014.



fosse suficiente para afastar o comportamento nocivo. Diante da ausência de previsão legal dessa solução, é possível discutir se o ordenamento jurídico brasileiro comporta tal medida.

Dessa forma, não é novidade se afirmar que a propriedade deve desempenhar uma função social, que transcende de interesses meramente individuais do proprietário, conforme se extrai do artigo 5, inciso XXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>11</sup>. A questão, contudo, está em se perquirir de que maneira a função social poderá ser suscitada quando a situação fática não estiver regulada por norma infralegal, como é o caso da possibilidade de exclusão do condômino nocivo no condomínio edilício.

## 2. CONCEITO DE CONDÔMINO ANTISSOCIAL

Segundo o dicionário Houaiss<sup>12</sup>, “antissocial” pode ser definido como aquele contrário aos costumes, ideias ou interesses da sociedade, como aquele que viola as regras da vida em sociedade e da moral social. Já o dicionário Aurélio<sup>13</sup> conceitua “antissocial” como “Contrário à organização da sociedade como tal, ou que se opõe à ordem social vigente”.

A despeito dessas definições, a expressão “condômino antissocial” constitui conceito jurídico indeterminado, na medida em que não há no ordenamento limites estreitos para a aferição dos comportamentos nocivos na comunidade. Em que pese não haver um elenco legal das condutas tidas como reprováveis, a experiência social cria balizas para definir atitudes que ultrapassam o razoável.

Conquanto o termo “antissocial” configure conceito jurídico indeterminado,

---

<sup>11</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 5, inciso XXI. A propriedade atenderá sua função social. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 13 out. 2014.

<sup>12</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 237.

<sup>13</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 154.



Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>14</sup> afirmam que antissocial “significa insociável, contrário à sociedade condominial (...), pode ser qualificado como o proprietário ou possuidor que descumpre reiteradamente deveres perante o condomínio”.

Para que um ato seja reputado como antissocial não é essencial que ele se caracterize como ilegal. Os atos legais, mas abusivos também tem o condão de prejudicar o convívio social e devem ser afastados. Segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>15</sup>:

Ilegais são os atos ilícitos que obrigam à composição de danos, nos termos do artigo 186 do Código Civil, como, por exemplo, atear fogo no prédio vizinho (...) Abusivos são os atos que, embora o causador do incômodo se mantenha nos limites de sua propriedade, mesmo assim vem a prejudicar o vizinho, muitas vezes sob a forma de de barulho excessivo.

O ordenamento jurídico brasileiro acolhe o instituto da vedação dos atos abusivos no artigo 187 do Código Civil<sup>16</sup>. Para que se verifique a ocorrência do abuso de direito não é necessário que haja o intuito de prejudicar terceiros, basta que se exceda os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Nesse sentido, esclarece Fabrício Carvalho<sup>17</sup> que “para que haja abuso do direito, basta que se demonstre que determinado direito vem sendo exercido em descompasso com os valores/princípios do ordenamento jurídico, não se exigindo a presença de qualquer elemento subjetivo”.

Para que a conduta do condômino possa ser reputada como abusiva, deve-se confrontá-la com aquela que razoavelmente se espera de um sujeito naquela situação. Antissocial é aquele condômino que frustra as legítimas expectativas de seus vizinhos e causa perturbação que foge à normalidade.

A grande dificuldade em se conceituar “condômino antissocial” decorre do fato de

<sup>14</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 743.

<sup>15</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 334.

<sup>16</sup> BRASIL. *Código Civil*. Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 16 mar. 2015.

<sup>17</sup> CARVALHO, Fabrício Silva de. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 5.



que não há um rol das condutas taxadas por nocivas. Muitas vezes a definição de conduta antissocial perpassa igualmente por termos indeterminados. Se é impreciso definir o que é “antissocial”, é igualmente árduo conceituar “abuso de direito”, “legítima expectativa” ou “bons costumes”, por exemplo.

A despeito de esses termos não possuírem balizas precisas, muitas vezes a própria experiência social é capaz de distinguir aqueles atos que causam transtornos que fogem à normalidade daqueles que devem ser tolerados. Em última análise, se houver divergência, cabe ao Poder Judiciário dirimir os conflitos e delimitar as condutas tidas por antissociais.

Cabe salientar que os comportamentos nocivos não são estanques, a análise da conduta deve levar em consideração o uso e a localização do imóvel. Como bem exemplifica Flávio Tartuce<sup>18</sup>:

[...] em uma área em uma localidade praiana destinada a bares noturnos (conforme normas regulamentares do próprio Município) deve existir uma tolerância maior ao barulho. O raciocínio não é o mesmo se a casa noturna ou o bar se localizar em uma região essencialmente residencial.

Dessa forma, em que pese “antissocial” seja conceito jurídico indeterminado e não exista um elenco das condutas que possam receber essa adjetivação, a experiência comum serve como norte para aferir, no caso concreto, se um comportamento se coaduna ou não com o socialmente esperado. Deve-se ter em mente sempre as peculiaridades referentes ao uso e localização do imóvel. Se persistir dúvida ou houver conflito, o Judiciário será acionado para dirimir a questão.

### **3. POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO CONDÔMINO ANTISSOCIAL DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO**

O condomínio edilício é caracterizado pela coexistência de partes comuns a todos os

---

<sup>18</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. V. único. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 803.



condôminos e de partes exclusivas de cada condômino, estas denominadas de unidades autônomas. A utilização do imóvel, seja com relação às partes exclusivas ou às partes comuns, deve ocorrer de forma ética e com o intuito de cumprir a função social da propriedade.

Dentre as obrigações decorrentes do condomínio edilício sobressai as decorrentes do direito de vizinhança. Tais obrigações são qualificadas como *propter rem*, elas decorrem e acompanham a coisa e são exigíveis em face do titular da propriedade ou da posse do bem.

Como forma de coibir o uso anormal do bem pelos condôminos, o legislador previu no artigo 1.337 do Código Civil<sup>19</sup> a possibilidade de aplicação de multa até o quántuplo do valor da contribuição condominial, por meio de deliberação de três quartos dos condôminos restantes. O parágrafo único do mesmo dispositivo<sup>20</sup> acrescenta que a multa cominada pode alcançar o valor do décuplo da contribuição condominial em caso de conduta antissocial reiterada que gere incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores.

A questão que exsurge diz respeito a quais as consequências decorrentes da permanência do comportamento antissocial mesmo após a imposição de multa em seu patamar máximo. Nesse aspecto, discute-se se é possível a exclusão do condômino antissocial do condomínio edilício.

O grande entrave do reconhecimento da possibilidade da exclusão do condômino antissocial é a ausência de previsão legal nesse sentido. O princípio da legalidade, que constitui direito fundamental consagrado no artigo 5, inciso II, da Constituição da

---

<sup>19</sup> BRASIL. *Código Civil*. Artigo 1.337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 16 mar. 2015.

<sup>20</sup> Ibid. Artigo 1.337, parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 16 mar. 2015.



República<sup>21</sup>, dispõe que as pessoas só podem ser compelidas a agir ou deixar de agir por força de lei. Nesse sentido, omissa a lei, não se poderia cominar ao particular a sanção de sua exclusão do condomínio edilício.

Também se pode sustentar que como as normas restritivas de direitos importam em interpretação igualmente restritiva, não se poderiam ampliar as sanções cominadas pelo legislador. Com isso, não haveria omissão no que toca à exclusão do condômino antissocial, mas em verdadeiro silêncio eloquente, de forma que a vontade do legislador foi, tão somente, aplicar multa nessa hipótese.

Outra tese favorável à impossibilidade de exclusão do condômino nocivo diz respeito à proteção do direito de propriedade. O artigo 5, XXII, da Constituição da República<sup>22</sup> atribui ao direito de propriedade a condição de direito fundamental. É defensável que por conta de tal direito não se possa afastar a propriedade ou os poderes inerentes ao domínio sem que haja lei nesse sentido.

Outrossim, argumenta-se que a exclusão do condômino, ainda que motivada por condutas graves e reiteradas, atentaria contra o direito social à moradia, previsto no artigo 6º, *caput*, da Constituição da República<sup>23</sup>. Isso porque ao se afastar o condômino de sua residência habitual se estaria privando o seu direito à moradia.

A exclusão do condômino nocivo violaria, ainda, a dignidade humana, prevista como fundamento da república no artigo 1º, inciso III, da Constituição<sup>24</sup>. Para Maria Celina

---

<sup>21</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 5, inciso II. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 16 mar. 2015.

<sup>22</sup> Ibid. Artigo 5, inciso XXII. É garantido o direito de propriedade. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 16 mar. 2015.

<sup>23</sup> Ibid. Artigo 5, *caput*. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 16 mar. 2015.

<sup>24</sup> Ibid. Artigo 1º, inciso III. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 16 mar. 2015.



Bodin de Moraes<sup>25</sup>, a dignidade humana manifesta-se no princípio da igualdade, na tutela da integridade psicofísica, no direito à liberdade e no direito-dever de solidariedade social.

O afastamento compulsório do condômino poderia ser tido como ofensivo à sua liberdade, notadamente pela impossibilidade de escolher permanecer em sua moradia. A exclusão também não observaria o direito-dever de solidariedade social, na medida em que se deveria primar por soluções menos drásticas e pela permanência do indivíduo no seio social. A exclusão do condômino antissocial de sua residência também poderia gerar transtornos morais a essa pessoa, de forma a ofender sua integridade psicofísica.

A jurisprudência conta com precedentes no sentido de inadmitir a exclusão do condômino nocivo, conforme se verifica na apelação cível n. 006.68.403460-0<sup>26</sup>, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Expulsão de condômino por comportamento antissocial. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. O Código Civil permite no art. 1.337 a aplicação de multas que podem ser elevadas ao décuplo em caso de incompatibilidade de convivência com os demais condôminos. Multa mensal que tem como termo inicial a citação e o final a publicação da r. Sentença, a partir de quando somente será devida por fatos subsequentes que vierem a ocorrer e forem objeto de decisão em assembleia. Recursos parcialmente providos.

Em tal julgado há clara filiação com o entendimento de que a ausência de previsão legal constitui obstáculo ao reconhecimento da possibilidade de exclusão do condômino antissocial do condomínio edilício.

Flávio Tartuce<sup>27</sup> também defende a impossibilidade da exclusão do condômino antissocial:

[...] por violar o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988) e a solidariedade social (art. 3.º, I, da CF/1988); bem como a concreção da tutela da moradia (art. 6.º da CF/1988). Em suma, a tese da expulsão do condômino antissocial viola preceitos máximos de ordem pública, sendo alternativas viáveis as duras sanções pecuniárias previstas no art. 1.337 do CC.

<sup>25</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009, p 86-117.

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível n. 006.68.403460-0. Relator Maia da Cunha. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=4122049&cdForo=0>>. Acesso em 16 mar. 2015.

<sup>27</sup> TARTUCE, op.cit., p. 838.





Esse entendimento, todavia, não deve prevalecer. Não obstante a ausência de dispositivo expresso no sentido de permitir a exclusão do condômino antissocial, a legalidade estrita não pode amparar as situações em que há graves e reiteradas violações dos direitos de vizinhança. Quando a multa, que é meio de coerção legal, se mostrar ineficaz para combater o ato abusivo, deve-se permitir, de maneira excepcional, a exclusão do condômino.

Entender de forma diversa importaria em negar o acesso à justiça previsto no artigo 5, inciso XXXV, da Constituição da República<sup>28</sup>. Isso porque não restariam meios legais para que os demais condôminos pudessem afastar o ato lesivo e seriam obrigados a conviver com a perturbação do sossego, da saúde e da segurança. Negar ao Poder Judiciário buscar a solução adequada para o caso concreto frustra o objetivo primordial da jurisdição, qual seja o de promover a paz social.

Há de se ponderar que o direito de propriedade não é absoluto, ele deverá ser exercido de acordo com sua função social<sup>29</sup>. Nas hipóteses em que a multa não é suficiente para coibir o ato abusivo, não é razoável impor à comunidade que suporte a convivência com a anormalidade. Nesse caso deve ser limitado o direito individual para satisfazer os legítimos interesses coletivos.

