

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

Volume 7 - nº 1 - Tomo II (E/H) - jan.-jun. 2015



Elaborado no 1º Semestre 2015



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

Volume 7 - nº 1 - Tomo II (E/H) - 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

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.



Ediniel Rodrigues Lopes da Silva

OS LIMITES À LIBERDADE DE ESCOLHA E A INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS PROCEDIMENTOS MÉDICOS 457

Eduardo Guido Ferreira Cavaliere D'Oro

LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS E A SUA RELAÇÃO COM A SEGURANÇA JURÍDICA 477

Eduardo Ligiéro Rocha

AS DECISÕES PODER JUDICIÁRIO E SUAS INFLUÊNCIAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS 493

Eduardo Telles de Menezes Pereira

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET 510

Elias Ramos Verdin

LIMITAÇÃO TEMPORAL DA FIANÇA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO 526

Eline Moreira Ferreira de Oliveira

A EFETIVIDADE DAS DECISÕES DE GUARDA COMPARTILHADA SEM O CONSENSO ENTRE OS PAIS 540

Elza Monteiro Stille

SISTEMA PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O PODER PERSECUTÓRIO DO JUIZ: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 557

Érica Lima Teixeira Neves

SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E O VALOR INDENIZATÓRIO MÍNIMO A TÍTULO DE REPARAÇÃO DE DANO 573



Erivam Paulo da Silva

A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL: OS CUSTOS DOS DIREITOS 590

Fabio Henrique da Silva Monteiro

A DISPENSA DA FIANÇA ARBITRADA PELO DELEGADO DE POLÍCIA AO
INDICIADO POBRE 611

Fábio Lima de Almeida

O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E A DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA..... 627

Felipe Gonçalves Rangel

A EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL E O ÔNUS DA PROVA: PODERES INSTRUTÓRIOS
DO JUIZ E A DINAMIZAÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO 643

Felipe Lopes Fernandes Mattos

SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR: UMA REFLEXÃO SOBRE OS
LIMITES DE PROTEÇÃO DO VULNERÁVEL 658

Fernanda dos Santos Coutinho

A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
FRENTE À CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO 669

Fernanda Maria Gomes da Motta

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO ANTECIPADO COMO
EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DOS CONTRATOS 686

Fernando Ferreira Duarte

PECULIARIDADES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO RIO DE JANEIRO E A
REINSERÇÃO SOCIAL..... 703

Gabriel Rodrigues Miceli

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA SEGURANÇA PÚBLICA:
INCURSÕES EM COMUNIDADES CARENTES 718

Guilherme Becker Atherino

A CONTROVÉRSIA ACERCA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, À LUZ
DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES 735



Guilherme de Oliveira Jamel

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI 755

Guilherme Mendes Larghi

AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.129/2015 NA LEI DE ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 780

Herbert Schulz Figueiredo

A ESCOLHA DOS PARCEIROS NAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP'S) À LUZ DA LEI N. 13.019/14 797

Hugo Holanda Soares

RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO E CONFLITO APARENTE DE NORMAS 815



OS LIMITES À LIBERDADE DE ESCOLHA E A INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS PROCEDIMENTOS MÉDICOS

Ediniel Rodrigues Lopes da Silva

Graduado pela Faculdade de Direito de
Santo Antônio de Pádua – FASAP.
Advogado.

Resumo: Com o advento da Carta Magna em 1988, na qual o constituinte originário instituiu um Estado Social Democrático de Direito, uma série de direitos que eram protegidos por meio da intervenção do Estado, notadamente pelo Poder Judiciário deixaram de ser objeto de intervenção estatal, já que passaram a integrar outra categoria individual de direitos, os direitos fundamentais. Dessa forma, não só o respeito à diversidade cultural, mas também a diversidade de comportamentos e escolhas por parte de cada indivíduo existente na sociedade tornaram-se objeto de discussão. No presente artigo, busca-se demonstrar se as decisões e escolhas que tenha repercussão no chamado mínimo existencial são de escolha exclusiva do indivíduo ou podem sofrer restrições ou limitações.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos da Personalidade. Autonomia da Dignidade humana. Intervenção e Limitação pelo Estado. Procedimentos Médicos.

Sumário: Introdução. 1. O conceito de Dignidade Humana no Estado Moderno. 2. Autonomia da vontade como conteúdo mínimo 3. A limitação pelo Poder Judiciário à liberdade de escolha nos procedimentos médicos com fundamento na heteronomia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente a autonomia da dignidade humana é considerada com um das bases formadoras de um Estado Democrático de Direito. Dessa forma a autonomia humana é um elemento intrinsecamente ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas do ordenamento jurídico. É pacífico que decisões sobre a vida privada, ideologia, e outras escolhas personalíssimas não podem ser retiradas ou limitadas da esfera de escolha do indivíduo sem afetar a dignidade da pessoa humana no aspecto ligado a liberdade de escolha.



Todavia, numa concepção moderna, o conceito e o conteúdo da expressão dignidade humana pode ser desmembrado basicamente em duas acepções, ou diversas dimensões. A primeira delas seria o direito de estar ou permanecer vivo, e a segunda o direito a receber uma saúde adequada. Portanto, o direito de poder escolher e ser respeitado em sua escolha é um direito fundamental para a individualidade de cada ser, uma vez que o Estado lato sensu, em regra, não pode realizar intervenções médicas ou limitar a liberdade de escolha dentre as opções de vida que cada indivíduo entenda ser melhor.

Assim sendo, o trabalho visa a demonstrar a possibilidade dos indivíduos exercerem ampla liberdade de escolha em seus procedimentos médicos, como forma de preservar o viés autonômico da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

No entanto, tal liberdade não afasta a possibilidade de intervenção ou limitação, à vontade do paciente, pelo Poder Judiciário para garantir a dignidade humana dos pacientes sob seu viés heteronômico e não apenas sob o enfoque amplo e irrestrito da autonomia baseado na liberdade de escolha.

Dessa forma, ficaria a intervenção do Poder Judiciário, forma de restrição ou limitação objetiva na liberdade de escolha dos indivíduos, apenas como uma situação excepcional e protecionista visando à garantia do direito à vida, quando a autonomia privada estiver prejudicada pela capacidade de escolha e decisão.

Sendo assim, o consentimento informado, principal expressão concreta da autonomia do paciente nos procedimentos médicos, deveria ou não ser privilegiado e respeitado pelo Estado, como instrumento idôneo e eficaz de garantir a dignidade humana das pessoas.

Objetiva-se, portanto, demonstrar um conflito aparente entre os princípios da liberdade de escolha, derivado da autonomia privada dos indivíduos e a proteção ao direito à vida, exercido pelo Estado. Visto que, o conceito de dignidade da pessoa humana é amplo e



complexo, exigindo sua aplicação de forma ponderada, ou seja, através de um sopesamento de valores no caso concreto.

Sendo, portanto, o Poder Judiciário um dos principais agentes transformadores da sociedade contemporânea, é em seu próprio âmbito que é questionado a legitimidade de certas decisões que determinam a intervenção do Estado nos procedimentos médicos, contrapondo à liberdade de consentimento, ou até mesmo a recusa do pacientes nos casos de situações graves capazes de comprometer a própria vida do paciente.

1. O CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA NO ESTADO MODERNO

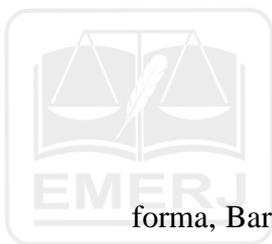
O significado da expressão dignidade humana bem como seu conteúdo é um tema que até hoje é objeto de discussão entre os constitucionalistas. No sentido denotativo¹ a palavra dignidade comporta diversos significados. No entanto, a afirmação da dignidade como um valor tem prevalecido entre os juristas. Moraes², afirma ser a dignidade um “valor moral e espiritual inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”.

Nesse sentido, Barroso³ assevera que a dignidade humana é “um valor que se situa ao lado de outros valores centrais do direito, como justiça, segurança e solidariedade”. Dessa

¹No dicionário Houaiss a palavra dignidade pode ser compreendida em diversos âmbitos: como uma qualidade moral que infunde respeito; como consciência do próprio valor, honra, autoridade; como modo de alguém proceder ou de se apresentar que inspira respeito, respeito aos próprios sentimentos, valores e amor próprio. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p.685.

²MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 61.

³BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.p. 9. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf >. Acesso em: 20 jan. 2015.



forma, Barroso⁴ expõe que é o conceito e amplitude dos valores inerente a dignidade humana que justifica de certa forma a consolidação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais⁵.

Segundo o ministro Eros Grau⁶ “as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade”. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Todavia, o próprio Supremo Tribunal Federal, já reiterou o entendimento de que nenhum princípio tem caráter absoluto, podendo sofrer relativização seja de grande ou pouca intensidade.

No entanto, com a chamada virada kantiana⁷, foi possível afirmar que a dignidade humana compreende um conjunto mínimo de direitos, que passou a ser denominado de mínimo existencial. Para Kant⁸ o fundamento da dignidade é a autonomia do indivíduo. É por meio de sua autonomia que poderá exercitar a sua compreensão da razão e o dever ser. Só assim poderá escolher a conduta que realmente deve seguir.

À vista disso, entendendo que o conceito de dignidade é amplo e complexo já que não é um conceito estático e sim dinâmico, podendo sofrer alterações ou mutações de acordo com a evolução da sociedade, os autores constitucionalistas buscaram de certa forma, estabelecer, padrões, ou até mesmo dogmas que sempre estarão presente no conceito de dignidade. Dessa maneira, Barroso⁹ sustenta a existência de três conteúdos mínimos e essenciais da dignidade: “valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana”.

⁴ Ibid., p. 9.

⁵ Alguns autores atualmente tem se feito diferenciação conceitual entre os termos direitos fundamentais e direitos humanos. A expressão direitos humanos é empregada para identificar a posição jurídica decorrente de documentos internacionais, sem vínculo com qualquer ordenamento interno específico e com pretensão de validade universal. Já a expressão direitos fundamentais é utilizada para identificar os direitos humanos positivados em determinado sistema constitucional.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A constituição e o Supremo*. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. p. 26.

⁷ Movimento considerado como pós-positivista em que seu idealizador, filósofo Immanuel Kant deixou de lado o direito criado pela norma pura, e buscou uma reaproximação entre a Ética e o Direito, fundado seus valores na razão.

⁸ KANT apud BARROSO, op. cit., p. 17.