A legislação civilista deve ser interpretada de forma teleológica, para atingir os fins a que se propõe. Miguel Reale<sup>30</sup> defende que o Código Civil deve ter como diretrizes hermenêuticas a eticidade, a socialidade e a operabilidade. A solução que melhor prestigia esses nortes interpretativos é a que defende a possibilidade de exclusão do condômino antissocial.

---

<sup>28</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 5, inciso XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 16 mar. 2015.

<sup>29</sup> Ibid. Artigo 5, inciso XXIII. A propriedade atenderá a sua função social. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 16 mar. 2015.

<sup>30</sup> REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, ed. especial, parte I. 2002, p. 40-42.



Se o art. 1.227 do Código Civil<sup>31</sup> põe os vizinhos a salvo das intervenções anormais na propriedade que violem o sossego, a saúde e a segurança, implicitamente se confere ao julgador a possibilidade de concretizar esses direitos. Ainda que a lei não consagre expressamente a retirada do condômino antissocial em casos de condutas graves reiteradas, essa medida deve ser admitida, já que essa é a solução que melhor atende à sociabilidade, à eticidade e à operabilidade.

Segundo Miguel Reale<sup>32</sup>, a sociabilidade é o “constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da lei vigente”. Não há dúvidas que a exclusão do condômino antissocial em situações excepcionais valoriza a função social da propriedade em detrimento do caráter puramente patrimonialista do direito de propriedade. Tal medida é permitida à luz da socialidade.

A eticidade também recomenda que se admita a possibilidade de afastar o condômino nocivo do condomínio edilício. As pessoas devem agir de forma ética e respeitosa para com os demais. Essa obrigação se sobrepõe no condomínio edilício em decorrência da proximidade das unidades autônomas e do inevitável convívio nas partes comuns. Para atender essa demanda, o intérprete deverá buscar a solução mais adequada e razoável para o caso concreto e, eventualmente, aplicar medidas mais drásticas a depender da gravidade da situação. Miguel Reale<sup>33</sup>, a respeito da eticidade, salienta que

[...] não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar. Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais.

Por meio da operabilidade, deve-se dar concretude à proteção conferida pela

<sup>31</sup> BRASIL. *Código Civil*. Artigo 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 16 mar. 2015.

<sup>32</sup> REALE, op. cit., p. 40-41.

<sup>33</sup> Ibid., p. 40.



legislação. A exclusão do condômino antissocial pode constituir, na prática, o único meio viável para se assegurar o sossego, a saúde e a segurança dos vizinhos. Essa sanção pode servir para tutelar as situações concretas e para proteger interesses legítimos dos demais condôminos.

Em combate ao argumento de que a exclusão do condômino antissocial feriria o direito à moradia, cabe salientar que o direito à moradia não envolve apenas o direito ao bem corpóreo qualificado como “casa”, mas o direito à moradia digna e tranquila. A retirada compulsória do condômino antissocial, a despeito de prejudicar o direito individual deste, privilegia o direito à moradia sossegada, saudável e segura de todos os demais condôminos.

Não é proporcional exigir que o direito à moradia de todos os condôminos se subordinem à abusividade da conduta do condômino antissocial. Gilmar Ferreira Mendes<sup>34</sup> aponta como subprincípios da proporcionalidade a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação exige que os meios utilizados sejam adequados ao fim pretendido. A exclusão do condômino nocivo é um meio eficaz para se obter a cessação dos atos abusivos e o resguardo do sossego, da segurança e da saúde dos vizinhos. Essa sanção é, destarte, adequada.

A medida é necessária quando não há nenhuma outra menos gravosa para se atingir idêntico resultado. No caso em comento, só cabe a exclusão do condômino antissocial depois de frustradas todas as demais alternativas para sanar com o ato abusivo. Em casos em que a multa, em seu grau máximo, não é capaz de fazer com que o condômino cesse com o uso anormal de sua propriedade, é necessário que se conceda a exclusão desse indivíduo como forma de manter a paz social.

A proporcionalidade em sentido estrito exige que o intérprete faça uma ponderação

---

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 271.



entre os meios usados e os fins pretendidos. Justifica-se a exclusão do condômino antissocial como forma de saciar os legítimos interesses dos demais condôminos. Presentes a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, a exclusão do condômino antissocial deve ser aceita.

O afastamento compulsório do condômino nocivo favorece a dignidade humana dos demais condôminos, já que propicia a tranquilidade e o bem-estar destes. A medida, outrossim, não ofende a dignidade humana do condômino nocivo. O indivíduo antissocial, após a imposição de multa, teve a oportunidade para se adequar ao convívio condominial. Se ele optou por permanecer com o uso anormal de sua propriedade não lhe é lícito invocar a proteção da dignidade humana como respaldo para permanecer na prática de atos abusivos.

A exclusão do condômino antissocial, em razão de sua gravidade, não pode ser imposta administrativamente pelo condomínio, se faz necessário ordem judicial nesse sentido. Ressalta-se também que deverão ser assegurados a ampla defesa e o contraditório por parte daquele a quem eventualmente será aplicada a medida.

Na defesa da possibilidade da exclusão do condômino antissocial do condomínio edilício, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>35</sup> afirmam que “Apesar da omissão do legislador, cremos que na hipótese de pagamento da multa pelo condômino nocivo, a reiteração das condutas antissociais poderá ensejar ao prédio, por meio do síndico, o ingresso com a pretensão de exclusão do condômino desordeiro do prédio [...]”. Ainda em âmbito doutrinário, destaca-se o enunciado 508 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal<sup>36</sup>, que dispõe que

Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5.º, XXIII, CF/1988 e 1.228, § 1.º, CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2.º, CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do

<sup>35</sup> FARIAS, op. cit., p. 745.

<sup>36</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. Enunciado 508. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2015.



parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal.

A jurisprudência em diversas ocasiões também admitiu a possibilidade de exclusão do condômino antissocial diante da reiteração e da gravidade de seu comportamento. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento da apelação cível 957.743-1<sup>37</sup>, excluiu o condômino do condomínio edilício da ineficiência da multa aplicada. No caso, o condômino aliciava candidatas a emprego de domésticas com salários acima do mercado, mantendo-as presas e incomunicáveis na unidade condominial. As funcionárias noticiaram maus-tratos, agressões físicas e verbais e assédios sexuais. As práticas que evoluíram para investida em moradora menor do condomínio.

Em casos excepcionais como o mencionado na jurisprudência acima em que a multa se revela sem efeitos para combater o ato abusivo, deve ser admitida a exclusão do condômino antissocial do condomínio edilício.

## CONCLUSÃO

O exercício do direito de propriedade hoje encontra entraves na função social. Os poderes inerentes ao domínio devem se manifestar de forma ética e não abusiva. Essas limitações são ainda mais claras quando se trata de condomínio edilício.

No condomínio edilício, dada a proximidade das unidades autônomas e da necessária convivência dos vizinhos das partes comuns, sobressai a necessidade de observância dos deveres condominiais. A questão que se coloca é que medidas podem ser adotadas caso o condômino descumpra, reiterada e gravemente, as normas condominiais. Aqui surge a figura do “condômino antissocial”.

---

<sup>37</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 957.743-1. Relator Arquelau Araujo Ribas. Disponível em < <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>>. Acesso em 16 mar. 2015.



Ainda que não haja balizas precisas do que possa ser considerado “antissocial”, fato é que há condutas que, analisadas sob o enfoque na razoabilidade, não são toleráveis. Para esses casos o ordenamento permite a cominação de multa ao condômino nocivo. Por força da ausência de previsão legal, há divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de exclusão do condômino antissocial do condomínio edilício.

De um lado, sustenta-se que a ausência de previsão legal é óbice à exclusão do condômino social e que não pode haver interpretação ampliativa de norma restritiva do direito de propriedade. Também o direito à moradia e a dignidade humana impediriam o afastamento compulsório do condômino antissocial.

De outro lado, deve-se prestigiar os paradigmas da sociabilidade, eticidade e operabilidade, de forma a se permitir a exclusão do condômino antissocial. Tal medida só poderá ser determinada por autoridade judicial, mediante decisão precedida de contraditório e ampla defesa.

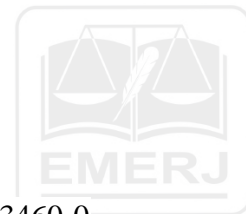
Dessa forma, em que pede a existência de doutrina e jurisprudência em sentido contrário, deve prevalecer o entendimento segundo o qual, em hipóteses excepcionais, admite-se a exclusão do condômino antissocial, em prol do sossego, da segurança e da saúde dos demais vizinhos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 16 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em 16 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 16 mar. 2015.



\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível n. 006.68.403460-0. Relator **Maia da Cunha**. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4122049&cdForo=0>>. Acesso em 16 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 957.743-1. Relator Arquelau Araujo Ribas. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>>. Acesso em 16 mar. 2015.

CARVALHO, Fabrício Silva de. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 5: Direito das Coisas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, ed. especial, parte I. 2002.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. V. único. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.



## TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL

Danielle Caroline Mendes Coelho

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada.

**Resumo:** Os direitos da personalidade possuem características peculiares, como a intransmissibilidade, o que faz surgir controvérsia sobre a possibilidade de transmissão do direito de compensação por dano moral. Existem três correntes acerca do tema e o foco desse trabalho é justamente discorrer uma a uma, possibilitando chegar-se à conclusão sobre qual delas melhor se coaduna com o ordenamento jurídico vigente.

**Palavras-chave:** direitos da personalidade. Dano moral. Transmissibilidade do dano moral.

**Sumário:** Introdução. 1. Do objeto de violação do dano moral. 2. Correntes acerca da transmissibilidade do direito de compensação por dano moral. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê em seu art. 1º, III cláusula geral da personalidade: a dignidade da pessoa humana. Tais direitos da personalidade possuem características peculiares, como o fato de não poderem ser transmitidos a terceiros, justamente por dizerem respeito à essência do ser humano.

Pelo fato de o dano moral violar direitos personalíssimos, surge a indagação sobre a possibilidade ou não de a vítima do dano poder transmitir o seu direito de compensação pela lesão a seu direito da personalidade. Três correntes sobre o tema surgiram para tentar solucionar a controvérsia.

O presente trabalho tem como foco principal abordar as três correntes referentes à transmissibilidade do direito de compensação pelo dano moral.



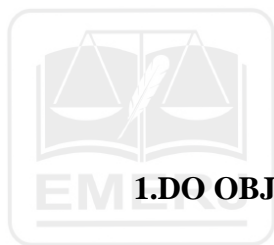


Primeiramente, será analisado o conceito de direito da personalidade, suas características, bem como seu fundamento jurídico. Tal análise se mostra imprescindível para a compreensão da divergência de ser possível se transmitir o direito de compensação pelo dano moral, já que a característica da intransmissibilidade é que dá causa à referida divergência.

Após, serão abordadas as três correntes existentes: intransmissibilidade, transmissibilidade condicionada e transmissibilidade incondicionada. Serão feitas críticas às correntes para, por fim, se chegar à conclusão de qual delas melhor se coaduna ao ordenamento jurídico vigente, bem como qual responde ao anseio de não “premiar” o causador do dano moral com a irresponsabilidade de arcar com os danos causados, no caso de morte da vítima do dano.

No tocante aos setores de conhecimento, o trabalho terá feição multidisciplinar, em razão da necessidade de se buscar elementos constantes no Direito Constitucional, no Direito Processual Civil e no Direito Civil.

Pela própria finalidade da pesquisa, a técnica eleita foi a documentação indireta através da pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a livros, artigos e sites da *internet*, bem como pela pesquisa documental, por meio de leis, sentenças e acórdãos.



## 1.DO OBJETO DE VIOLAÇÃO DO DANO MORAL

Para a correta compreensão da finalidade a que se propõe o presente artigo, mister se faz a análise do dano moral, bem como da natureza jurídica dos bens violados por esse dano.

A conceituação do dano moral se põe como questão controvertida, existindo entendimentos doutrinários dos mais variados acerca do que seja. Há os que se utilizam de um conceito negativo, por exclusão, dizendo ser dano moral tudo que não for dano patrimonial, como se percebe nas palavras de Aguiar Dias: “quando ao dano não correspondem as características de dano patrimonial, dizemos que estamos em presença de dano moral”<sup>1</sup>.

Por outro lado, há o entendimento de que o dano moral seria a dor, a humilhação, o sofrimento, o vexame, causados na vítima. Esse é o conceito positivo de dano moral.

Ocorre que ambas as conceituações são criticáveis, pois o conceito negativo é tautológico e o conceito positivo, na verdade, se foca na consequência do dano moral e não no dano moral em si. A humilhação, a dor, o sofrimento, a angústia, são consequências do dano moral, são sentimentos decorrentes da violação a determinada categoria de direitos que passarão a ser analisados, e não o conceito desse dano propriamente dito.

Conforme Sérgio Cavalieri Filho<sup>2</sup>, o dano moral pode ser conceituado sob dois enfoques: dano moral em sentido estrito e dano moral em sentido amplo.

O dano moral em sentido estrito corresponde à violação do direito à dignidade. Sob essa ótica, não há necessária vinculação do dano moral à dor, ao vexame, ao sofrimento, pois a ocorrência do dano diz respeito tão somente à ofensa a dignidade humana. Eventual sentimento negativo advindo dessa ofensa representaria consequência e não causa do dano moral.

<sup>1</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.839.

<sup>2</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p.106.



Assim, quando há violação à dignidade de alguém, é possível falar em dano moral ainda que essa pessoa não tenha discernimento da ofensa sofrida, como nos casos de doentes mentais, pessoas em coma e em estado vegetativo, crianças de tenra idade. Basta a violação à dignidade, não importando se terá como consequência a produção de sentimentos negativos na pessoa nem o seu discernimento quanto à violação sofrida.

Sob a perspectiva do dano moral em sentido amplo, tem-se a sua ocorrência quando há ofensa a algum direito da personalidade.

Nesse ponto, o conceito do que seja direito da personalidade merece atenção. Os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender tudo que lhe é próprio, com exceção do seu patrimônio. Têm por objeto a integridade física, moral e intelectual dos seres humanos.

Os direitos da personalidade têm índole existencial e dão ensejo a uma proteção fundamental às pessoas em razão de sua essência, seu rol na lei é meramente exemplificativo, correspondendo a toda e qualquer proteção essencial da pessoa. A Constituição Federal em seu art. 1º, III<sup>3</sup>, estabeleceu uma cláusula geral da personalidade: a dignidade da pessoa humana.

No que se refere aos fundamentos jurídicos dos direitos da personalidade, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>4</sup> abordam as duas correntes existentes acerca do assunto: corrente jusnaturalista e corrente positivista.

A primeira corrente entende que os direitos da personalidade são inatos. Carlos Alberto Bittar<sup>5</sup>, adepto a essa corrente, leciona:

Situamo-nos dentre os naturalistas. Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta – cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> . Acesso em 18 de setembro de 2014.

<sup>4</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo Curso de Direito Civil*. 15.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 185.

<sup>5</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p.7.



positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária - e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares.

É esse o entendimento da maior parte da doutrina. Os direitos da personalidade seriam direitos inatos, tendo como fonte o jusnaturalismo, uma ordem pré-concebida, e para demonstrar e confirmar tal tese invocam o Tribunal de Nuremberg. Entendem que um positivismo “cego” pode dar margem à violação de direitos das pessoas, por isso o entendimento no sentido de existirem direitos e valores supralegais e anteriores à própria positivação de determinadas normas, que devem ser respeitados por serem inatos aos indivíduos, pois tutelam a própria essência da pessoa humana.

Entendimento minoritário afirma que tais direitos seriam fruto de um positivismo cultural, uma construção da sociedade de um determinado lugar em um determinado tempo, sobre o que seria importante elevar à categoria de direito da personalidade. A título de exemplo, isso explicaria o porquê de países da África Subsaariana admitirem a mutilação genital feminina: a cultura desses países aceita tal prática como correta e não violadora de direitos da personalidade da mulher, abstraem-se da consideração do direito à integridade física como um direito inato, fruto de uma ordem pré-concebida.

Gustavo Tepedino acata tal concepção positivista:

Os direitos do homem, para ter uma efetiva tutela jurídica, devem encontrar o seu fundamento na norma positiva. O direito positivo é o único fundamento jurídico da tutela da personalidade; a ética, a religião, a história, a política, a ideologia, são apenas aspectos de uma idêntica realidade (...) a norma é, também ela, noção histórica.<sup>6</sup>

Acerca das características dos direitos da personalidade, o Código Civil, em seu art.11<sup>7</sup>, dispõe que são intransmissíveis e irrenunciáveis. O Enunciado 139 da Jornada de Direito Civil prevê a possibilidade de restrições a tais direitos, previstas ou não em lei, desde

<sup>6</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 mar. de 2015.



que sejam temporárias, não sejam genéricas e não violem a dignidade de seu titular, mesmo que haja seu consentimento para a violação.

Outras características que podem ser apontadas referem-se à imprescritibilidade, não existindo um prazo para seu exercício, não havendo que se falar em extinção pelo não uso; à vitaliciedade, acompanhando seu titular desde o nascimento até a morte; à extrapatrimonialidade, não sendo viável uma aferição objetiva de seu conteúdo econômico; bem como o fato de serem oponíveis *erga omnes*, impondo um dever à coletividade de respeito a essa categoria de direitos.

O pleno exercício dos direitos da personalidade podem exigir comportamentos positivos ou negativos por parte do Poder Público. As liberdades públicas são justamente tais comportamentos, ora positivos ora negativos do Poder Público, para salvaguardar esses direitos.

Analisado o conceito de dano moral, surge a grande indagação acerca da possibilidade de transmissão do direito de compensação por dano moral. Tal questionamento se dá pelo fato de os direitos violados por esse tipo de dano terem caráter personalíssimo e, portanto, não poderem ser transmitidos a outrem.

Analisar as diferentes correntes de pensamento acerca da possibilidade ou não de transmissão do direito de compensação por dano moral é o foco principal desse artigo e que passará a ser abordado.

São três as correntes doutrinárias acerca da possibilidade ou não de transmissão do direito de compensação por danos morais. A primeira nega tal possibilidade; uma segunda aceita a transmissão com a condição de que a vítima tenha manifestado seu interesse em ser compensado pelo dano moral; por fim, a última corrente entende ser plenamente possível a transmissão, independentemente de qualquer condição.



## **2. CORRENTES ACERCA DA TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL**

A primeira corrente acerca do tema da transmissibilidade do direito de compensação por dano moral é a da intransmissibilidade.

Essa corrente de pensamento sustenta que a vítima do dano moral não pode transferir a outrem seus sentimentos negativos advindos da violação de direitos personalíssimos.

Sustentam que outras pessoas, que não a vítima do dano, podem compartilhar do sofrimento do lesado, mas isso não significa que possa ser transferido aos terceiros a dor, o sofrimento, a humilhação, enfim, o dano moral. É de se ressaltar que os defensores dessa corrente se filiam ao conceito positivo de dano moral.

Sob esse ponto de vista, soaria estranho e equivocado outra pessoa poder receber uma quantia em dinheiro a título de compensação por um dano que não experimentou. A função da compensação pelo dano moral restaria frustrada, tendo em vista que não traria nenhum sentimento de alívio e satisfação moral ao real lesado pelo dano.

É de se ressaltar, também, o fato de ser possível que a vítima do dano moral não tenha interesse em reclamar em juízo a responsabilização do causador do dano e a consequente compensação. Assim, a situação da transmissibilidade do direito de compensação por dano moral seria ainda mais esdrúxula, viabilizando que alguém que não teve feridos seus direitos da personalidade, ou que não tenha sido violado em sua dignidade, receba quantia em dinheiro por conduta praticada contra vítima que não tem interesse algum em receber compensação pela lesão que teve em seu direito.

No Brasil, pode-se citar como representante desta corrente de pensamento Wilson Melo da Silva, como se percebe em trecho extraído de seu livro, no qual afirma : “outra consequência da regra que só manda reparar o dano moral quando o mesmo exista



efetivamente é que, dado seu caráter eminentemente subjetivo, jamais se transferiria ativamente a terceiros, seja pela cessão comum, seja pelo *jus haereditatis*”<sup>8</sup>.

Assim, os defensores dessa linha de pensamento argumentam no sentido de que o dano moral, por ferir direitos que dizem respeito a aspectos íntimos da pessoa, direitos esses considerados personalíssimos, não pode dar ensejo à transmissão do direito de compensação quando ocorrer.

O Superior Tribunal de Justiça já possuiu entendimento segundo o qual seria inviável a propositura de ação por herdeiros com o fim de serem compensados pelos danos morais sofridos pela vítima falecida, adotando a intransmissibilidade do direito de compensação por dano moral, como se vê do julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ACÓRDÃO. OMISSÃO. INVALIDADE. INEXISTÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. HERDEIRO DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. INEXISTÊNCIA DE INVALIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO, O QUAL, DE FORMA CLARA E PRECISA, PRONUNCIOU-SE ACERCA DOS FUNDAMENTOS SUFICIENTES À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INVOCADA. NÃO SE CONHECE O RECURSO ESPECIAL PELA DIVERGÊNCIA SE INEXISTE A CONFRONTAÇÃO ANALÍTICA DOS JULGADOS. NA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS, OS HERDEIROS DA VÍTIMA CARECEM DE LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*.<sup>9</sup>

Como será exposto adiante, o Superior Tribunal de Justiça não mais acolhe esse entendimento, que também é minoritário em sede doutrinária.

A segunda posição refere-se à possibilidade de transmissão do direito de compensação por danos morais com a condição de que em vida a vítima tenha manifestado seu interesse em ser compensada pelo dano. Como fonte dessa corrente, encontram-se julgados de Tribunais brasileiros e o direito comparado, conforme adiante demonstrado.

<sup>8</sup> SILVA, Wilson Melo. *O dano moral e a sua reparação*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, p. 648, 1983.

<sup>9</sup> BRASIL. Terceira turma do Superior Tribunal de Justiça. Resp 302029. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Resp+302029&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 10 nov. 2014.



Tal posição muito se assemelha com a anterior, referente à intransmissibilidade, pois também acata o entendimento de que os direitos violados pelo dano moral, por serem personalíssimos, não podem passar da pessoa lesada.

Seus defensores entendem, porém, que embora o dano fira direitos personalíssimos, se a vítima manifestou seu interesse em ser compensada pelo dano, propondo a ação, a natureza dessa ação passará a ser de cunho patrimonial, sendo, assim, perfeitamente transmissível. Nisso reside a diferença entre a corrente da intransmissibilidade anteriormente exposta e a ora analisada.

Somente a vítima do dano poderia determinar o direito de compensação pelo dano moral, propondo, para tanto, a ação cabível. Isso porque é ela a detentora do direito personalíssimo, intransferível, não sendo concebível um terceiro se imiscuir na relação entre a vítima e o autor do dano para pretender receber quantia em dinheiro de um dano que efetivamente não sofreu.

A não propositura da ação pela vítima pode significar seu perdão ou seu desinteresse em ser compensada financeiramente pelo dano. Assim, só seria possível a transmissibilidade do direito de compensação pelo dano moral no caso em que a vítima manifestamente expressasse seu intento em receber a compensação, ajuizando a ação.

Ajuizada a ação pela vítima, tal ação toma a forma de uma ação patrimonial qualquer, tendo em vista o fim a que se propõe: o recebimento de quantia em dinheiro devido à violação a um direito. O fato de a violação ter sido contra direitos personalíssimos passa a não ter relevância para aferição de ser ou não possível a transmissão do direito de compensação, pois a partir da propositura da ação esta ganha cunho patrimonial, não havendo óbice a sua transmissibilidade a terceiros.