⁹ Ibid., p. 21.



Em decorrência desse conteúdo surge no direito constitucional uma série de direitos e garantias que serão positivadas numa constituição ou carta magna, que passaram a ser denominados de direitos fundamentais. O segundo conteúdo da tríade da dignidade é o relativo à autonomia da vontade, considerado com um dos elementos mais importante de qualquer ordenamento jurídico.

No entanto, é importante salientar, que historicamente a autonomia da vontade sofreu uma grande evolução não só em seu conteúdo, mas também em sua aplicação no direito comparado. A autonomia ampla e irrestrita pregada na Revolução Francesa em 1789 e posteriormente afirmada no Código Civil Napoleônico em 1804 foi limitada, restrita, por diversos princípios e direitos fundamentais transformando-se em uma autonomia privada.

Assim, Barroso¹⁰ conceitua a autonomia como um “elemento ético da dignidade, ligado á razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas”. É a partir da autonomia que todos nós podemos realizar nossas escolhas, sejam pessoais, familiares, sociais e até mesmo no âmbito do trabalho.

Por fim, Barroso¹¹ conceitua o terceiro e último conteúdo da dignidade como valor comunitário, ou dignidade como heteronomia, expressão que é mais utilizada e mais fácil de ser compreendida. Essa vertente da autonomia, chamada de heteronomia está voltada mais para o lado social do cidadão. Segundo o autor é por meio dessa vertente, que se destacam alguns valores como: a possibilidade de proteger o indivíduo dele próprio quando tomar decisões que será capaz de ofender a sua própria dignidade; a proteção do direito de terceiros, que neste caso, o Ministério Público e o Poder Judiciário poderão atuar como forma de repressão ou até mesmo de prevenção; e a proteção dos valores sociais, dentre eles os direitos chamados hoje de difusos, que estão ligados de certa forma com a solidariedade.

¹⁰ Ibid., p. 24.

¹¹ Ibid., p. 28.



Nesse mesmo sentido, sustentando também uma dupla acepção do conceito de dignidade, Moraes¹² assevera que a dignidade humana apresenta uma vertente que estabelece uma série de direitos individuais de caráter protetivo, seja em face do Estado seja em relação aos demais cidadãos, sendo chamado neste caso de eficácia vertical quando estabelecida em face do Estado e eficácia horizontal quando estabelecida em relação aos demais indivíduos. A segunda acepção está ligada ao dever fundamental que todos os indivíduos possuem de serem tratados de maneira igualitária, isonômica os próprios semelhantes.

Por derradeiro, a autora Maria Celina Bodin de Moraes¹³ também sustenta que da expressão dignidade humana decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais: princípio da igualdade, princípio da liberdade, princípio da integridade física e moral e o princípio da solidariedade. Já Sarlet¹⁴ conceitua a dignidade da pessoa humana como “uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que venha a lhe propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Portanto, é inegável que a expressão dignidade humana, tenha agregado diversos valores e princípios que tem sido permeado em todas as legislações infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, essa ampliação no rol de direitos que estão no âmbito da dignidade humana, acaba de certa forma, trazendo diversos conflitos entre os indivíduos e órgãos estatais, que na busca de protegerem a dignidade humana em sua heteronomia acabam restringindo e violando a autonomia dos indivíduos.

¹² MORAES, op. cit., p. 62.

¹³ BODIN DE MORAES apud SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, p.361-388, jan/jun.2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. p. 381.

¹⁴ *Ibid.*, p. 383.



2. A AUTONOMIA DA VONTADE COMO CONTEÚDO MÍNIMO

Etimologicamente a palavra autonomia deriva do grego *autos* que significa agir com liberdade, por si só, e *nomos* que significa norma. Assim, Acquaviva¹⁵ define autonomia como a manifestação livre e consciente de uma pessoa juridicamente capaz. Todavia, esse conceito no Direito Constitucional tem uma carga decisória muito maior do que a definição constante no dicionário.

Segundo Barroso¹⁶, via de regra, todas as decisões que são de suma importância na vida de um indivíduo não devem ser retiradas da esfera da escolha do indivíduo bem como ser imposta outra escolha que seja oriunda de uma vontade externa. Enfatizando a necessidade de respeitar a escolha individual, Barroso¹⁷ afirma que existem dois elementos que perfazem o conteúdo mínimo da autonomia da vontade. São eles: a capacidade de autodeterminação que seria a base, fundamento da própria autonomia da dignidade e o exercício dessa autodeterminação. Só sendo possível exercer efetivamente esses dois elementos é que se poderia falar em autonomia da vontade.

Assim, não é suficiente garantir que uma pessoa no decorrer de sua vida possa fazer escolhas, mesmo não sendo consideradas moralmente corretas pela sociedade, é preciso também criar mecanismos que garantam que essas escolhas serão respeitadas, impedindo a intervenção do Estado na sua esfera de liberdade. Dessa forma, foi cunhada a expressão direitos da personalidade, que embora tenha natureza de direitos patrimoniais, tem por base a autonomia privada, que deriva da capacidade de autodeterminação do indivíduo.

¹⁵ ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2006. p. 135.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade de Recusa de Transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2015. p. 9.

¹⁷ *Ibid.*, p. 10.



Com a sedimentação dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002, pós Constituição de 1988, a doutrina civilista, dentre eles Rosenvald,¹⁸ passaram a conceituar os direitos da personalidade como situações jurídicas existenciais que tutelam os atributos essenciais do ser humano e seu livre desenvolvimento. Ademais, essa cláusula geral da personalidade é oponíveis erga omnes, podendo ser oposta contra o Estado no caso de intervenção ou limitação indevida e oposta também em face dos demais indivíduos.

Todavia, é preciso ressaltar que a conceituação dos direitos da personalidade como absolutos diz respeito à oposição as demais pessoas e não do seu conteúdo, sendo apenas relativo neste aspecto. Sendo assim, no caso de colisão entre direitos fundamentais que integrem os direitos inerentes a personalidade, deve-se realizar uma interpretação por meio de uma ponderação entre os princípios.

No entanto, em se tratando de liberdade de escolha nos procedimentos médicos a intervenção do Estado, principalmente pelo Poder Judiciário só é possível em caráter excepcional, sendo que fora da excepcionalidade qualquer intervenção é vista como abusiva sendo, portanto, ilegítima.

Para Rosenvald¹⁹ o ato de disposição do próprio corpo é considerado uma das facetas do desenvolvimento da personalidade, devendo, portanto, ser objeto de proteção pelo direito. No mesmo sentido, Caio Mário²⁰ assevera que o direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si mesmo, desde que exercido no limite necessário para garantir sua integridade. Sendo que todo ato que prejudique sua integridade física, psíquica ou moral é considerado injurídico.

¹⁸ ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v.1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p.169.

¹⁹ *Ibid.*, p. 204.

²⁰ PEREIRA apud FABBRO, Leonardo. Os limites objetivos à liberdade de consentimento do paciente na assistência médica. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, n. 9, p.389-393, out/dez.2011. Disponível em: <http://www.amrigs.com.br/revista/55-04/0000072184-miolo_AMRIGS4_seos_limites.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015. p. 390.



Nos dias atuais, tanto a ciência médica quanto a ciência jurídica tem evoluído possibilitando que indivíduo exerça sua capacidade de autodeterminação no tocante aos procedimentos médicos, mesmo que dotados de grande risco de morte. Essa evolução é consequência de uma nova visão no tocante a relação médico-paciente.

O velho dogma do paternalismo médico tem cedido espaço para a denominada autonomia do paciente. Para Barroso²¹, atualmente, numa concepção em que vigora a autonomia do paciente, o médico, profissional da saúde, não tem mais autoridade para impor determinada terapia ou para desprezar as escolhas do paciente em relação a sua integridade física e moral. Embora seja lícito exigir certas cautelas quando o paciente se recusar a receber determinados tratamentos.

A escolha de um paciente capaz e maior em não se submeter a um tratamento médico, mesmo que acarrete sua morte é uma decisão que integra sua autonomia, elemento intrínseco e indissociável da dignidade humana, devendo ser respeitada. Ademais, conforme salienta Gustavo Binimbojm²² a decisão do paciente que sendo maior e capaz decide a não receber tratamento médico, é autoexecutória em relação ao médico, visto que está relacionado diretamente aos direitos individuais do próprio paciente, de modo que não é necessário sequer ser discutida no âmbito do Poder Judiciário.

Desse modo, a idéia do paternalismo médico que permita ao médico ampla e quase irrestrita atuação sobre o corpo do paciente, até mesmo contra a sua vontade e sem qualquer controle ou responsabilização do profissional em caso de uma escolha que só acarretou mais sofrimento ao paciente vem sendo substituída por outras forma de tratamento.

²¹ BARROSO, op. cit., p. 7.

²² GUSTAVO BINENBOJM apud BARROSO, op. cit., p. 3.



A doutrina penal também vem adotando a concepção da autonomia do paciente. Roxin²³ afirma que “se o paciente recusa, portanto, a operação que salvaria sua vida, ou a necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, deve o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixar o paciente morrer”.

Todavia, é importante destacar que tanto a doutrina que trata do assunto quanto o entendimento jurisprudencial sobre o tema ressalta que o exercício dessa autonomia pelo paciente não o isenta de preencher certos requisitos que são indispensáveis em se tratando de limitação no direito da personalidade, visto que os direitos personalíssimos são indisponíveis. Para que seja válido o exercício dessa autonomia é necessário que o paciente em primeiro lugar possua capacidade, ou seja, deve ser maior e capaz.

Além desses requisitos, é também pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileira, que a disposição externada pelo paciente em não se submeter a tratamento pode ser revogada a qualquer tempo pelo paciente caso mude de opinião. A vontade em não se submeter a tratamento deve ser imediata, não prevalecendo a vontade externada há muito tempo no passado.

Da mesma forma, a vontade exteriorizada pelo menor ou incapaz não é considerada válida para fins de recusa a submeter a tratamento médico, prevalecendo neste caso o conhecimento e a experiência do médico no tocante a necessidade de realização de tratamento ou intervenção cirúrgica.

Entretanto, em relação à situação em que o paciente não é capaz de externar sua vontade de forma imediata, como por exemplo, no caso do paciente estar desacordado a vontade externada anteriormente não pode ser considerada para fins de recusa. Todavia, sustentando a prevalência da exteriorização anterior mesmo no caso do paciente estar

²³ ROXIN, Claus. *A proteção da vida através do Direito Penal*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015. p. 7.



desacordado, Bastos²⁴ afirma ser válida vontade caso exista um testamento vital, “instrumento de manifestação de vontade para o futuro, com a indicação negativa ou positiva de tratamento e assistência médica”.