O Código Civil argentino está em consonância com essa linha de pensamento, conforme se depreende da análise do seu art. 1099 que dispõe “Art. 1.099. Si se tratare de





delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto”.<sup>10</sup>

Na jurisprudência brasileira, é possível encontrar julgados de alguns Tribunais que acatam essa posição, como a apelação cível abaixo, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXTINÇÃO EM RELAÇÃO AO PEDIDO INDENIZATÓRIO TENDO EM VISTA O FALECIMENTO DO AUTOR NO CURSO DO PROCESSO. TRANSMISSIBILIDADE DOS DANOS MORAIS PARA OS HERDEIROS DA VÍTIMA RECONHECIDA. NÃO É O DIREITO PERSONALÍSSIMO QUE SE TRANSFERE, MAS OS GANHOS PATRIMONIAIS DE SUA VIOLAÇÃO, MORMENTE NO CASO CONCRETO, EM QUE A DEMANDA FOI PROPOSTA PELA PRÓPRIA VÍTIMA E OS SEUS HERDEIROS ATUAM COMO SUCESSORES. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO STJ. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL COMO FONTE DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE MAJORAÇÃO ACOLHIDO. POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO<sup>11</sup>. APELAÇÃO CÍVEL Nº 70035178987 TJRS.

Por fim, a última corrente acerca da transmissibilidade do direito de compensação pelo dano moral aceita sem qualquer condicionamento a transmissão. O argumento desse derradeiro entendimento se funda basicamente no fato de que os direitos violados pelo dano moral e o direito de ser compensado pela violação a esses direitos são autônomos.

A lesão produzida pelo dano moral cria um direito subjetivo, de índole patrimonial, autônomo em relação ao próprio direito da personalidade violado. No mesmo instante em que se produz o ato ilícito (art. 186, CC) violador do direito da personalidade, surge uma relação

<sup>10</sup> ARGENTINA. Código Civil Argentino. Disponível em: <[http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340\\_libroII\\_S2\\_tituloVIII.htm](http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S2_tituloVIII.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2014.

<sup>11</sup> BRASIL. Décima quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70035178987. Relator Desembargador Angelo Maraninchi Giannakos. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=APELA%3C%87%3C%83O+C%3C%8DVEL+N%3C%2BA+70035178987+&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=APELA%3C%87%3C%83O+C%3C%8DVEL+N%3C%2BA+70035178987+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris)>. Acesso em: 18 nov. 2014.



jurídica obrigacional (art. 927, CC) de caráter patrimonial, justificando, assim, a possibilidade de transmissão do direito de ser compensado pelo dano moral. O que se transmite não são os direitos da personalidade, esses sim intransmissíveis por serem personalíssimos, conforme bem preceitua o art. 11, Código Civil, mas sim o direito patrimonial autônomo advindo da violação a esses direitos personalíssimos.

Como fonte dessa corrente de pensamento, pode-se citar Sergio Cavalieri filho, para quem:

[...] uma coisa é o dano moral sofrido pela vítima, e outra coisa é o direito à indenização, daí resultante. O dano moral sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue -repita-se- é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. Perpetrado o dano (moral ou material, não importa) contra a vítima ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte. E assim é porque a obrigação de indenizar o dano moral nasce no mesmo momento em que nasce a obrigação de indenizar o dano patrimonial – no momento em que o agente inicia a prática do ato ilícito e o bem juridicamente tutelado sofre a lesão. Nesse aspecto não há distinção alguma entre o dano moral e patrimonial. Nesse mesmo momento, também, o correlativo direito à indenização, que tem natureza patrimonial, passa a integrar o patrimônio da vítima e, assim, se transmite aos herdeiros dos titulares da indenização.

Da análise do trecho acima, percebe-se a nítida separação entre direito da personalidade e direito patrimonial advindo de violação à direito da personalidade. Por serem autônomos, é perfeitamente possível que haja a transmissão do direito de compensação por dano moral, já que esse equivale, na verdade, a um direito de índole patrimonial.

É esse também o entendimento acatado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme depreende-se do seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. FALECIMENTO DO TITULAR. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. SÚMULA N.º 168/STJ.

A posição atual e dominante que vigora nesta c. Corte é no sentido de embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cujus. Incidência da Súmula n.º 168/STJ. Agravo regimental desprovido<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> BRASIL. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 978.651/SP. Relator Ministro Felix Fischer. Disponível em: <



Essa visão também foi aceita durante as discussões e conclusões dos participantes da V Jornada de Direito Civil do CJF, através do Enunciado 454: o direito de exigir reparação a que se refere o art. 943 abrange inclusive os danos morais, ainda que a ação não tenha sido iniciada pela vítima.

## CONCLUSÃO

O presente artigo buscou, primeiramente, analisar os direitos violados pelo dano moral, os direitos da personalidade que, por possuírem certas peculiaridades, ensejam a controvérsia sobre a possibilidade ou não de transmissão do direito de compensação por dano moral, foco principal desse trabalho.

Foram abordadas as características principais sobre os direitos da personalidade, possibilitando, assim, entender o porquê da divergência de entendimentos acerca da transmissibilidade do direito de ser compensado pelo dano moral.

O fato de o dano moral violar direitos personalíssimos faz nascer a questão de ser ou não possível que a vítima transfira a outrem seu direito de ser compensado pelo dano sofrido, já que os referidos direitos possuem a característica da intransmissibilidade.

Surgiram, então, três correntes de pensamento sobre o tema e que foram analisadas, a saber: intransmissibilidade, transmissibilidade condicionada e transmissibilidade incondicionada.

Chegou-se à conclusão que de todas as correntes a referente à possibilidade de transmissão incondicionada se mostra a mais adequada a tutelar as diversas relações jurídicas advindas de violações a direitos da personalidade. Entender de outra forma equivale

---

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900760521&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 29 nov. 2014.



a “premiar” o violador desses direitos, já que morte da vítima significaria o fim da possibilidade de reparação do dano causado. Ademais, em que pese os direitos violados pelo dano moral serem intransmissíveis, o direito de ser compensado por esse dano possui natureza patrimonial e autônoma, viabilizando perfeitamente, assim, que a vítima transfira esse direito patrimonial a outrem.

É esse entendimento que a doutrina e a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça vêm acatando.



## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Código Civil Argentino. Disponível em: <[http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340\\_libroII\\_S2\\_tituloVIII.htm](http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S2_tituloVIII.htm)> . Acesso em: 15 nov. 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p.7.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> . Acesso em 18 de setembro de 2014.

\_\_\_\_\_. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 978.651/SP. Relator Ministro Felix Fischer. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900760521&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Décima quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70035178987. Relator Desembargador Angelo Maraninchi Giannakos. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=APELA%C3%87%C3%83O+C%C3%8DVEL+N%C2%BA+70035178987+&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\* &aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=APELA%C3%87%C3%83O+C%C3%8DVEL+N%C2%BA+70035178987+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 18 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 mar. de 2015.

\_\_\_\_\_. Terceira turma do Superior Tribunal de Justiça. Resp 302029. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Resp+302029&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.839.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo Curso de Direito Civil*. 15.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 185.

SILVA, Wilson Melo. *O dano moral e a sua reparação*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: editora forense, p. 648, 1983.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.



TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.



## PRISÃO CIVIL AVOENGA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR SUBSIDIÁRIA

Dellano Barreto de Mello

Graduado no curso de Direito pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

**Resumo:** O cumprimento da prestação alimentar é regido basicamente pela Lei 5.478, de Julho de 1968. Essa norma ordena basicamente o dever alimentar do alimentante em face do alimentando e na impossibilidade daquele, cabe aos avós prestarem a obrigação alimentar. Porém, quando descumprida tal prestação alimentícia, vemos claramente a incidência de efeitos punitivos de caráter civil ao alimentante, a saber: a prisão do devedor. A legislação brasileira protege os necessitados dos alimentos, através dos artigos 732, 733, 734 e 735 todos do Código de Processo Civil de Janeiro de 1973.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Descumprimento de Obrigação Alimentar Avoenga. Prisão Civil Avoenga.

**Sumário:** Introdução. 1. Das Questões Relevantes sobre o Instituto dos Alimentos. 2. Da Questão Procedimental para a Cobrança dos Alimentos aos Sujeitos Devedores da Prestação Alimentícia. 3. Prisão Civil Avoenga por Descumprimento de Obrigação Alimentar Subsidiária. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de os avós prestarem alimentos aos netos e diante de sua inércia a possibilidade de prisão dos avós. Procura-se demonstrar que a aplicação de prisão aos avós que não têm obrigação direta no dever de alimentar não seria a melhor medida, mesmo que afronte obrigação básica de alimentar.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da proteção integral ao alimentando seria amplo e irrestrito a ponto de justificar a incidência da prisão nas hipóteses de ausência da prestação de alimentos pelos avós.

O ser humano, por natureza, é carecedor desde a sua concepção e nessa dilação temporal, a sua necessidade e carência dos alimentos é uma constante, posta como condição



de vida, necessária não só ao ser humano, como também a qualquer outra espécie que tenha vida.

Daí a expressividade da palavra “alimentos”, que no seu significado vulgar: tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida.

O objetivo é verificar até que ponto se pode afirmar que os pais não podem prestar alimentos aos seus filhos, devendo recair a obrigação alimentar em face dos avós e as consequências da não prestação.

Se a prestação da obrigação alimentícia pelos avós e não pelos pais é justa. E a possibilidade de prisão dos avós diante do adimplemento dessa obrigação.

Para melhor compreensão do tema, busca-se sustentar que a não prestação de alimentos pode atingir ambas as partes, tanto o alimentante quanto o alimentando. E essa análise não é um problema individual e meramente patrimonial, mas trata-se de questão social, econômica e jurídica que evidencia a necessidade de tutela do Judiciário.

Objetiva-se discutir os deveres alimentares que estão presentes na relação entre avós e netos, na impossibilidade da prestação alimentícia pelos pais, seja por morte ou outro motivo, cabe aos avós, resguardada sua proporcionalidade e razoabilidade em prestar os alimentos essenciais para ao alimentando.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho conceituando a palavra “alimentos” e definindo os sujeitos no dever de alimentar.

O segundo capítulo aborda que os alimentos são bem jurídico tutelado pela ordem jurídica brasileira e sua não prestação de forma devida gera violação a esse instituto e consequente intervenção jurídica.

O terceiro capítulo se destina a abordar a possibilidade de prisão dos avós pelo descumprimento da obrigação alimentar. Procura-se explicitar como é possível aplicar a pena de prisão aos avós, tendo em vista não serem eles devedores diretos da obrigação alimentar, bem. Para tanto, foi necessário refletir se a violação ao dever de alimentar gera violação à





dignidade da pessoa jurídica dos avós, haja visto que também são eles protegidos pelo Estatuto do Idoso.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

## 1. DAS QUESTÕES RELEVANTES SOBRE O INSTITUTO DOS ALIMENTOS

É possível depreender o entendimento que o conceito de alimentos é a prestação capaz de propiciar as condições necessárias à sobrevivência do ser humano, respeitados os seus padrões sociais.

É bem conhecido o conceito de Pontes de Miranda,<sup>1</sup> reproduzido em quase toda a parte, de que a palavra “alimento”, conforme a melhor aceitação técnica, e, conseqüentemente, podada de conotações vulgares, possui o sentido amplo de compreender tudo quanto é extremamente necessário ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento das enfermidades e às despesas de criação e de educação.

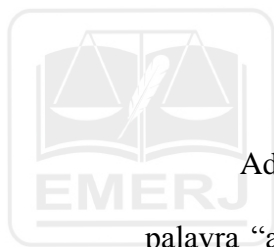
Hodiernamente, ao catálogo mencionado se acrescenta o lazer, fator essencial ao desenvolvimento equilibrado e à sobrevivência sadia da pessoa humana.<sup>2</sup>

Artigo 227, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988: é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, ao lado da vida, da saúde, da alimentação, da educação e de outros bens, o lazer, que é direito social, comum ao cidadão e ao trabalhador.