Assim, segundo Barroso²⁵ pode-se compreender como recusa a intervenção ou à tratamento médico toda ação do paciente que nega-se a iniciar um tratamento ou um procedimento cirúrgico bem como aqueles que decidem por suspender o tratamento a qual já estavam submetidos. Para validar a ação do paciente e também para servir de proteção a instituição ou o médico que está realizando o atendimento é necessário que haja um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, também conhecido pela sigla TCLE.

Atualmente há certo consenso sobre a permissão de assinatura de um TCLE tanto quando se trata de uma recusa de pequena ou grande complexidade, ou seja, permite-se a recusa de tratamento de situações em que pode ser possível a recuperação com outra forma de tratamento ou medicação, mas também daquelas em que a recuperação do paciente sem o tratamento recusado pelo paciente é praticamente impossível para medicina convencional.

A recusa de tratamento em situação considerada irrecuperável é também denominada de limitação consentida de tratamento (LCT) conforme expõe Barroso²⁶, já que ambas estão relacionadas a uma suspensão do esforço terapêutico do médico.

A mudança na forma de tratamento médico tem feito surgir diversas denominações abreviadas por siglas, que demonstram que naquele caso específico a vontade do paciente tem sido objeto de prevalência, garantindo a sua capacidade de autodeterminação em detrimento do paternalismo médico.

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro apud BARROSO, op. cit., p. 32.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campo Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-morte-como-ela-e-dignidade-e-autonomia-individual-no-final-da-vida>>. Acesso em: 07 mar. 2015. p. 6.

²⁶ Ibid., p. 6.



Dentre as diversas modalidades de limitação consentida de tratamento estão: A retirada de suporte vital (RSV), a não oferta de suporte vital (NSV) e as ordens de não ressuscitação ou de não-reanimação (ONR). No entanto, Barroso²⁷ afirma que, tendo em vista que todas as hipóteses acima de limitação consentida de tratamento possuem estreita ligação com a ortotanásia²⁸ é imprescindível que a realização de todos os procedimentos sejam precedidos de autorização do paciente ou no caso de impossibilidade do mesmo, do consentimento dos responsáveis, salientando é necessário a realização de termo de consentimento livre e esclarecido em todos os casos. Todavia, a possibilidade do paciente poder se valer dessas diversas modalidades de limitação consentida de tratamento não é pacífico, visto que, vários órgãos estatais ou até mesmo órgãos ligados a comunidade repudiam a concessão de ampla autonomia ao paciente para decidir sobre seu destino.

Entretanto, a corrente da vanguarda capitaneada pelo constitucionalista e atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso²⁹ sustenta veemente que negar a possibilidade do paciente escolher o tratamento que melhor lhe convém, mesmo que seja um não tratamento, é reforçar a ideologia do passado em que vigorava o modelo médico paternalista, em que eram concedidos amplos poderes ao médico para decidir o melhor tratamento ou destino para a vida do paciente, mesmo que a escolha do médico acarrete grande sofrimento ao paciente.

Barroso³⁰ afirma que neste caso “a arte de curar e de evitar o sofrimento se transmuda, então, no ofício mais rude de prolongar a vida a qualquer custo e sob quaisquer condições”.

²⁷ Ibid., p. 6.

²⁸ Trata-se de um termo ligado a morte no seu devido tempo. É uma aceitação da morte, em que os médicos só realizam medidas com finalidade de propiciar maior conforto ao paciente, mesmo que antecipe a morte. É chamada de morte digna.

²⁹ Ibid., p. 8.

³⁰ Ibid., p. 8.



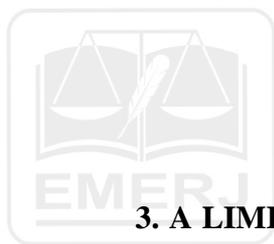
Neste contexto, segundo Barroso³¹ a doutrina identifica como imprescindíveis a realização e o preenchimento dos seguintes requisitos:

[...] a) verificação da origem da decisão e da maturidade da manifestação de vontade por profissionais habilitados, após o adequado processo de informação; b) confirmação do diagnóstico e do prognóstico; c) verificação da inoportunidade de depressão tratável; d) verificação da adequação dos paliativos e tratamentos para a dor oferecidos; e) verificação de eventuais conflitos de interesses entre a instituição hospitalar, a equipe de saúde e os interesses dos pacientes e de seus responsáveis; f) garantia de assistência plena, se desejada, e verificação da inexistência de conflitos econômicos; g) verificação da inexistência de eventuais conflitos de interesses entre o paciente e seus familiares ou responsáveis legais; h) debate dos casos e condutas por Comitês Hospitalares de Bioética, quando ainda não houver posicionamento em situações análogas; i) formulação de TCLE (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido) específico.

Assim sendo, preenchido os requisitos, é legítimo a escolha do paciente, devendo ser garantido sua capacidade de autodeterminação, não devendo o Estado, principalmente o Poder Judiciário promover intervenções na liberdade de escolha do paciente, devendo sua vontade ser respeitada. Pois, segundo Dworkin³² num governo em que as instituições sociais e particulares, bem como a ordem jurídica, não tratam com seriedade a questão da dignidade da pessoa humana, não levam a sério a própria humanidade.

³¹ Ibid., p. 32.

³² DWORKIN apud AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista Justiça do Direito*. Passo Fundo, v. 21, p. 111-120. 2006. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2182/1413> >. Acesso em: 01 mar. 2015. p. 119.



3. A LIMITAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO À LIBERDADE DE ESCOLHA NOS PROCEDIMENTOS MÉDICO COM FUNDAMENTO NA HETERONOMIA

A Constituição da República Federativa do Brasil³³ dispõe expressamente no seu artigo 5º, inciso XXXV que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Dessa forma, não importa se a lesão é de terceiro ou do próprio indivíduo.

Atualmente, em um Estado Democrático busca-se não mais se falar em tolerância seja de natureza cultural ou religiosa, mas sim em Direitos dos Diversos, conforme expõe Cláudio Lembo³⁴:

[...] o princípio da tolerância encontrava-se, pois, presente, e indica o ato de suportar o outro, que se deve colocar numa posição subalterna, pois tolerado, mas não julgado igual. Modernamente, em vez do princípio da tolerância, aponta-se para o Direito dos Diversos e, com este posicionamento, procura-se afastar o posicionamento superior do que tolera, mas não aceita as diferenças de todas as naturezas existente no outro. Tolerar é suportar e não aceitar.

Em síntese, o direito das minorias deve não só ser respeitado, mas também garantido, como afirmação da autonomia da dignidade humana, pois ser humano é poder ser também diferente dos demais. No entanto, é preciso salientar que como nenhum direito tem natureza absoluta é possível que em determinadas situações haja intervenção pelo Estado.

O Poder Judiciário é um dos órgãos em que a intervenção em direitos individuais é mais constante. Atualmente a doutrina constitucionalista tem combatido o movimento da Judicialização da Política e das Relações Sociais. Barroso³⁵ expõe que fenômeno da

³³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

³⁴ LEMBO, apud SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *História do Direito*. São Paulo: Atlas, 2013, p.140.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.



judicialização tem se caracterizado como uma espécie de expansão da jurisdição transferindo para o Poder Judiciário todas as questões relevantes do ponto de vista político, social e até mesmo moral. Neste caso, o Poder Judiciário acaba suprimindo das instâncias políticas tradicionais como o Poder Legislativo o poder de decisão e até mesmo a possibilidade de discussão do assunto.

Assim, a aparência de proteção do direito muitas vezes acaba por impedir o exercício de um direito por parte do indivíduo. Dallari³⁶ elucida que para se ter a real proteção jurídica dos direitos humanos, incluídos nesta classificação os direitos fundamentais, não é suficiente que o Poder Judiciário só cumpra formalidades sem efetivar a possibilidade de exercício de tais direitos. Pois, a aparência de proteção para o jurista é apenas uma ilusão de justiça.

Logo, é fundamental que os magistrados também possuam formação humanística e não só jurídica para atuarem de maneira efetiva nesta seara de vital importância numa sociedade moderna. Já que, segundo Dallari³⁷ muitos juízes não reconhecem como dever jurídico o respeito às normas de direitos humanos ou exigem requisitos formais absurdos para comprovação de tais direitos que são fundamentais e inerentes a dignidade humana.

È cediço que o Estado *lato senso* tem o dever de proteger os direitos naturais, visto que são imutáveis, já que deriva de uma concepção kantiana em que o direito tem fundamento na razão que é única, visto que pode ser universalizada. Todavia, adotando uma concepção aristotélica é possível sustentar que o direito não é de certa forma imutável, visto que decorrem de sociedade, que naturalmente evoluindo, acarretará a transformação do direito.

Entretanto, mesmo diante de uma evolução dos Direitos Humanos, a dignidade humana não deve ser compreendida apenas pelo seu viés autonômico. Dessa forma, Barroso³⁸

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38.

³⁷ *Ibid.*, p. 39.

³⁸ BARROSO, *op.cit.*, p. 11.



sustenta a existência de outros dois elementos que são também essenciais a dignidade: o valor intrínseco da pessoa humana tema já abordado no capítulo anterior e o valor comunitário, também denominado de viés heteronômico da dignidade. Segundo o autor, a dignidade como heteronomia representa “uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes que as escolhas individuais”.

A ideia de Direito e heteronomia é decorrente também da virada kantiana, que traz a ideia de que existe uma vontade exterior a vontade individual. Por conseguinte, a autonomia do indivíduo deve sim ser respeitada, mas dentro de uma razoabilidade, privilegiando a heteronomia vontade exterior e comunitária.

Consequentemente na visão de Barroso³⁹ a dignidade como heteronomia poderá em determinadas situações funcionar como uma espécie de constrição externa à liberdade individual, estabelecendo um freio à liberdade do indivíduo limitando as suas escolhas que possam comprometer valores fundamentais já consagrados independentemente de ser uma escolha relacionada ao próprio indivíduo que pratica a conduta objeto de restrição ou limitação.