Em linguajar técnico, basta acrescentar a esse conceito, a ideia de obrigação que é impingida a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite.

<sup>1</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 211.

<sup>2</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 mai. 2015.



Adotada no Direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra “alimentos” vem significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida;<sup>3</sup> são as prestações com as quais podem ser satisfeitos os anseios e necessidades vitais de quem não pode provê-los por si, mas abrangidamente é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.<sup>4</sup>

Alimentos são, pois, as prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir tanto física, sustento do corpo como intelectual e moralmente, cultivo e educação do espírito, do ser racional, sendo assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de Outubro de 1988 como fundamentais à existência de qualquer ser humano.

Quando se fala em espécies de alimentos, pode-se entender de diferentes critérios; assim: quanto à natureza; quanto à causa jurídica; quanto à finalidade; quanto ao momento da prestação e quanto à modalidade da prestação.

Quando se pretende identificar como alimentos aquilo que é estritamente necessário para a manutenção da vida de uma pessoa, compreendendo tão-somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites assim do *necessarium vitae*, ou seja, necessário à vida, diz-se alimentos naturais; entretanto, quando abrangem outras necessidades, intelectuais e morais, sobretudo recreação do beneficiário, compreendendo assim o *necessarium personae*, ou seja, necessário à pessoa e fixados segundo a qualidade do alimentando e os deveres da pessoa obrigada, diz-se que são alimentos civis.

As classes de alimentos legítimos, voluntários ou indenizativos se ligam intrinsecamente à fonte da obrigação alimentar.<sup>5</sup> Como forma mais simples de se entender a questão, a obrigação alimentar pode ser vista como resultante de duas formas: diretamente da lei ou de uma atividade humana.

<sup>3</sup> GOMES, Orlando, *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 20.

<sup>4</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 15 e 16.

<sup>5</sup> ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 984.



Como legítimos, compreendem-se os alimentos devidos em virtude de uma obrigação legal; no direito brasileiro, são aqueles que se devem por direito de sangue, *ex iure sanguinis*, por um vínculo de parentesco ou relação de natureza familiar.

Entendem-se por voluntários, os alimentos que se constituem em decorrência de uma declaração de vontade, *inter vivos* ou *mortis causa*; resultantes *ex dispositione hominis*, também chamados obrigacionais, ou prometidos ou deixados, numa forma explicada e trazida a lúmen por Pontes de Miranda, e mais dirimida no artigo 1920<sup>6</sup> do Código Civil de janeiro de 2002 que “o legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

Prestam-se em razão de contrato ou de disposição de última vontade; pertencem ao Direito das Obrigações ou ao Direito das Sucessões, onde se regem os negócios jurídicos que lhes servem de fundamento.<sup>7</sup>

Finalmente, o direito de alimentos pode nascer a benefício do necessitado, sem que o próprio, ou terceiro, tenha buscado intencionalmente esse resultado, podendo, contudo, surgir tanto da atividade do necessitado como da atividade de terceiro.

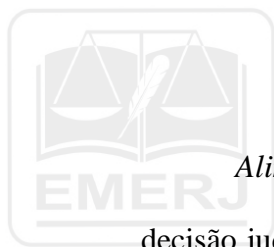
Dizem-se alimentos “provisionais”, “provisórios” ou “*in litem*”, aqueles que são antecedentes ou concomitantes à ação de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento, ou até mesmo à própria ação de alimento. São concedidos para a manutenção do suplicante na pendência do processo, compreendendo também o indispensável para custear as despesas do litígio.

Já os regulares ou definitivos, são aqueles fixados pelo juiz ou mediante acordo das próprias partes litigantes, com prestações periódicas, de caráter permanente, ainda que sujeitas a eventuais revisões.

---

<sup>6</sup>BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 11 mai. 2015.

<sup>7</sup> CAHALI, op. cit., p. 20 e 21.



*Alimenta futura*, ou seja, futuros são os alimentos que se prestam em virtude de decisão judicial ou de acordo, e a partir deles; *alimenta praeterita*, ou seja, pretéritos, são os anteriores a qualquer desses momentos.<sup>8</sup>

A distinção tem relevância na determinação do termo *a quo* a partir do qual os alimentos se tornam exigíveis.<sup>9</sup>

Constituem-se alimentos futuros os que se prestam em virtude de sentença transitada em julgado e a partir da coisa julgada, ou em virtude de acordo e a partir deste.<sup>10</sup> Alimentos pretéritos são aqueles anteriores a esses momentos<sup>11</sup> e acumulados, considerando a oportunidade da sua constituição e da exigência mediante demanda executiva.

Há distinção entre obrigação de alimentos, que tem como conteúdo a prestação daquilo que é diretamente necessário à manutenção da pessoa, obrigação alimentar própria; e obrigação de alimentos que tem como conteúdo o fornecimento dos meios idôneos à aquisição de bens necessários à subsistência, obrigação alimentar imprópria.

Na obrigação própria, entende-se que é o fornecimento direto dos alimentos para a manutenção do beneficiário e na obrigação imprópria, é a criação dos meios capazes de encaminhar o alimentando a prover seu próprio sustento.

Na obrigação alimentar imprópria, como assevera Azzariti e Martinez<sup>12</sup>, que se perfaz mediante o fornecimento da prestação, sob forma de pensão, dos meios para obtenção do necessário à vida, meios estes sem os quais não poderia o alimentando sobreviver, assegura-se ao alimentando um direito de crédito, que encontra garantia no patrimônio do obrigado.

É cediço nesse instante relembrar o que significa o verbete “parentes”. Esses são intrinsecamente unidos entre si, por motivo da consanguinidade ou adoção. O parentesco consanguíneo é formado pelos vários indivíduos originários de um mesmo tronco comum, ao

---

<sup>8</sup> CAHALI, op. cit., p. 26.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>10</sup> ASSIS, op. cit. 987.

<sup>11</sup> CAHALI, op. cit., p. 26.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 26-27.



passo que o parentesco civil é originado em decorrência da lei, criação artificial, fruto de manifestação voluntária das pessoas caracterizado pela adoção.

Nesse sentido, pode-se abstrair da Lei que os parentes podem exigir alimentos uns dos outros, entretanto, é conhecido que nem todos são obrigados a prestá-los. Porém, a Lei restringe tal obrigação aos parentes em linha reta, ascendentes e descendentes, e aos colaterais até o 2º grau, irmãos germanos ou unilaterais, não havendo previsão de alimentos entre os afins.

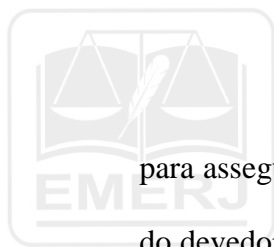
Diante do exposto anteriormente, é de fácil compreensão, verificar que os responsáveis devem ser chamados a prestar alimentos e serem reconhecidos como elementos constitutivos da relação obrigacional de alimentar. Em síntese seria em ordem: pai e mãe, demais ascendentes, avós, e descendentes, filhos, colaterais de 2º grau e por fim cônjuge ou companheiro.

## **2. DA QUESTÃO PROCEDIMENTAL PARA A COBRANÇA DOS ALIMENTOS AOS SUJEITOS DEVEDORES DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA**

O CPC admite cinco espécies de execução: execução para entrega de coisa; execução das obrigações de fazer e não fazer; execução por quantia certa contra devedor solvente; execução de prestação alimentícia e execução por quantia certa contra devedor insolvente. Mas para este trabalho observar-se-á a execução de prestação alimentícia.

A execução de alimentos pode ocorrer de quatro modos: desconto em folha de pagamento; cobrança de alugueis ou outros rendimentos do devedor; expropriação de bens; e por fim, a coerção (prisão civil), previstas no Capítulo V do Livro II do CPC, composta pelos artigos. 732 a 735 e, ainda, pelos artigos. 16 a 19 da Lei 5.478/68 (Lei de Alimentos).

O Estado utiliza de meios de coação e de sub-rogação para imperar a ordem jurídica. A primeira trata de multa e prisão, que são sanções de caráter intimidativo e de força indireta



para assegurar a observância das regras de direito, já a segunda o Estado atua como substituto do devedor, procurando alternativas para que o devedor cumpra a obrigação, conforme ensina Humberto Theodoro Junior<sup>13</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 5º, LXVII, determina que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.<sup>14</sup>

Logo, tratou a Lei de Alimentos, Lei nº 5.478/68, e o CPC, nos artigos 19<sup>15</sup> e 733<sup>16</sup>, respectivamente, regular a prisão por débito alimentar.

Art. 19 da Lei 5.478/68. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.

§ 1º O cumprimento integral da pena de prisão não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias, vincendas ou vencidas e não pagas.

§ 2º Da decisão que decretar a prisão do devedor, caberá agravo de instrumento.

§ 3º A interposição do agravo não suspende a execução da ordem de prisão.

Art. 733 do CPC. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Em que pese o art. 19 da Lei 5.478/68 conste a expressão de que a decretação da prisão do devedor até 60 (sessenta) dias, entretanto, o que se mostra aplicável é o contido no art. 733 do CPC, visto que consta a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses, visto que os

<sup>13</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*. 22. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. 2004. p. 46.

<sup>14</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 mai. 2015.

<sup>15</sup>BRASIL. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm)>. Acesso em: 11 de mai. 2015.

<sup>16</sup>BRASIL. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 11 de mai. 2015.



o prazo do primeiro artigo encontra-se acobertado pela discricionariedade do juiz em decretar o prazo mínimo de restrição da liberdade.

A prisão civil que decorre de execução de alimentos é a única modalidade de coerção pessoal aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O título permissivo para a execução pela coerção tende a ser a judicial, conforme art. 732 e 733 do CPC, pois há expressamente na redação dos artigos os termos que identificam como títulos judiciais, execução de sentença ou decisão, sendo, portanto, a execução de alimentos pela prisão apenas aos títulos judiciais.

Ademais a doutrina preceitua que seja utilizado uma ordem de preferência entre os meios executivos, optando o credor pelo menos gravoso para o executado, sendo que execução pela prisão civil, deve ser a última utilizada pelo credor, apenas quando as outras formas de expropriação tenham sido restadas infrutíferas. Assim, se entende do art. 18 da Lei nº 5.478/68 que “se, ainda assim, não for possível a satisfação do débito, poderá o credor requerer a execução da sentença na forma dos artigos 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil”<sup>17</sup>.

Quanto ao caráter da prisão civil, apesar de ser uma medida de execução extrema, tem cunho de coerção para o adimplemento do débito, ensina o autor Araken de Assis sustentando que:

A prisão civil não é propriamente meio de execução, mas meio coercitivo sobre o devedor, para forçá-lo ao adimplemento, porque, com a prisão em si mesma, não se obtém a satisfação do crédito alimentar. O que se busca é que, ante a ameaça de prisão, ou mesmo a sua concretização, o devedor pague a prestação alimentícia, como forma de evitar ou suspender o cumprimento da prisão.<sup>18</sup>

A prisão civil não tem caráter punitivo, pois se trata de forma de pressão psicológica sobre o animo do devedor, para obrigá-lo ao cumprimento da prestação, tanto que caso o

<sup>17</sup>BRASIL. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm)>. Acesso em: 11 de mai. 2015.

<sup>18</sup> CAHALI, op. cit. p. 734.



devedor seja preso pelo tempo determinado pelo juiz, a obrigação do pagamento ainda se torna exigível, mas por outro procedimento. Ressalvando que pode ser expedida novas ordens de prisão, independentemente de vezes, bastando estar inadimplente.

A prisão é uma medida extrema, tanto que somente é aplicada no âmbito penal, por ser a ultima ratio do ordenamento, e a discussão sobre a aplicabilidade no direito civil é muito questionada.

### **3. PRISÃO CIVIL AVOENGA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR SUBSIDIÁRIA**

O tema é bastante controvertido, pois há quem entenda pela possibilidade de prisão dos avós frente ao inadimplemento obrigacional de alimentar e há que entenda pela impossibilidade em razão de ser uma obrigação subsidiária.

Há licitude no pedido de alimentos em face dos avós, devendo, entretanto haver a comprovação de que se esgotaram os meios processuais disponíveis para o cumprimento da obrigação do alimentante primário, somente assim, podendo buscar a pretensão em face dos obrigados ascendentes, tornando dessa forma essa obrigação subsidiária e complementar.

A obrigação alimentar em regra não é solidaria, salvo quando assim explicitados em lei ou por convenção das partes interessadas.

Quando os avós são acionados para a prestação alimentar, há um cuidado maior quanto à fixação da obrigação alimentar, visto que são pessoas que merecem, em regra, uma atenção e tutela maior do Estado, e ainda mais por terem responderem subsidiária e complementarmente à obrigação, portanto, não pode ter o ônus da obrigação equitativa no quantum que cabe aos pais pagarem, observando, sempre o trinômio necessidade do alimentado, possibilidade do pagamento do devedor e proporcionalidade da fixação.





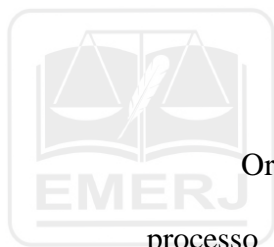
Dessa forma, considerando que resta consolidado que a obrigação alimentar dos avós, em relação aos devedores primários, pais, é subsidiária e complementar, e pelo fato de não se tratar de obrigação solidária, pelo princípio da proporcionalidade, não deve se aplicar a igualdade de responsabilidade atribuída aos devedores primários, não podendo, portanto, os avós sofrerem as mesmas formas executivas dos pais, em razão da subsidiariedade, e, por consequência, não se mostra adequada a execução de alimentos pelo rito da prisão em face dos avós.

Entretanto, o vínculo trazido pelo Código Civil autoriza os avós a serem devedores de alimentos, independentemente de sua idade, visto que o direito ao crédito está sustentado na incapacidade da pessoa que dele necessite.

E em razão da inexistência de óbice quanto à fixação de obrigação alimentar aos avós, desde que respeitado o caráter subsidiário e complementar, frente ao inadimplemento deste dever que é devedor, há possibilidade de prisão civil, por mais que haja proteção pelo Estatuto do Idoso.

A jurisprudência brasileira tem aplicado o princípio da proporcionalidade, no caso de obrigação alimentar, embora sem expressa disposição legal, consolidou o posicionamento de a coerção física só ser possível na cobrança das três últimas prestações não pagas ao ponderar e julgar que, para as pensões velhas, com mais de três meses de inadimplência, não se compatibiliza a execução com a coerção física, devendo o credor optar pelos outros meios executivos de menor potencial.

Ademais, conforme se aplica a todos os executados por débito alimentar, busca-se, entre os meios legais, a forma de expropriação de bens, seja por buscar as fontes que geram pagamento aos avós idosos, que geralmente, se dá pelo pagamento do INSS, sendo lícito o desconto em folha.



Ora, a discussão do quantum e capacidade contributiva dos avós é analisada no processo de conhecimento, o qual se verifica por meios de provas da capacidade de pagamento.

Ocorre que, mesmo assim, a prisão é permitida, independentemente da condição da pessoa, pois tal hipótese está legalmente autorizada pelo ordenamento jurídico no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, visto que não faz qualquer ressalva ou menção de exclusão do idoso da ordem de prisão por inescusável inadimplência alimentar, e que, portanto, pode ser empregada com fundamento no direito fundamental à tutela executiva.

O melhor entendimento é no sentido de que a prisão civil é aplicada em último caso tanto para os pais, provedores direto dos alimentos, quanto para os avós. E por mais que possa ser cruel admitir a prisão civil dos avós com idade avançada, não há empecilho algum para que a prisão recaia sobre os avós.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> BRASIL. Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. TJRJ AI 0021500-06.2012.8.19.0000. Relator Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 11 mai. 2015. “ALIMENTOS AVOENGOS. INADIMPLÊNCIA DO DEVEDOR. PRISAO CIVIL. DESCABIMENTO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEVEDOR DE ALIMENTOS. AVÓS. PRISÃO CIVIL. MEIO DE COERÇÃO EXCEPCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE. 1) A Constituição Federal excepciona o dever alimentar da vedação de prisão por dívida (CF, art. 5º, LXVII), sendo que tal permissivo constitucional tem previsão no art. 19 da Lei de Alimentos e no art. 733 do CPC. 2) Quanto à controvérsia envolvendo a possibilidade ou não de prisão civil como meio de coerção para a cobrança de encargos alimentícios avoengos, sem embargo das respeitáveis opiniões em contrário, fato é que, nem a Constituição, nem a lei processual fazem qualquer ressalva à modalidade da obrigação alimentar cujo inadimplemento autoriza a adoção do rito previsto no art. 733 do CPC. 3) Nada obstante, embora não se encontre expressamente vedada a adoção do rito previsto no art. 733 do CPC para a execução de débito alimentar devido por avós aos netos, tal possibilidade deve ser vista cum grano salis, haja vista que, se mesmo com relação àquele que figura como obrigado em primeiro lugar a prestar os alimentos, a prisão civil constitui medida de caráter excepcional, com mais razão tal providência deve ser examinada em relação ao devedor dos alimentos de natureza complementar. 4) E, na espécie, a agravada é pessoa idosa, que já conta 76 anos de idade, combatida pelas mazelas físicas naturais a uma pessoa de idade avançada, sendo, portanto, incompatível com as circunstâncias apresentadas nos autos a execução pelo rito previsto no art. 733 do CPC. 5) De todo modo, conforme os próprios alimentantes noticiam nos autos, a sua avó é pessoa dotada de expressivo patrimônio, de molde que, em termos processuais, não se justifica a aplicação da técnica mais agressiva de coerção indireta, assim entendida a prisão civil, dado o seu caráter excepcional, que, no caso, mais operaria como espécie de vindita pessoal, quando se apresenta mais eficaz à realização do crédito exequendo a modalidade de execução por meio de atos de expropriação, nos termos do art. 732 da Lei Adjetiva. 6) Recurso ao qual se nega provimento”.



## CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi demonstrar a necessidade de proteção dos avós idosos quando se tornam obrigados ao cumprimento de débito alimentar em favor dos netos, e sobrevivendo a hipótese de se tornarem inadimplentes, poderão responder por execução de alimentos pelo rito da coerção física, na modalidade prisão.

A importância da matéria tratada no presente trabalho afere-se pela junção de elementos que se posicionam quanto à prisão dos avós idosos em razão de pensão alimentícia, visto que se trata de uma restrição de liberdade excessiva diante da fragilidade dos idosos perante a sociedade.

Portanto, cumpre esclarecer que a obrigação alimentar carrega diferentes características, que a destoam das demais obrigações civis, e em razão disso o montante a ser fixado aos avós idosos deve ser de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante.

Dessa forma, fica devidamente demonstrado que o pedido de alimentos em face dos avós, deve primeiramente ter a comprovação de que se esgotaram os meios processuais disponíveis para o cumprimento da obrigação do alimentante primário, e somente após essa análise, se poderia buscar a pretensão em face dos obrigados ascendentes, avós.

Se tiver o exequente direito a crédito e se não ocorrer a satisfação voluntária pelo devedor, deve aquele provocar o Estado para buscar seus direitos em processo célere no sentido de ver sua pretensão realizada.

Diante disso, conforme abordado no corpo deste trabalho, a inequívoca demonstração da colisão de princípios e o sentimento social de solidariedade voltado aos avós, torna-se inequívoco que há necessidade de repensar sobre a prisão dos avós por descumprimento do dever alimentar, com fito de trazer segurança jurídica à sociedade e garantir a dignidade da pessoa humana diante da excepcionalidade dessa prisão que pode recair nos avós, que



respondem subsidiariamente pelo pagamento do débito alimentar, uma vez que são um grupo social que já possui direitos fundamentais para sua proteção instituídos pela Constituição Federal e Estatuto do Idoso.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. TJRJ AI 0021500-06.2012.8.19.0000. Relator Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm)>. Acesso em: 11 de mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 11 de mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 11 mai. 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

GOMES, Orlando, *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, 4. ed. São Paulo: RT, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*. 22. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. 2004.



## INAFESTABILIDADE DA JURISDIÇÃO: O CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Diego Viegas Barbosa

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisador no Grupo de Pesquisa e Documentação do Empresariamento da Saúde – GPDES/UFRJ. Advogado.

**Resumo:** O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE profere decisões de cunho administrativo na área de defesa da concorrência. O presente trabalho visa entender a finalidade do órgão e a natureza jurídica de suas decisões a fim de enfrentar o tema relativo à revisão judicial destas.

**Palavras-chave:** Direito administrativo. Sindicabilidade dos atos administrativos. Agências reguladoras. CADE.

**Sumário:** Introdução. 1. Sindicabilidade judicial dos atos administrativos. 2. CADE – função, estrutura e natureza jurídica. 3. Revisão judicial das decisões do CADE. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho busca analisar o tema controle judicial de atos administrativos no tocante à possibilidade, viabilidade e limites do controle judicial de atos administrativos emitidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, XXXV a inafastabilidade do controle do Poder Judiciário sobre eventuais lesões ou ameaças de lesões a direito. Nesse sentido a doutrina tem debatido intensamente sobre a possibilidade de revisão dos atos administrativos de caráter judicante emitidos pelas autarquias de regime especial, também conhecidas como agências reguladoras.

Nos últimos 25 anos, a Administração Pública brasileira vem sofrendo modificações na sua forma de gestão. Uma das principais mudanças está ligada à descentralização da Administração. A elevação do CADE à categoria de autarquia de regime especial após a



entrada em vigor da Lei n. 8.884/94 é um dos reflexos dessa nova tendência. Com a maior relevância adquirida pelo CADE, principalmente após a promulgação da Lei n. 12.529/12, é essencial entender os limites da revisão judicial de seus atos administrativos.

Antes de adentrar as especificidades da revisão dos atos emanados pelo CADE é preciso entender como se dá e quais são os limites da sindicabilidade dos atos administrativos em geral. Após isso deve-se localizar o CADE dentro da estrutura administrativa estatal e identificar sua natureza jurídica para só então descompatibilizar as controvérsias existentes acerca da revisão judicial das decisões administrativas emanadas pelo CADE.

A metodologia adotada consiste na revisão bibliográfica através de artigos e livros doutrinários, bem como pesquisa jurisprudencial não sistemática.

## 1. SINDICABILIDADE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O conceito de separação de poderes divide as funções do Estado por três poderes diferentes, de forma que através de um sistema de freios e contrapesos<sup>1</sup> os indivíduos possam ser resguardados de eventuais arbitrariedades estatais, bem como assegurar a própria existência do Estado contra abusos do Governo.

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 traz em seu art. 5º, XXXV<sup>2</sup> o princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>3</sup> assegurando o que a doutrina aponta como sistema inglês ou de jurisdição una. Neste sistema a função jurisdicional é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário<sup>4</sup>, que é o único a proferir decisões revestidas com a

<sup>1</sup> Também conhecido como *checks and balances system*.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 out. 2014. O texto legal traz a seguinte disposição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>3</sup> Maiores esclarecimentos acerca de tal princípio podem ser encontrados em PANCOTTI, Jose Antonio. *Inafastabilidade da jurisdição e o controle judicial da discricionariedade administrativa*. São Paulo: LTR, 2008.

<sup>4</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 83.



qualidade da coisa julgada. Dessa forma, tal poder tem como função exercer a correção das atividades estatais.

Interessante notar que o conceito de ato administrativo dado por Celso Antônio Bandeira de Mello já prevê a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário:

É possível conceituar ato administrativo como: declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.<sup>5</sup>

A classificação dos atos administrativos em vinculados e discricionários é a que mais importa para os fins deste trabalho. José dos Santos Carvalho Filho aponta que quando a lei indicar o motivo e o objeto do ato esse será vinculado, de forma que o agente público não possui nenhum poder de valoração quanto a tais elementos. Por outro lado, nos atos discricionários a lei permite que o agente pondere os aspectos de conveniência e oportunidade quanto à realização do ato, o que também é conhecido como mérito administrativo<sup>6</sup>. Segundo a definição do autor, o poder discricionário é “a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”.