Assim, para os adeptos dessa corrente protetiva o Estado, Poder Judiciário, poderia limitar as decisões pessoais dos indivíduos mesmo quando relacionados a direitos próprios. Pois, neste caso os valores comunitários já consagrados pela sociedade, fundamentados numa visão kantiana, que prima pela razão universal e tidos como universais, devem prevalecer sobre o valor individual pleiteado pelo indivíduo. Legitimando neste caso, a intervenção do Poder Judiciário em escolhas pessoais nos procedimentos médicos, por exemplo, até mesmo contra a vontade do indivíduo.

³⁹ Ibid., p.12



Atualmente, esse entendimento é denominado de paternalismo jurídico, criticado por autores constitucionalistas como Barroso⁴⁰ que o define como “um princípio que justificaria a constrição de um direito de liberdade autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos para a proteção do indivíduo”.

Recentemente, uma decisão do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul baseada no paternalismo jurídico, determinou que uma gestante se submetesse a uma intervenção médica contra a sua vontade. No caso em tela, o Poder Judiciário determinou que a gestante fosse encaminhada a uma unidade hospital para que fosse realizada uma cesariana contra a vontade da paciente, com fundamento na existência de risco de vida para o nascituro.

No caso concreto, Campinho⁴¹ presidente da comissão de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio de Janeiro sustenta que a decisão do Poder Judiciário violou direitos fundamentais da gestante, visto que, deveria ter sido respeitado a escolha da paciente. Já para Guilherme Peña⁴² promotor no Ministério Público do Rio de Janeiro expõe que a intervenção do Poder Judiciário no caso foi correta, tendo amparo na lei. Afirma que “em muitas situações o Estado tem, sim, o dever de impedir que a pessoa coloque a própria saúde em risco”. Em sua opinião a questão deve ser analisada de forma estritamente jurídica, já que existe diferença entre violação e restrição de direitos fundamentais.

Dessa forma, explica Peña⁴³ que há violação do direito quando lhe é imposta certa situação ou intervenção como no caso em tela, sem que sejam preservadas garantias mínimas. Portanto, desde que se preserve o núcleo essencial do direito, poderia haver restrições de

⁴⁰ Ibid., p.13

⁴¹ CAMPINHO apud SARMENTO, Eduardo. Os limites na liberdade de escolha. *Revista Tribuna do Advogado*. Rio de Janeiro, n. 537, p. 17-19. mai. 2014. Disponível em: < http://www.oabRJ.org.br/ver_flip/381.html >. Acesso em: 10 mar. 2015. p. 17.

⁴² Ibid., p. 2.

⁴³ Ibid., p. 2.



direitos. Nota-se, que a intervenção do Poder Judiciário como garantia da dignidade ainda não é questão pacífica entre a doutrina.

Todavia, Barroso⁴⁴ conclui que “na Constituição brasileira, é possível afirmar a predominância da idéia de dignidade como autonomia, o que significa dizer que, como regra, devem prevalecer as escolhas individuais”. Portanto, conclui-se que só seria possível afastar a capacidade de autodeterminação do indivíduo em casos de tratamentos médicos, bem como intervenções cirúrgicas, em casos excepcionalíssimos.

Entretanto, é certo que toda decisão pode trazer para o indivíduo conseqüências reversíveis ou até mesmo irreversíveis. Assim, é necessário que sejam tomadas cautelas e preenchidos certos requisitos, como forma de validar a decisão do indivíduo no procedimento decisório, requisitos que podem variar da verificação da capacidade do indivíduo até a assinatura de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

CONCLUSÃO

Sendo o Brasil um país continental de formação multifacetária é evidente que a diversidade de cultura acarretará também a diversidade de comportamentos e escolhas por parte de cada indivíduo. E estabelecendo a Constituição um Estado Social Democrático de Direito é imperioso que se respeite a diversidade cultural existente na sociedade.

Dessa forma, a intervenção do Poder Judiciário como forma de restrição ou limitação objetiva na liberdade de escolha dos indivíduos, deve-se pautar em situações excepcionalíssimas, visando garantir apenas o direito à vida quando a autonomia privada estiver totalmente prejudicada pela capacidade de escolha e decisão do indivíduo.

⁴⁴ Barroso, op. cit., p. 41.



Portanto, a dignidade da pessoa humana impõe que toda ação realizada pelo Estado *lato senso*, deve ser pautada no princípio da preservação da dignidade humana, privilegiando o valor autônômico que todo indivíduo possui, não só permitindo mas também garantindo meios suficientes para que todo paciente possa decidir e exercitar sua escolha, seja pela adoção de uma das modalidades de limitação consentida de tratamento, ou seja, pela abstenção a qualquer tratamento, mesmo que sua recusa lhe acarrete a sua não recuperação ou até mesmo a sua morte.

Assim, o exercício da dignidade pela autonomia da vontade ou viés autônômico que deve ser garantido, consiste não só em poder realizar livremente os atos que os demais praticam, mas também a possibilidade de se abster de tais atos, como forma de exercício da capacidade de autodeterminação de cada indivíduo, devendo ser vedado à intervenção pelos órgãos do Estado, notadamente o Poder Judiciário que embora seja um dos principais agentes transformadores da sociedade contemporânea e garantidores dos direitos fundamentais, tem se mostrado no assunto com um dos mais violadores de tais direitos dentre os órgãos do Estado.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 9. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. *Legitimidade de Recusa de Transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2015

_____. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campo Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-morte-como-ela-e-dignidade-e-autonomia-individual-no-final-da-vida>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

BODIN DE MORAES apud SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, p.361-388, jan/jun.2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

CAMPINHO apud SARMENTO, Eduardo. Os limites na liberdade de escolha. *Revista Tribuna do Advogado*. Rio de Janeiro, n. 537, p. 17-19. mai. 2014. Disponível em: <http://www.oabRJ.org.br/ver_flip/381.html>. Acesso em: 10 mar. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN apud AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista Justiça do Direito*. Passo Fundo, v. 21, p. 111-120. 2006. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2182/1413>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LEMBO, apud SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *História do Direito*. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA apud FABBRO, Leonardo. Os limites objetivos à liberdade de consentimento do paciente na assistência médica. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, n. 9, p.389-393, out/dez.2011. Disponível em: <http://www.amrigs.com.br/revista/55-04/0000072184-miolo_AMRIGS4_seos_limites.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015.

ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v.1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A constituição e o Supremo*. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

ROXIN, Claus. *A proteção da vida através do Direito Penal*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.



LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS E A SUA RELAÇÃO COM A SEGURANÇA JURÍDICA

Eduardo Guido Ferreira Cavalieri D'Oro

Graduado pela FGV Direito Rio. Advogado.

Resumo: O presente trabalho irá analisar o processo de execução, dentro da tutela coletiva de direitos. Analisando o seu comportamento à luz da doutrina, bem como uma breve análise jurisprudencial sobre o tema. O objetivo do trabalho é demonstrar que a opção feita pelo legislador para o processo de execução não é a melhor, tendo em vista a segurança jurídica e a possibilidade de gerar uma efetiva paz social.

Palavras-chave: Coisa julgada. Tutela Coletiva. Execução. Segurança Jurídica. Paz Social. Processo Civil.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de Coisa Julgada. 2. Limites Objetivo e Subjetivo. 3. Coisa Julgada e Segurança Jurídica.

INTRODUÇÃO

Quando se volta para a análise da correlação entre os dois temas, objetiva-se demonstrar que a lógica individual da coisa julgada deve ser substituída por uma lógica coletiva para que consiga garantir a segurança jurídica chegue da mesma forma para as demandas coletivas.

Como ponto de partida da análise, considera-se que a coisa julgada em seus limites objetivo e subjetivo se volta para o processo pensado para demandas individuais. Nessas tem-se um sujeito ativo, ou ainda um grupo reduzido e determinado de sujeitos ativos, que é o caso do litisconsórcio ativo. Este demanda em face de um sujeito passivo, ou ainda um grupo reduzido e determinado de sujeitos ativos.

Essa mesma lógica não cabe nas demandas coletivas, não somente pela natureza do direito nessas ações, mas também por conta da relação fática, que deve ser envolvida pela



coisa julgada, para que se tenha uma real segurança jurídica. Se considera que, se for o caso de se estar lidando com uma demanda coletiva, a coisa julgada fica dependente da natureza da sentença. Com isso se está relacionando a coisa julgada *secundum eventum litis* (art.16, Lei 7.357/85). Logo, se a sentença for improcedente, por insuficiência de provas, esta poderá ser novamente discutida, por meio de nova ação, desde que se tenha uma prova capaz de mudar a sentença. É preciso se considerar que, nestes casos, o sucumbente vai ter incentivo, criado por lei, para buscar novas provas, o que acaba por colocar a parte que se beneficiou com a sentença improcedente em uma situação de falta de segurança, fato este contrário a todo o processo jurisdicional.

Para uma melhor compreensão, no que toca à lógica individual da coisa julgada, faz-se a análise dos artigos 467 a 475 do Código de Processo Civil. Segundo estes, a coisa julgada material é aquela eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso (art. 467, CPC), não podendo nenhum juiz decidir novamente estas questões, a não ser que se trate de relação jurídica continuada (art. 471, I, CPC). Este dispositivo é o responsável por garantir a segurança jurídica, por tornar imutáveis (naturalmente que não pode se esquecer da possibilidade de relativização da coisa julgada, que vai possibilitar a mutação da coisa julgada, mas este efeito somente vai se aplicar para casos onde temos direitos fundamentais que devem ser ponderados. Nesse caso, não há lesão à segurança jurídica, visto que se estaria garantindo a máxima eficácia de um direito fundamental) os efeitos de sentença transitada em julgado.

Ainda, esta imutabilidade vai se restringir aos limites da lide e das questões decididas (art. 468, CPC), aparecendo aqui pela primeira vez os limites aos quais se submete a coisa julgada. Este referido limite é o objetivo, que determina qual a matéria tornada imutável pelo



advento da coisa julgada. Ainda, se a parte requerer, uma questão prejudicial¹ apreciada ao longo do processo pode vir a fazer parte da coisa julgada (art. 470, CPC).

Ainda, a sentença vai fazer coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando ou mesmo prejudicando terceiros (art. 472, CPC). Neste temos os limites subjetivos da coisa julgada, as partes que são alcançadas por seus efeitos. De acordo com o artigo, somente aqueles que tiverem discutido em juízo a lide, ou aqueles que houverem sido citados no decorrer do processo, sofrerão os efeitos da coisa julgada. E, quando uma sentença passa em julgado, entende-se que todas as questões serão presumidas como deduzidas e repelidas, não podendo a parte se manifestar sobre elas (art. 474, CPC), por conta do efeito de imutabilidade da coisa julgada.