É preciso diferenciar a discricionariedade de conceitos jurídicos indeterminados. Diogo de Figueiredo aponta que aquela está ligada à possibilidade de decisão por parte do administrador entre várias opções de mérito, todas a serem escolhidas dentro da moldura legal prefixada para atuação administrativa. No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, a norma possui uma vagueza semântica e; portanto, necessitam de atividade interpretativa para serem precisados<sup>7</sup>. No entanto, por questão de lógica, somente permitem uma única interpretação adequada diante de determinados fatos devendo ser tratado como um “problema

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49-55.

<sup>7</sup> Exemplos: reputação ilibada, notório saber, calamidade pública.



de correta aplicação do direito”<sup>8</sup>. O Supremo Tribunal Federal – STF assim se posiciona sobre o assunto:

A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.<sup>9</sup>

Como nos atos vinculados a atuação do agente público está adstrita aos motivos e objetos traçados pela lei, não surge maiores dificuldades da doutrina em apontar a possibilidade de revisão judicial de tais atos. No entanto, a discussão sobre a revisão judicial surge quanto aos elementos motivo e objeto dos atos administrativos discricionários, pois o poder discricionário do administrador surge exatamente porque o legislador não consegue antecipar todas as façanhas sociais<sup>10</sup>.

A moderna doutrina administrativista aponta que a clássica acepção de insindicabilidade do mérito administrativo não encontra respaldo na atual ordem constitucional<sup>11</sup>. A discricionariedade que o administrador possui não deve ser confundida com arbitrariedade<sup>12</sup>. Não há discricionariedade que não esteja vinculada aos princípios do ordenamento jurídico. Caso o magistrado verifique que um princípio foi violado, será possível o controle do ato, pois o administrador não possui discricionariedade para contrariar a norma.

<sup>8</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p. 149. Contra, entendendo que esse entendimento deve ser considerado ultrapassado e que cabe ao magistrado apenas verificar a sustentabilidade das razões da autoridade administrativa, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 314-315.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS n. 24.699. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em: 11 out. 2014.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, op. cit. p. 49.

<sup>11</sup> A clássica lição de Hely Lopes Meirelles indica que o mérito administrativo é insindicável, somente cabendo o controle da legalidade do ato. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 203.

<sup>12</sup> Lenio Luiz Streck realiza oportuna crítica relativa à extrapolação dos limites hermenêuticos do texto: “Esse ‘ir-além-do-texto’, enfim, essa discricionariedade que se transforma em arbitrariedade, tem lugar a partir de diversas teorias que colocam na subjetividade do intérprete o locus do processo hermenêutico, tais como as teorias realistas e axiologistas (por vezes, simplesmente voluntaristas) em geral, que, quando lhes interessa, relegam os textos jurídicos a um plano secundário, sob o pretexto de que “cabe ao intérprete a descoberta dos valores escondidos embaixo do texto”. Nesse caso – e não faltam exemplos nesse sentido – até mesmo os textos constitucionais podem soçobrar diante da ‘plenipotenciabilidade’ da ‘consciência do intérprete’. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juizes”*. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermenutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermenutica.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2014.





Dessa forma, os principais balizadores para averiguação da conformidade do ato aos limites dados pela norma são os princípios da razoabilidade e proporcionalidade<sup>13</sup>. Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao agora exposto:

Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade<sup>14</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que a discricionariedade se coloca em um plano abstrato e anterior a qualquer aplicação a ser dada à norma. A amplitude da discricionariedade dependerá do exame do caso concreto. A mesma norma permitirá maior discricionariedade em determinados casos que em outros e em determinadas situações nem mesmo haverá espaço de decisão para o administrador. Nestas situações sem espaço para o poder discricionário, temos uma situação conhecida como discricionariedade reduzida a zero<sup>15</sup>.

Dessa forma, o autor aponta que,

O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, em concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada<sup>16</sup>.

Nesse sentido Gustavo Binenbojm aponta que no lugar de uma predefinição estática de atos que podem ou não sofrer controle – como através da adoção da categoria de atos vinculados ou discricionários – melhor seria adotar critérios dinâmicos. Estes devem levar em conta não apenas a programação normativa do ato como também a idoneidade de cada um dos

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Cristiano de. Devido processo e controle de juridicidade do mérito do ato administrativo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 7, p. 98 a 113, ago. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/5290>>. Acesso em: 11 Out. 2014.

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.001.673. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=778394&num\\_registro=200702545680&data=20080623&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=778394&num_registro=200702545680&data=20080623&formato=PDF)>. Acesso em: 11 out. 2014.

<sup>15</sup> MELLO, op. cit. p. 953-954

<sup>16</sup> Ibidem.



Poderes para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas<sup>17</sup>.

Percebe-se; portanto, que é possível a revisão judicial dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário a fim de verificar se a discricionariedade se deu dentro das balizas permitidas pela norma, devendo-se observar sempre a estrutura de cada Poder da República.

## 2. CADE – FUNÇÃO, ESTRUTURA E NATUREZA JURÍDICA

O CADE é atualmente uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e faz parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC<sup>18 19</sup>.

A criação do CADE se deu pela Lei 4.137/62 na forma de órgão do Ministério da Justiça, integrante da administração pública direta. Salgado afirma que “a lei criou o Cade como um tribunal administrativo inspirado no desenho norte-americano de agências, em particular da Federal Trade Commission, sua congênere naquele país”<sup>20</sup>.

Após a entrada em vigor da Lei 8.884/94 que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica o CADE passou a ter natureza jurídica de autarquia. Essa mudança veio no bojo do sistema de descentralização da administração pública e das

<sup>17</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 315-316.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015. O art. 3º da Lei assim dispõe: “O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.”

<sup>19</sup> Ibidem. O art. 4º da Lei assim dispõe: “O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.”

<sup>20</sup> SALGADO, Lucia Helena. *Defesa da concorrência no Brasil em momento de decisão*. p. 2. Disponível em: <[http://works.bepress.com/lucia\\_salgado/12](http://works.bepress.com/lucia_salgado/12)>. Acesso em: 07 jan. 2015.



reformas liberalizantes do Governo Collor, sobretudo porque se entendia necessário um maior controle governamental sobre o exercício abusivo do poder de mercado<sup>21</sup>.

Na vigência da Lei 8884/94 o SBDC era formado pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – Seae e pelo próprio CADE. De modo geral a SDE fazia o papel de órgão investigador do sistema, a Seae emitia pareceres técnicos nos procedimentos administrativos e o CADE atuava como tribunal administrativo.

Recentemente o SBDC sofreu uma reforma em sua estrutura através da Lei 12.529/11 cujo art. 3º aponta que o sistema é atualmente composto apenas pelo CADE e pela Seae. O CADE foi desmembrado em três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. O Tribunal Administrativo exerce função judicante, porém não jurisdicional, decidindo sobre a existência de infração à ordem econômica e realizando o controle de atos de concentração (aquisições, fusões e incorporações), entre outras atribuições. A Superintendência-Geral passou a realizar as funções que antes cabiam à SDE.

O SBDC possui no topo de sua estrutura o CADE, que através da função judicante, com “jurisdição” em todo o território nacional, atua repressiva e preventivamente no sentido de evitar ou mitigar os efeitos de práticas que afetam a livre concorrência. O prejuízo à concorrência não pressupõe atos, *a priori*, ilícitos. A ilicitude frente ao direito da concorrência decorre da análise do impacto do ato em um determinado contexto econômico-social<sup>22</sup>, porém, em alguns casos a Lei 12.529/11 estabelece uma presunção de ilicitude e lesividade à livre concorrência<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Ibidem, p.3.

<sup>22</sup> CRAVO, Daniela Copetti. *A natureza da intervenção judicial do CADE*. 2010, p. 589. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2010/mh-tema-1-estudantes>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>23</sup> BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015. O art.



Desde a transformação do CADE em autarquia, a doutrina aponta que sua natureza jurídica é de autarquia em regime especial, mais precisamente na qualidade de agência reguladora<sup>24</sup>. Destarte o CADE é uma autarquia especial pertencente à estrutura do Poder Executivo, com exercício de função judicante não jurisdicional<sup>25</sup>, que serve de “forma alternativa de resolução de conflitos que envolvam a ordem econômica”<sup>26</sup>.

Conforme lição de Barroso, as agências reguladoras “são dotadas de privilégios específicos que a lei lhes outorgou, tendo em vista a consecução de seus fins” em que “a pedra de toque desse regime especial é a sua independência em relação ao Poder Público”<sup>27</sup>.

A independência é o eixo central da política que criou as agências reguladoras no Brasil. Através dela procurou-se assegurar que os excessos do Poder Executivo fossem evitados, pois autarquias têm seus dirigentes nomeados pelo Poder Executivo. O objetivo era mitigar a intervenção do governo no funcionamento dos órgãos reguladores da economia a fim de garantir alguma isenção na condução de suas atividades, mesmo que contra interesses do governo<sup>28</sup>.

Dessa forma, a estrutura das agências reguladoras inclui mecanismos tais como: forma colegiada de decisão, impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos diretores, período do mandato da diretoria não coincidente com o período do mandato do chefe do Poder Executivo. A forma colegiada visa diminuir as influências externas sobre os tomadores de

---

36 da Lei assim dispõe Art. 36, §2º da Lei 12.529/11: “Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

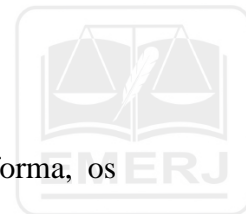
<sup>24</sup> CRAVO, op. cit., p. 588.

<sup>25</sup> “A autonomia funcional das agências refere-se a sua capacidade de editar normas, fiscalizar sua aplicação e resolver litígios, em uma atividade denominada pela doutrina como quase jurisdicional.” JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito nas agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 525.

<sup>26</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Revisão judicial das decisões do CADE. Revista da Escola da Magistratura Federal da 2ª Região – EMARF, Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª Região, v. 9, n. 1, ago. 1999, p. 32.

<sup>27</sup> BARROSO, apud CRAVO, Daniela Copetti. *A natureza da intervenção judicial do CADE*. 2010, p. 589. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2010/mh-tema-1-estudantes>>. Acesso em: 29 mar. 2015, p. 588.

<sup>28</sup> AGUILLAR, apud SAMPAIO, Paulo Soares. A independência real das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília: Editora UnB, v. 5, n. 1, p. 135-173, jan./dez. 2013.



decisão, pois ainda que não torne impossível, cria certo obstáculo. Da mesma forma, os mandatos escalonados e com início e fim em períodos diferenciados também dificultam eventual influência que o mercado regulado venha a exercer sobre a diretoria das agências<sup>29</sup>.

Gustavo Binenbojm aponta que a independência (ou autonomia reforçada) das agências reguladoras está amparada nas seguintes características:

(i) a independência política (dirigentes nomeados a termo, gozando de estabilidade durante o mandato); (ii) a independência administrativa (descabimento de recursos hierárquicos impróprios de suas decisões aos agentes governamentais); (iii) a independência financeira (orçamentos próprios e fontes de receita próprias)<sup>30</sup>.

Nobre Júnior aponta também a existência de uma independência normativa que seria necessária para o exercício da regulação daqueles setores da economia deixados a cargo da agência reguladora<sup>31</sup>.

A função regulatória é – além de normativa e executiva – também judicante. Esta sobressalta quando a agência reguladora tratada é o CADE, pois sua função precípua é a de tribunal administrativo. Ao exercer função judicante as agências contribuem para o aprimoramento do sistema normativo e para a regulação através da experiência adquirida com o julgamento dos casos a elas submetidos<sup>32</sup>.