Compreendida a lógica individual, pela ótica do CPC, passo a abordar a coisa julgada dentro da tutela coletiva de direitos. Ada Pellegrini Grinover, em contribuição ao Código de Defesa do Consumidor Comentado², ensina que a coisa julgada nas ações coletivas tem suas peculiaridades. Isso porque o bem a ser tutelado pertence a uma coletividade de pessoas, exigindo uma extensão da coisa julgada ultra partes, ainda que, contrariando a regra geral, da limitação da coisa julgada às partes do processo, por conta do contraditório e da ampla defesa. Somente aqueles que se envolveram no devido processo legal, segundo o CPC, em um dos polos da ação, e que tiveram a oportunidade de influenciar de alguma forma na elaboração desta coisa julgada que deveriam ser afetados por ela.

Considera-se que o sistema de tutela coletiva de direitos brasileiro está se baseando no esquema norte-americano da coisa julgada nas class actions. Naturalmente, não foi possível a importação do sistema todo, porque no Brasil temos alguns problemas, como a deficiência de informação completa, ausência da conscientização de grande parte da



sociedade e o desconhecimento dos canais de acesso à justiça. Para tanto, temos uma coisa julgada secundum eventum litis, como já abordado anteriormente.

Atentando agora para a realidade fática do Judiciário no Brasil, quando somados à natureza da coisa julgada secundum eventum litis, ambas as partes são colocadas em situação de grande insegurança, isso sem mencionar eventuais situações de falta de isonomia entre as partes, dependendo da relação jurídica em questão. Para exemplificar, pode-se ver que em caso de deficiência quando do fornecimento da informação, temos maior possibilidade de uma decisão incapaz de importar a situação fático-jurídica para o processo e, ainda, se estivermos em uma situação onde uma das partes tem uma grande dificuldade em produzir provas, teremos injusto aumento de probabilidade de uma sentença improcedente por ausência de provas. Possibilitando que a demanda seja mais uma vez proposta, caso venham a surgir novas provas, fazendo com que a atividade jurisdicional seja má utilizada, por conta de problemas gerados por situação fática, bem como parco aparelhamento jurídico para lidar com o caso.

1. A COISA JULGADA PARA DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

Segundo os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³, a coisa julgada quando vem a adquirir sua imutabilidade, que decorre de uma sentença de mérito, impedindo sua posterior discussão.

Quando se trata de coisa julgada é necessário fazer uma distinção inicial. Esse importante instituto do processo civil vai se dividir em coisa julgada formal e material. A primeira espécie de coisa julgada, a formal, se caracteriza pela não extensão de seus efeitos, do que se limitam ao processo no qual se deu a sentença, não impedindo que o mérito processo em questão seja levado a uma outra demanda. Ocorre quando o processo é extinto

³ MARINONI L.G.; ARENHART, S.C. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo. Livraria RT, 2008, p 642.



sem que o juiz entre no mérito da questão. A coisa julgada formal vai ocorrer em todos os casos elencados no art. 267 do Código de Processo Civil. No entanto o presente trabalho não se propõe a adentrar neste gênero da coisa julgada, sendo assim, volta-se para a análise do outro gênero da coisa julgada.

A coisa julgada material estende seus efeitos ao processo da qual se originou e aos demais, ou seja, todas as sentenças que apreciem o mérito, formando assim a coisa julgada material, não podem ser apreciadas novamente em qualquer outro processo. Isso ocorre porque a matéria analisada pelo juiz passou por todos os trâmites processuais, se operando sobre ela o instituto da preclusão. Nela foi permitido ao juiz se utilizar de sua cognição exauriente, decidindo a questão em definitivo. Inicialmente, somente sentenças que resolvam a lide fazem coisa julgada material, não podendo ser modificadas, salvo nos casos em que cabe ação rescisória (art. 485, incisos I ao IX, CPC). É imutável em virtude da segurança jurídica.

Voltando agora aos argumentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, pode-se entender que a coisa julgada material se reporta à indiscutibilidade da sentença judicial fora do processo, em relação a outros feitos judiciais. Este efeito é o que constitui a relevância da coisa julgada. A coisa julgada material é extraprocessual, ela tem seus efeitos dentro e fora do processo. Já a coisa julgada formal é endoprocessual, ela opera os seus efeitos somente dentro do processo, não podendo ser discutida somente dentro deste mesmo processo. Ela se opera em relação a qualquer sentença, iniciando-se com a preclusão do direito de impugná-la dentro deste mesmo processo.

Ainda dentro da definição de coisa julgada, os professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco⁴ ensinam que a coisa julgada nasce da sentença que não pode mais sofrer reformas por meio dos recursos previstos, que

⁴ ARAÚJO CINTRA, A.C., GRINOVER, A.P., DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p 238.



nasce da sentença transitada em julgado, tornando-se assim imutável dentro do processo. Em conformidade com este entendimento temos a coisa julgada formal, que faz com que essa sentença não possa mais ser reexaminada, ganhando sua imutabilidade como ato processual. Equiparam a coisa julgada formal à preclusão máxima, a extinção do direito ao processo, posto que o Estado realizou a função jurisdicional a que se presta ou mesmo prestou as atividades suficientes para que se tenha o entendimento da inadmissibilidade do julgamento de mérito. Representa, ainda, um pressuposto da coisa julgada material, fazendo somente com que a sentença se torne imutável dentro do processo, como mero ato processual. Já a coisa julgada material é mais extensa, fazendo com que os efeitos desta sentença sejam projetados para fora do processo, sendo imutáveis para aquele processo e para todos os outros, entre as mesmas partes. Esta é fruto de sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo, ou mesmo rejeitando a pretensão autoral. O Juiz não pode voltar a julgar, as partes não podem voltar a litigar ou mesmo o legislador não pode regular de outra forma a relação jurídica em questão.

Ainda, a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover⁵ coloca a coisa julgada material e formal como sendo qualidades da sentença e de seus efeitos, sendo a eficácia da sentença erga omnes e sua autoridade inter partes.

Fica claro que todos os autores acima mencionados consideram que a coisa julgada pode ser material e formal. Entendendo por isso que a coisa julgada formal é aquela que ocorre somente com relação a determinada sentença, não podendo esta ser discutida no mesmo processo, e que a coisa julgada material é aquela com efeitos mais amplos, que extrapolam o processo originário, não podendo ser discutida em nenhum outro processo, salvo em casos de ação rescisória. Mas, existe entendimento, de Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que não existe, efetivamente, uma coisa julgada formal, considerando que esta nada mais

⁵ Ibidem, p 238



seria do que outra forma de preclusão, ou ainda, uma preclusão máxima. Essa interpretação não foi adotada neste trabalho, ainda que se consiga entender a confusão existente, já que esse entendimento se funda na ideia de que essa preclusão máxima nada mais seria do que a perda de faculdades processuais por decurso do tempo. Ao se analisar, considerando que se perdeu o direito de recorrer de uma sentença por conta de uma não observância do prazo para recorrer, pode se observar a lógica por trás desta interpretação. Mas ainda, isso vai se aplicar somente nos casos em que o juiz não entra no mérito da questão, quando, por exemplo, se presta a analisar pressupostos processuais e verifica que estes inexistem, extinguindo assim o processo.

Finalmente, impossível deixar de citar o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco⁶. Segundo o autor, a coisa julgada é a imutabilidade. A sentença, quando de mérito, seria uma proposta de solução do litígio, ou mesmo proposta de extinção do processo, se terminativa. Isso porque a sentença, sozinha, ainda pode ser alterada por advento de um recurso. Quando não mais se pode lançar mão de recursos para alterar esta sentença, quando ela ganha estabilidade e imunização é que temos a coisa julgada.

Afirma também o autor que a função da coisa julgada é a de proporcionar segurança nas relações jurídicas, uma vez que a insegurança é um fator que pode ser considerada como sendo de risco, prejudicando todas as relações nas quais venha a fazer parte, sejam elas de negócios ou mesmo relações familiares. Temos que é a sentença que dá um desfecho para as lides, trazendo a paz social para os debates. Sendo assim, é de se entender que quando temos situação em que falta uma imutabilidade, que falta uma segurança, temos uma solução que, se comparada com as demais, é faltosa.

A sentença faz coisa julgada, mas não se confunde com a mesma. Sentença e coisa julgada são coisas que guardam relação íntima, mas que em momento algum se confundem.

⁶ DINAMARCO, C.R. *Instituições de Direito Processual Civil* 3. 5. ed. São Paulo. Malheiros, 2005, p 290.



Para tanto, basta que se atente para o fato de que, uma vez tendo o juiz proferido sentença, se a parte sucumbente impugna somente parte da sentença, a parte que não foi alvo de impugnação sofre preclusão, sendo revestida da coisa julgada, enquanto a outra parte vai ser analisada pelo juízo ad quem. Esse argumento se baseia na teoria dos capítulos da sentença e ilustra muito bem o ponto em questão.

2. LIMITES OBJETIVO E SUBJETIVO PARA DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

Passa se, agora, à análise dos limites aos quais a coisa julgada se sujeita. Precisamos considerar que tal instituto do direito processual civil não é ilimitado. Tanto é que o primeiro limite que a coisa julgada vai se submeter é o limite da jurisdição. Em momento algum a coisa julgada vai poder ficar fora dos poderes que o Estado confere ao juiz. Se a jurisdição é a manifestação do poder do Estado e esse, para atender a fins sociais, políticos e jurídicos, a dividiu segundo a matéria e os territórios, então antes de mais nada a coisa julgada vai estar submetida a esses mesmos limites. Não somente isso, mas também estarão os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada submetidos à jurisdição de cada juiz.

Pretende-se agora aprofundar um pouco mais sobre o tema. Para tanto, é necessário analisar o art. 469⁷ do CPC:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:
Os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
A verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
A apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Sendo assim, e com o conhecimento de que a sentença é composta por relatório, fundamentação e o dispositivo (art. 458, CPC), podemos ver que somente o dispositivo da sentença faz coisa julgada material.

⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm > Acesso em 22 ago. 2015



Sobre o tema falam os doutrinadores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁸, nos ensinando que o dispositivo, que é a parte que contém a norma concreta, está apta a se revestir da autoridade da coisa julgada material. Do dispositivo da sentença excluem-se os motivos bem como as questões prejudiciais⁹ que foram enfrentadas para dar resultado a causa. É importante ressaltar que, no que toca às questões prejudiciais, pode a parte lançar mão de ação declaratória incidental, para que esta venha a ser atingida pela coisa julgada material (art. 470, CPC).

Quanto aos limites objetivos da coisa julgada, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart nos falam que a coisa julgada está agregada à declaração contida na sentença para lhe conferir imutabilidade. Mas não é tudo o que fica dentro dessa declaração que vai estar sujeito à imutabilidade. É necessário entender que a declaração da sentença existe na forma de resposta jurisdicional, que se restringe à parte dispositiva da sentença. Sendo assim é seguro afirmar que somente a parte dispositiva é dotada de imutabilidade. Até porque nas demais partes da sentença o juiz não lançou mão, propriamente, da sua capacidade de julgamento. Não demonstrou a vontade do direito que vai incidir sobre o caso concreto. A sentença simplesmente espelha os fatos e o direito que serviram como base, como fundamento. Estes fundamentos, em sentido contrário, são aqueles que vão delimitar quais os pontos a serem abordados pela sentença, mas somente o que estiver dentro da parte dispositiva é que vai ficar atingido pela imutabilidade coisa julgada, e não os fatos e o direito que serviram de base para essa sentença.

⁸ ARAÚJO CINTRA, A.C., GRINOVER, A.P., DINAMARCO, C.R. op. cit., p 331

⁹ Questões prejudiciais. Questões que podem dar origem a processo autônomo, mas que aparecem como antecedente lógico da questão principal. Elas devem ser decididas primeiro para se enfrentar a questão principal corretamente.

MARINONI L.G., ARENHART, S.C. op. cit., p 652

DINAMARCO, C.R. op. cit., p 302.



Complementando o conhecimento sobre os limites objetivos da coisa julgada, temos o entendimento do Professor Cândido Rangel Dinamarco. Citando o entendimento do nobre autor temos: “Somente o preceito concreto contido na parte dispositiva das sentenças de mérito fica protegido pela autoridade da coisa julgada material, não os fundamentos em que ele se apóia.”

Sendo assim, não existem grandes divergências doutrinárias quanto aos limites objetivos da coisa julgada. Se tem diversos fundamentos para nos passar a mesma doutrina, a de que somente a parte dispositiva da sentença é que fica protegida pela coisa julgada, ganhando imutabilidade.

Passa-se agora estudar os limites subjetivos da coisa julgada. De maneira simplificada, podemos dizer que os limites subjetivos da coisa julgada seriam as pessoas atingidas pela imutabilidade da coisa julgada, as partes que integram a ação levada a conhecimento do Poder Judiciário. Este entendimento é retirado do art. 472 do CPC10, que diz:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Pela literalidade do artigo é possível entender que, além de os limites subjetivos se restringirem a fazer com que os efeitos da coisa julgada recaiam sobre as partes, esta também não vai beneficiar ou mesmo prejudicar terceiros, salvo se forem estes terceiros citados no processo em litisconsórcio necessário. Encontra-se aqui uma hipótese bem específica para que o terceiro venha a ser atingido pela coisa julgada, isso porque é necessário que este terceiro tenha participado do processo de modo a exercer, ainda que indiretamente, a ampla defesa e o contraditório. Ressalta-se que, por mais que o litisconsorte sofra a influência da coisa julgada,

¹⁰ Ibidem. Acesso em 22 ago. 2015.



ele é considerado pela doutrina como sendo parte do processo, e não como um terceiro interessado na demanda.

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹¹ entendem que para se determinar os limites subjetivos da coisa julgada devemos responder a seguinte pergunta: “quem é atingido pela autoridade da coisa julgada?” E ainda, para responder a pergunta, nos orientam a buscar o art. 472 do CPC. A leitura deste artigo, já transcrito neste trabalho, nos leva ao entendimento de que são atingidos pela coisa julgada as partes do processo, não prejudicando nem mesmo beneficiando terceiros. No entanto, quando um terceiro¹² vier a ter, eventualmente, direito seu atingido pela coisa julgada, deve ele se insurgir contra esta por meio de outro processo. Deve ser desta forma porque, por regra não deveria ser beneficiado ou prejudicado. Sendo assim, precisa demonstrar esse prejuízo por via judicial adequada. Nota-se que, no caso de terceiro ser beneficiado pela coisa julgada, é contraintuitivo assumir que este vai provocar a manifestação do juiz a respeito, ainda que teoricamente possível. Sustentam os autores que este limite se dá por motivos políticos. Quem não se submete ao contraditório não pode produzir provas, não podendo assim contribuir para o convencimento do juiz. Logo, para garantir a paz social, não é este terceiro influenciado em suas relações jurídicas.

Com o mesmo foco, os autores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹¹ entendem que o limite subjetivo da coisa julgada é “a quem” se estendem os efeitos da imutabilidade da sentença. Sendo assim, por regra geral, teremos que somente as partes, bem como os seus sucessores, ficam acobertados pela coisa julgada. Um dos elementos que vincula o autor e o réu à sentença é o contraditório ao qual foi submetida a demanda, sendo

¹¹ Ibidem, p 333

¹² Ibidem, p 652.



também este mesmo elemento um daqueles que leva o juiz ao seu posicionamento sobre a questão.

Adentrando sobre os terceiros os autores fazem uma distinção importante. Os terceiros podem ser terceiros interessados e terceiros indiferentes. Os terceiros interessados seriam aqueles que têm algum interesse jurídico na causa, ou seja, eles têm alguma relação jurídica, que pode ser conexa ou dependente, com aquela pretensão jurídica discutida em juízo. É exatamente devido a esse interesse que é lícito a este indivíduo, ou grupo de indivíduos, participar do processo, podendo intervir nas hipóteses e na forma determinada por lei. Os terceiros indiferentes não tem nenhuma relação jurídica que esteja de alguma forma interligada com a pretensão discutida em juízo. Sendo assim, eles não têm razão ou legitimidade para intervir no processo.

Neste sentido, pode-se observar que somente as partes precisam, diretamente, da coisa julgada, somente para eles têm a sentença alguma utilidade, sendo uma destas a de por fim à controvérsia. Logicamente por isso que somente as partes ficam vinculadas à coisa julgada. Terceiros sofrem os efeitos da sentença, mas não recaindo sobre eles a autoridade da coisa julgada, sendo que é por esse motivo que podem os terceiros discutir em juízo esses efeitos sofridos. Por óbvio que esta afirmação comporta algumas exceções.

O doutrinador Cândido Rangel Dinamarco¹³ defende que a sentença vincula os sujeitos que figuraram no processo, bem como aqueles aos quais a sentença se dirigiu. Acredita que não deve a autoridade da coisa julgada ir além dos sujeitos do processo devido à garantia constitucional do contraditório e devido à forma que a coisa julgada vai incidir na vida das pessoas. Como os efeitos da sentença vão se referir a algum bem da vida, ordinariamente essa sentença somente afeta aos titulares de direitos, obrigações ou pretensões que recaem sobre este bem. É exatamente devido a esses direitos, obrigações ou pretensões

¹³ Ibidem, p 302.



que vai ser possível qualificar o terceiro no processo. Sendo ele absolutamente indiferente ou não a coisa julgada, de acordo com relação jurídica que possui com este bem da vida.

Concluindo, é possível notar que os autores supracitados possuem o mesmo entendimento com relação aos limites subjetivos da coisa julgada. Qual seja, que a coisa julgada deve somente afetar as partes que se submeteram ao contraditório, podendo desta forma influenciar a formação da parte dispositiva da sentença através do fornecimento de provas e demais atos processuais no decorrer do processo de conhecimento. Não devendo a coisa julgada beneficiar ou prejudicar terceiros, salvo se estes terceiros tiverem alguma relação jurídica indireta ou dependente com o bem da vida que se discute em juízo. Havendo tal relação, podem os terceiros praticar alguns atos processuais de forma a participarem do contraditório, influenciando assim na formação da coisa julgada.

CONCLUSÃO

Tendo analisado os conceitos básicos a que se prestam os objetos de estudo do presente artigo, volta-se agora a atenção para a finalidade última que se presta o processo civil, individual ou coletivo.

É preciso ter em mente que o indivíduo, quando se volta para o Poder Judiciário, fundamentalmente, o objetivo principal é a reparação de um direito violado, ou mesmo que esse direito ameaçado não venha a sofrer nenhum tipo de lesão. Em outras palavras, quando se pretende a tutela jurisdicional da situação fática, voltada para a devolução do status quo pretendido pela Constituição e demais legislações infraconstitucionais que compõem o ordenamento jurídico pátrio como um todo.

Assim, se existe uma legítima expectativa de que o Poder Judiciário vai ser capaz de tutelar todos os direitos previstos no ordenamento jurídico pátrio, o que, por sua vez, cria a segurança jurídica que está intimamente atrelada a todo e qualquer processo judicial.



Transpondo isso do mundo jurídico para o dos fatos, a segurança jurídica se estabelece quando temos a efetiva execução ao final do processo judicial, quando a sentença é efetivada na realidade de cada um dos jurisdicionados.

No entanto, isso se mostra um procedimento especialmente delicado quanto volta-se a atenção para a tutela coletiva de direitos. Observa-se que o processo coletivo se desenvolve regularmente até a fase de execução. Em virtude da dificuldade de os indivíduos que tiveram seus direitos efetivamente tutelados, executados.

Fundamentalmente, notam-se os seguintes problemas quando da efetivação da sentença proferida em demanda coletiva:

Possibilidade de decisões diferentes entre demandas coletivas e as individuais, considerada a previsão legal de não haver litispendência entre as ações coletivas e as ações individuais;

Possibilidade de o autor vir a suspender a demanda individual, aderindo à demanda coletiva e, caso sucumbente nesta demanda coletiva, voltar a dar prosseguimento a demanda individual;

Falha na segurança jurídica, em virtude de se ter efetiva loteria jurídica, por conta da opção acima citada;

A real dificuldade de executar a sentença em demanda coletiva, por conta da dificuldade de determinação dos titulares dos direitos coletivos; por conta da falha na representatividade adequada daqueles titulares de direitos coletivos; finalmente a real dificuldade de se liquidar a sentença, por parte do réu, diante do vasto numero de indivíduos que tiveram seus direitos coletivos violados e que agora possuem o direito de reparação.