Dessa forma a doutrina, amparada nas características atribuídas ao CADE, não hesita em classificá-lo como agência reguladora, ainda que não porte tal “rótulo legislativo de agência ou autarquia sob regime especial”<sup>33</sup>.

### 3. REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

<sup>29</sup> PRADO, apud SAMPAIO, Paulo Soares. A independência real das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília: Editora UnB, v. 5, n. 1, p. 135-173, jan./dez. 2013, p. 157

<sup>30</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 317.

<sup>31</sup> SILVA JÚNIOR, op. cit., p.33.

<sup>32</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 68.

<sup>33</sup> NOBRE, apud SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Revisão judicial das decisões do CADE. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 2ª Região – EMARF*, Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª Região, v. 9, n. 1, ago. 1999, p. 33.



A revisão judicial das decisões do CADE é tema relacionado ao controle da atividade regulatória. Exatamente em virtude da independência das agências reguladoras é que a possibilidade e limites da revisão judicial de seus atos é motivo de intenso debate na doutrina, principalmente em razão da independência técnica de tais agências.

Quando o CADE ainda não gozava de natureza jurídica de autarquia – no âmbito da Lei 4.137/62 – a intervenção do Poder Judiciário em sua atuação é apontada como um dos maiores problemas enfrentados pelo órgão para a concretização de suas atribuições legais. Aponta-se que a atuação do Poder Judiciário na salvaguarda das garantias individuais constitucionalmente asseguradas levou a que a maioria das decisões do CADE tivesse seus efeitos suspensos por mandados de segurança impetrados pelas pessoas condenadas<sup>34</sup>.

Lucia Helena Salgado aponta que a eficácia da Lei 4.137/62 foi absolutamente nula, pois em três décadas de funcionamento (1962 a 1991) o CADE julgou 117 casos que levaram a condenações por práticas restritivas da concorrência. No entanto, todas essas decisões administrativas foram derrubadas por decisões judiciais<sup>35</sup>.

Seidman e Gilmour apontam para um crescimento da importância do papel do Poder Judiciário sobre o controle dos atos das agências reguladoras. Tais autores relatam que

O crescimento do Estado regulador tornou o Judiciário um participante ativo do jogo administrativo, deixando o papel de árbitro relativamente neutro. Para os autores, a externalização dos conflitos entre as agências reguladoras e os agentes econômicos do setor regulado trará ao Judiciário um papel significativo, senão o mais importante ente os atores do processo administrativo<sup>36</sup>.

Já no âmbito da Lei 12.529/11, a questão ganha complexidade quando se trata de atos administrativos de cunho técnico-científico. Invocando o princípio da unidade da jurisdição, Marcos Juruena Villela Souto, afirma que as decisões das agências reguladoras

<sup>34</sup> FORGIONI, apud CRAVO, Daniela Copetti. *A natureza da intervenção judicial do CADE*. 2010, p. 589.

Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2010/mh-tema-1-estudantes>>. Acesso em: 29 mar. 2015, p.587.

<sup>35</sup> SALGADO, op. cit., p. 2.

<sup>36</sup> SEIDMAN; GILMOUR, apud SAMPAIO, Paulo Soares. A independência real das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília: UnB, v. 5, n. 1, p. 135-173, jan./dez. 2013, p. 154.



podem ser submetidas à revisão do Poder Judiciário<sup>37 38</sup>. A independência do CADE não teria o condão de afastar os mecanismos tradicionais de controle judicial, mas apenas de evitar a pressão política sobre os juízos técnicos emitidos pelo órgão regulador que deve agir de forma equidistante aos interesses envolvidos. Não obstante, aponta que seria possível invocar o princípio da separação dos poderes para evitar que o Poder Judiciário adentrasse critérios de valoração técnica inerentes à atividade regulatória<sup>39</sup>.

No tocante à extensão do controle judicial, apesar de se afirmar que ele é possível, tal afirmação quase sempre vem acompanhada de ressalva quanto à complexidade da questão técnica submetida a controle.

O exercício da composição de litígios integra as competências estabelecidas para as agências reguladoras. Ao interessado, não é impedida a via judicial. Todavia, a especificidade dos temas levados a cada agência torna mais fácil sua compreensão pelo árbitro administrativo do que por um magistrado<sup>40</sup>.

Sempre que a matéria tratada possuir alta complexidade técnica e a dinâmica específica reduzir os parâmetros objetivos de atuação segura do Poder Judiciário, Gustavo Binbenbojm aponta que o controle judicial sobre o ato deve ser menor. “Nestes casos a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle.” Ademais, o citado autor aponta que o Poder Executivo dispõe de maior lastro de legitimação democrática, o que em determinadas situações o coloca em posição preferencial para dar decisão final sobre a matéria técnica<sup>41</sup>.

Não obstante as decisões do CADE serem de caráter técnico, elas muitas vezes partem de pressupostos fáticos, os quais são perfeitamente capazes de serem objeto de análise pelo Poder Judiciário. Da mesma forma, a aplicação de multas ou de obrigações de fazer ou

<sup>37</sup> Segundo o autor isso não seria possível de ocorrer no sistema de contencioso administrativo, adotado pela França, em que há uma instância própria para o controle dos atos da Fazenda Pública.

<sup>38</sup> Também no sentido do texto: SILVA JÚNIOR, op. cit., p. 34.

<sup>39</sup> SOUTO, op. cit., p. 371.

<sup>40</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 154

<sup>41</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 316.



não fazer<sup>42</sup> aplicadas como requisito para a concretização de determinados negócios jurídicos podem ser objeto de análise quanto à sua proporcionalidade e razoabilidade. Assim, ainda que não seja órgão especializado na matéria econômica, haveria espaço para atuação do Poder Judiciário mesmo nas questões eminentemente técnicas relativas ao direito da concorrência e proteção do mercado<sup>43</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, através do Ministro João Otávio, relator do REsp 572.070/PR entendeu que quando aplicados critérios de natureza predominantemente técnica, deve-se privilegiar a atuação das agências reguladoras, desde que as regras sejam prévias, claras e objetivas, com o fim de criar ambiente favorável ao desenvolvimento do setor.

ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.

2. A delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão.

3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.

4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários.

4. Recurso especial conhecido e provido<sup>44</sup>.

Walter Nunes da Silva Junior aponta que não obstante o Ministro tenha afirmado privilegiar a ação das agências reguladoras, houve análise de mérito quanto às regras adotadas

<sup>42</sup> Ex: Alienar parte de seu estabelecimento comercial para empresa concorrente do mesmo setor.

<sup>43</sup> SILVA JÚNIOR, op. cit., p. 36.

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 572.070/PR. Relator: Ministro João Otávio. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=1103800&tipo=51&nreg=200301280351&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20040614&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 27 abr. 2015.





por esta, pois foi emitido juízo de valor acerca da clareza e objetiva das regras. O autor afirma que o Superior Tribunal de Justiça – ainda que este tenha dito o contrário – reexaminou matéria de ordem técnica para dizer que as regras adotadas pela agência reguladora eram juridicamente pertinentes<sup>45</sup>.

Já no AgRg na MC 8.791/RS julgado pela 1ª turma do STJ o relator, Ministro Luiz Fux, aponta que

(...) 9. Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE) não inibe a intervenção do Judiciário in casu, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, a fortiori, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.

10. Decisão atacada que, analisando as condições de mercado, fixou percentuais de participação de trabalhadores autônomos com fulcro no pilar da livre iniciativa, um dos fundamentos da República, posto valorizar o trabalho humano, conspirando em prol de uma sociedade digna, justa e solidária, como promete o novel Estado Principiológico Brasileiro, delineado no ideário da nação, que é a nossa Constituição Federal. Aliás, o art. 170 da CF dispõe: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:” Para esse fim, presta-se a intervenção estatal no domínio econômico, que, dentre outras medidas, consubstancia-se na repressão ao abuso do poder econômico consistente em medidas estatais que positivamente impedimentos à formação ilegal de cartéis ou a práticas comerciais abusivas. (...) <sup>46</sup>

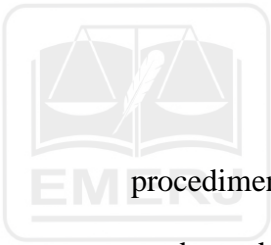
Percebe-se que ambas as turmas da corte se manifestaram em processos de controle de atos decisórios do CADE realizando análise do conteúdo dos atos, o que vai de encontro à doutrina citada ao longo deste trabalho.

Ainda que algumas vezes na doutrina se manifestem pela impossibilidade de submissão das decisões do CADE ao controle judicial, Caroline Sanselme Vieira conclui que diversos autores e tribunais sustentam essa possibilidade devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>47</sup>. No entanto, aponta que todo o material produzido no

<sup>45</sup> SILVA JÚNIOR, op. cit., p. 39

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 8.791/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=1483789&tipo=91&nreg=200401106296&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20041213&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

<sup>47</sup> VIEIRA, Caroline Sanselme. CADE X Judiciário: estudo sobre a revisão judicial das decisões do CADE no contexto da globalização. 2008. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=7145](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7145)>. Acesso em: 13 abr. 2015. p. 119-120



procedimento administrativo deve ser aproveitado como prova técnica, devendo o Judiciário se abster de produzir novamente as mesmas provas a fim de evitar morosidade excessiva.

Por fim, há que se frisar que as matérias econômicas, por suas especificidades, demandam soluções rápidas aptas a acompanhar a velocidade do mercado, que pode acabar sendo prejudicado pela morosidade inerente aos julgamentos judiciais<sup>48</sup>.

## CONCLUSÃO

Não obstante parte da doutrina contestar a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle dos atos administrativos de caráter técnico emanados das agências reguladoras, o texto expresso da Constituição que garante a reserva de jurisdição não pode ser distorcido a ponto de afastar o ato do alcance do Poder Judiciário.

Dessa forma, o ato deve ser reavaliado a fim de garantir que as garantias processuais prevaleçam também no procedimento administrativo junto ao CADE. Quanto ao aspecto material, a sindicabilidade do ato também se mostra viável, pois o trabalho já realizado na seara administrativa deve ser mantido – sempre que possível – como prova pericial constituída durante procedimento administrativo. A possibilidade de instrução probatória durante o processo é a garantia de que o direito material prevalecerá, ainda que o magistrado não seja um perito na área de defesa da concorrência.

---

<sup>48</sup> VIEIRA, op. cit., p. 171-172.



## REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 8.791/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=1483789&tipo=91&nreg=200401106296&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20041213&formato=PDF&salvar=falso>>. Acesso em: 27 br. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 572.070/PR. Relator: Ministro João Otávio. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=1103800&tipo=51&nreg=200301280351&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20040614&formato=PDF&salvar=falso>>. Acesso em: 27 br. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.001.673. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=778394&num\\_registro=200702545680&data=20080623&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=778394&num_registro=200702545680&data=20080623&formato=PDF)>. Acesso em: 11 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RMS n. 24.699. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em: 11 out. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CRAVO, Daniela Copetti. *A natureza da intervenção judicial do CADE*. 2010, p. 589. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2010/mh-tema-1-estudantes>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito nas agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Cristiano de. Devido processo e controle de juridicidade do mérito do ato administrativo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 7, p. 98 a 113, ago. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/5290>>. Acesso em: 11 Out. 2014.

SALGADO, Lucia Helena. *Defesa da concorrência no Brasil em momento de decisão*. p. 2. Disponível em: <[http://works.bepress.com/lucia\\_salgado/12](http://works.bepress.com/lucia_salgado/12)>. Acesso em: 07 jan. 2015.

SAMPAIO, Paulo Soares. A independência real das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília: Editora UnB, v. 5, n. 1, p. 135-173, jan./dez 2013.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Revisão judicial das decisões do CADE. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 2ª Região – EMARF*, Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª Região, v. 9, n. 1, ago. 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2014.

VIEIRA, Caroline Sanselme. CADE X Judiciário: estudo sobre a revisão judicial das decisões do CADE no contexto da globalização. 2008. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=7145](http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7145)>. Acesso em: 13 abr. 2015.





**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**  
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090  
[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br)