Considerando agora a dificuldade de liquidação de sentenças proferidas nas demandas coletivas, conforme apontado por Ada Pellegrini Grinover em seu artigo¹⁴, uma boa solução seria a de, uma vez que se tenha esta sentença coletiva, que esta seja desmembrada em processos de liquidação individuais, para cada um dos grupos de representados. Consideremos que, ainda que tenhamos um grupo que seja titular de direito coletivo, este grupo vai possuir algumas questões fáticas ou de direito que permitem uma distinção entre eles. Estas questões fáticas ou de direito distintas devem orientar processos de liquidação distintos. Assim poderemos considerar exatamente o que houve em cada caso, permitindo a máxima eficácia da tutela jurisdicional.

Neste sentido, a solução adequada seria a reunião de todas as demandas em uma única, sem que se tenha a possibilidade de o réu dar prosseguimento a individual, posto que o direito já estaria sendo efetivamente tutelado, igualmente, a possibilidade de, em fase de liquidação de sentença, o desmembramento em processo específico de execução da sentença da demanda coletiva.

Desta forma, a reunião acaba com a loteria jurídica por parte dos titulares dos direitos coletivos. E a execução da sentença em processo de execução individual, permite que o Magistrado, na execução, considere os aspectos fáticos de cada um dos tutelados, para adequar o cumprimento da sentença de acordo com as peculiaridades de cada indivíduo. Isto permite o retorno da segurança jurídica, posto que o titular do direito tem o retorno ao status quo pretendido pela Constituição e legislação infraconstitucional, permite que o réu tenha o seu direito de reparar o dano causado de maneira efetivamente justa, sem que venha a ter de cumprir decisões conflitantes e, finalmente, o papel do Poder Judiciário de guardião do ordenamento jurídico e dos indivíduos ser garantido.

**REFERÊNCIAS:**

ARAÚJO CINTRA, A.C., GRINOVER, A.P., DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

DINAMARCO, C.R. *Instituições de Direito Processual Civil 3*. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. São Paulo: Revista de Processo, 2001.

GRINOVER, A.P., WATANABE JÚNIOR, K., N.N. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2007.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso 22 de agosto

LENZA, P. *“Teoria Geral da Ação Civil Pública”*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2010.

MARINONI L.G., ARENHART, S.C. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT. 2008.

TUCCI, R.L. *“Class action” e mandado de segurança coletivo: diversificações conceituais*, São Paulo: Saraiva. 1990.



AS DECISÕES PODER JUDICIÁRIO E SUAS INFLUÊNCIAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Eduardo Ligiéro Rocha

Graduado pelo Ibmec. Advogado.

Resumo: As políticas públicas, que consistem num conjunto ou ação de atividades a serem desenvolvidas, com o objetivo de garantir direitos a determinado segmento social, devem ser efetivadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, como tais Poderes em alguns casos permanecem inertes, cabe ao Judiciário intervir para promover a efetivação dos direitos previstos na Constituição. Desse modo, o trabalho terá por objetivo analisar os diferentes segmentos em que se verifica o ativismo judicial, levando-se em consideração os interesses em conflito.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Sopesamento de princípios.

Sumário: Introdução. 1. Fornecimento de medicamentos como consequência da preservação do direito a vida. 2. A efetivação do direito social a educação com observância do princípio da separação dos poderes. 3. Implementação de políticas públicas de proteção a pessoas com deficiência pelo Judiciário, em respeito ao princípio da isonomia.

INTRODUÇÃO

De início, deve-se observar que os direitos fundamentais, minimamente, se subdividem em três gerações/dimensões: primeira, que diz respeito às liberdades públicas; segunda, que aborda os direitos sociais; terceira, que se refere aos direitos transindividuais.

Os direitos sociais de segunda dimensão ou geração caracterizam-se por exigir uma prestação por parte do Estado, para que todos os cidadãos sejam beneficiados por aquele serviço público, diversamente dos direitos de primeira geração, em que o Estado deveria abster-se de atuar para que as liberdades públicas fossem garantidas.

Nesse contexto, o Poder Judiciário assumiu na sociedade contemporânea relevante papel social, tendo em vista que em muitos casos é o responsável pela implementação de políticas públicas. Isso revela de maneira ampla, que o princípio da separação de poderes sofre mitigação e, num aspecto mais restrito, demonstra a crescente demanda pelo ativismo judicial.

Dessa maneira, quando tanto o Poder Legislativo, responsável por regulamentar por meio de Lei os programas políticos, quanto o Poder Executivo, que tem por finalidade precípua executar, principalmente, os direitos sociais previstos na Constituição, ficam inertes, passa a caber ao Judiciário o nobre dever de garanti-los aos cidadãos, sobretudo àqueles que mais necessitam, como mecanismo de dar efetividade às normas constitucionais.

Para solucionar tais questões, o Judiciário precisa sempre valorar interesses em conflitos, dentre eles: de um lado está o mínimo existencial que deve ser garantido ao indivíduo e de outro lado a reserva do possível alegada pelo Estado, que em razão da insuficiência de recursos públicos, tem por consequência aquilo que a doutrina denomina de escolhas trágicas.

Dessa forma, o ativismo judicial apresenta-se como única alternativa para que os direitos constitucionais sejam efetivamente garantidos à sociedade.

Nesse sentido, o artigo científico tem como enfoque a análise do ativismo judicial, tendo em vista sua relevância social, uma vez que diversas pessoas são beneficiadas, direta e indiretamente, pelas decisões judiciais. Além disso, também é possível verificar a importância jurídica da discussão a ser estabelecida, na medida em que envolve conceitos a serem sopesados a fim de atender ao interesse público.



Para isso, no primeiro capítulo será analisada a intervenção do Judiciário para promover o fornecimento de medicamentos, levando-se em consideração os seus limites.

Já no segundo capítulo, o trabalho terá por enfoque a promoção de política pública de educação, mais especificamente a construção de escolas, considerando-se os princípios constitucionais em choque.

O terceiro capítulo, por sua vez, terá como objeto a análise de mecanismos judiciais para proteção do deficiente físico.

Portanto, em razão de o escopo geral ser discutir a mitigação da independência entre os Poderes, necessita-se de uma metodologia do tipo bibliográfica, jurisprudencial, exploratória e qualitativa, para unir os conceitos teóricos aos casos concretos enfrentados pelo Judiciário.

1. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS COMO CONSEQUÊNCIA DA PRESERVAÇÃO DO DIREITO À VIDA

Os direitos fundamentais, em sua evolução histórica, podem ser compreendidos sob o prisma das gerações/dimensões e se dividem, em pelo menos 1^a, 2^a e 3^a, que correspondem, respectivamente, aos ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade¹.

¹LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1028.



Os direitos fundamentais de primeira geração se caracterizam pelo absentéismo estatal, ou seja, o Estado não deveria intervir para promovê-los, pois correspondiam as liberdades individuais civis e políticas.

Já os direitos fundamentais de segunda geração, objeto do presente artigo, decorrem da passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Desse modo, por serem caracterizados como direitos sociais, exigem uma atuação estatal na sua promoção. Como grande exemplo de direito de 2ª geração há o direito à saúde, previsto no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles transindividuais, tendo por característica a fraternidade. A doutrina² cita como exemplos a preservação ambiental e proteção aos consumidores.

As políticas públicas surgem no contexto dos direitos de segunda dimensão, na medida em que cabe ao Estado, mais especificamente ao Poder Executivo, em conjunto com o Legislativo, efetivar os direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Antes de adentrar nas polêmicas que envolvem a promoção das políticas públicas pelo Judiciário, devem ser elencados alguns conceitos trazidos pela doutrina, que têm como ponto comum a prestação estatal dos direitos sociais.

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso³, citado por Nilva M. Leonardi Antonio, política pública é:

[...] conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional, ou legal, sujeitando-se ao controle judicial amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

² Ibid. p.30.

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo *apud* ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org); WATANABE, Kazuo (org). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 185.



Já Oswaldo Canela Junior,⁴ citado por Ada Pellegrini Grinover, que por sua vez é citada por Nilva M. Leonardi Antonio, conceitua política pública:

Por política estatal - ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.

Dito de outra forma, política pública nada mais é do que a realização, pelo Estado, dos direitos sociais elencados no artigo 6º da CRFB⁵, com vistas a garantir o mínimo existencial, isto é, as mínimas condições de existência digna, em observância ao princípio da dignidade humana, fundamento da república expresso no artigo 1º, inciso III da CRFB⁶.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que o fornecimento de medicamentos está umbilicalmente relacionado à saúde, direito social previsto no artigo 6º da CRFB, cuja obrigação de prestar cabe a todos os entes federativos, conforme preceitua o artigo 196 da CRFB. Por isso, há necessidade de um sistema único de saúde (artigo 198,§1º da CRFB).

No entanto, em alguns casos a Administração Pública se recusa a fornecer determinados medicamentos necessários a determinados tratamentos. Por esse motivo, o Judiciário é acionado.

Quanto à atuação do Judiciário para determinar o fornecimento de fármaco, alguns pontos merecem ser abordados, uma vez que, a depender do caso, há obstáculo intransponível.

⁴CANELA JUNIOR, Oswaldo *apud* GRINVER, Ada Pellegrini *apud* ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org); WATANABE, Kazuo (org). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 191.

⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 dez 2014.

⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 dez 2014.



O primeiro aspecto diz respeito ao fato de que para a James Waldron⁷, citado por Marco Antonio da Costa Sabino, permitir a intervenção judicial significaria violação a Teoria democrática⁸. De outro lado, há o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB e, como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹, citado por Marco Antonio da Costa Sabino, “o juiz não é escolhido pelo povo (nem o deve ser), não representa o povo senão em termos metafóricos. Nem é desejável que se politize”.

Aury Lopes Junior¹⁰, citado por Nilva M. Leonardi Antonio, também reforça a legitimidade do Judiciário:

[...] a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

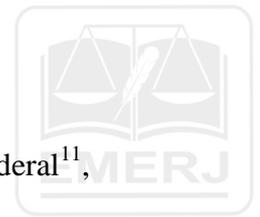
Ademais, há ainda dois elementos conflitantes quando da efetivação das políticas públicas: o mínimo existencial, entendido como mínimo necessário à vida digna, que se contrapõe à reserva do possível, no sentido de que os recursos do estado são finitos e as necessidades sociais infinitas. Desse modo, deve haver um equilíbrio, na medida em que as decisões do Judiciário, relativas a medicamentos, influenciam diretamente no orçamento do Estado.

⁷WALDRON, James *apud* SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso de Saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org); WATANABE, Kazuo (org). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 363.

⁸Teoria democrática é entendida como opção de determinada política pública que é realizada pelos Poderes majoritários (Executivo e Legislativo), cujos membros foram eleitos democraticamente.

⁹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *apud* SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso de Saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org); WATANABE, Kazuo (org). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 407.

¹⁰LOPES JUNIOR, Aury *apud* ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org); WATANABE, Kazuo (org). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 195.



Para que haja equilíbrio na intervenção judicial, o Supremo Tribunal Federal¹¹, por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, estabeleceu alguns requisitos, a seguir expostos.

Caso o medicamento esteja previsto na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pela Lei 8.080/90¹², o indivíduo tem o direito subjetivo a obtenção do medicamento, de modo que cabe ao Judiciário determinar a sua distribuição pela Administração Pública.

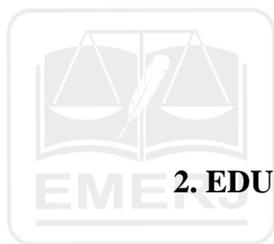
Levando-se em consideração que não há previsão do medicamento na lista do SUS, o Judiciário deve se valer da razoabilidade, ou seja, deve permitir que o indivíduo seja tratado com o menor custo possível ao Estado, optando-se por medicamentos de valor mais baixo, mas que proporcione o resultado esperado. Isso porque, não pode haver o comprometimento dos recursos públicos de modo a inviabilizar a prestação estatal, que deve se destinar a todos os indivíduos.

A questão mais delicada diz respeito à entrega de medicamento que ainda esteja em fase de experimento. Nesse caso, o Judiciário só pode determinar, excepcionalmente, a sua entrega, quando o registro não tiver sido feito por razões burocráticas.

Portanto, levando-se em consideração que a disponibilidade ou não do fármaco está diretamente relacionada à garantia tanto do direito social à saúde quanto à vida, que são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da república previsto no artigo. 1º da CRFB, na omissão dos demais Poderes, cabe ao Judiciário, intervir, assegurando assim os direitos mencionados.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 09 out 2014.

¹² BRASIL. Lei n. 8.080/90, de 24 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 09 out 2014.



2. EDUCAÇÃO: UMA POLÍTICA PÚBLICA DEFICIENTE

O presente capítulo tem como objetivo analisar, de um lado o déficit educacional existente no Brasil e de outro até que ponto pode haver intervenção judicial como forma de garantir a efetividade das políticas públicas relacionadas à educação, observando-se o princípio da separação dos poderes.

De início é válido mencionar que a educação é um direito social fundamental, previsto no artigo 6º da Constituição Federal¹³, que deve ser prestada pelo Estado. Aos municípios cabem a atuação no ensino fundamental e educação infantil e aos Estados e ao Distrito Federal no ensino fundamental e médio, conforme dispõe o artigo 211, §§ 2º e 3º da CRFB.

No entanto, em muitas ocasiões os Poderes Executivo e Legislativo não observam esse mandamento constitucional, e se recusam a construir escolas sob o argumento de reserva do possível. Desse modo, cabe ao Judiciário intervir para que as promessas constitucionais se concretizem, de modo a permitir o acesso à educação, dever do Estado, conforme se extrai do artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁴.

O primeiro aspecto a ser analisado é a teoria da separação dos Poderes, que segundo Ivo de Sousa e Alexandre de Castro Coura¹⁵ remonta a Montesquieu:

Muito embora alguns apontem Locke como responsável pela formulação inicial da teoria da separação dos poderes, pode-se afirmar que foi em Montesquieu que tal teoria ganhou a sua sistematização devida, com o reconhecimento da existência dos

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23 dez 2014.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23 dez 2014

¹⁵ SOUSA, Ivo de; COURA, Alexandre de Castro *apud* ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org); WATANABE, Kazuo (org). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 187.



Poderes Legislativo, Executivo das coisas que dependem do direito das gentes (Executivo) e o Executivo das coisas do direito civil (Judiciário).

O princípio da separação dos Poderes, previsto no artigo 2º da CRFB¹⁶, passou a ser interpretado de outra maneira, no sentido de que por ser uno o Estado, o seu poder também deve ser, ou seja, o Estado deve exercer seu poder por meio de seus Poderes¹⁷. Embora seja uma das funções do Legislativo e do Executivo, regulamentar e executar, respectivamente, as políticas públicas, na omissão destes, o Judiciário também assume o papel relevante de implementá-las.

Nesse contexto, o Ministério Público, assume extrema importância na tutela de direitos difusos e coletivos¹⁸, na medida em que tem legitimidade para ajuizar ação civil pública (artigo. 129, inciso III da CRFB), regulamentada, por exemplo, pela Lei n. 7.347/85¹⁹, com o propósito de que o Judiciário exerça o controle sobre a omissão estatal.

Desse modo, em que pese o fato de as entidades federativas, quando acionadas em juízo para que construam novas escolas, alegarem violação ao princípio da separação dos poderes, tal tese não deve prosperar. Isso porque, em nome do princípio da vedação ao retrocesso²⁰, tratando-se de direitos prestacionais (como a educação),

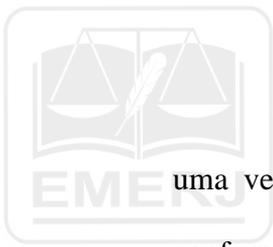
¹⁶BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em 23 dez 2014.

¹⁷CANELE JUNIOR, Oswaldo *apud* ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org); WATANABE, Kazuo (org). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 191.

¹⁸Direito difuso é aquele transindividual que tem como titular uma coletividade indeterminada. Direito coletivo é aquele transindividual que tem como titular uma coletividade determinada, segundo artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁹BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347compilada.htm>. Acesso em 23 dez 2014.

²⁰Princípio da vedação ao retrocesso significa que uma vez concretizado o direito ele não pode ser diminuído ou esvaziado.



uma vez implementados, não poderão ser diminuídos ou suprimidos pelo Estado²¹, conforme entendimento do STF²²:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERIORAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CONSTRUÇÃO DE NOVA ESCOLA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA. PRECEDENTES. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

Ademais, não há falar em discricionariedade, entendida como mérito administrativo, insuscetível de controle judicial, ou seja, margem que a lei confere ao agente para atuar de acordo com juízo de conveniência e oportunidade, em matéria de direitos fundamentais, tal como o é a educação²³. Tal tese se impõe, por se tratar de política pública prevista em norma constitucional. Sendo assim, é possível a ingerência do Judiciário quando os Poderes Legislativo e Executivo se omitirem, como decidido pelo STF²⁴.

Assim, por ser a educação um direito de todos e por exercer enorme influência para erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, objetivos da república

²¹LENZA, op. cit., p. 1167.

²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 761.127 AgR. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em 23 dez 2014.

²³ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. *Defensoria Pública na concretização de políticas públicas*: um controle da aparente discricionariedade administrativa governamental. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=14511>>. Acesso em 26 dez 2014.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 559.646. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+559646%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+559646%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bklam6h>>. Acesso em 26 dez 2014.



previstos no art. 3º, inciso III da CRFB, o seu acesso deve ser garantido por meio das políticas públicas, seja por meio do Executivo e Legislativo, seja por via judicial.

3. INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: uma política pública também judicial

As políticas públicas concernentes às pessoas com deficiência merecem singular atenção, tendo em vista que em razão de suas condições físicas ou mentais têm acesso reduzido ou até são excluídas de diversos segmentos da sociedade. Mais uma vez, a intervenção judicial poderá tornar-se imprescindível.

De início, é possível verificar que a Constituição Federal²⁵ procurou, em seu art. 227, §1º, inciso II e §2º dar proteção às pessoas portadoras de deficiência física, mental ou sensorial. Por ser norma de eficácia limitada²⁶, é regulamentada, por exemplo, pelas Leis n. 7.853/89²⁷, 10.048/00²⁸, 10.098/00²⁹.

Frise-se que a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova York em 30 de março de 2007, foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto

²⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26 dez 2014.

²⁶ Norma constitucional de eficácia limitada é aquela que, quando da entrada em vigor da Constituição, precisa de lei integrativa infraconstitucional para produzir seus efeitos e se subdividem em: normas de princípio institutivo (estruturam a organização do Estado) e normas de princípio programático (veiculam programas a serem implementados pelo Estado). LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 236 e 237.

²⁷BRASIL. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm>. Acesso em 26 dez 2014.

²⁸BRASIL. Lei n. 10.048, de 08 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110048.htm>. Acesso em 26 dez 2014.

²⁹BRASIL. Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110098.htm>. Acesso em 26 dez 2014.



do Presidente da República n. 71/2009³⁰ e aprovada pelo Congresso Nacional³¹ pelo procedimento do art. 5, §3º da CRFB, ou seja, tem *status* de emenda constitucional.

O tratamento conferido pela Constituição Federal, pela Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como pelas leis supracitadas, pode ser melhor entendido a partir da compreensão do princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput* da CRFB, que deve ser analisado sob seus dois aspectos, elucidados a seguir.

De um lado há a igualdade formal, que diz respeito à produção (igualdade na lei, isto é, o legislador ao exercer sua função típica deve conferir tratamento igualitário a todos), interpretação e aplicação igualitária das normas jurídicas³². De outro há a igualdade material, segundo a qual deve ser dado tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades.

Dessa maneira, fica evidente que o tratamento especial conferido às pessoas com deficiência encontra sustentáculo no princípio da isonomia, no seu sentido material.

Ademais, as normas supracitadas consubstanciam-se em ações afirmativas que, segundo Guilherme Peña de Moraes³³, são definidas como:

[...]políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações, existentes ou passadas, tais como as pessoas portadoras de necessidades especiais[...].

Sendo assim, as ações afirmativas podem ser entendidas como forma de possibilitar a tutela de determinado grupo social, que por alguma razão, como por exemplo o preconceito, é excluído da sociedade, de modo que enfrenta dificuldades no dia a dia para sobreviver dignamente.

³⁰ Disponível em: <http://www.redesolidaria.org.pt/legislacao/d72_2009.pdf>. Acesso em 27 dez 2014

³¹ BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em 27 dez de 2014.

³² MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Altas, 2013. p 565.

³³ *ibid.* p 566.



Nessa sequência, quando o Poder Executivo presta serviço de transporte público coletivo, mediante concessão³⁴ ou permissão³⁵, conforme art. 175, *caput* da CRFB, tem o dever de realizar o controle sobre a prestação, segundo dispõe o art. 29, inciso I da Lei 8987/95³⁶.

Desse modo, quando não há a adequada fiscalização e, por exemplo, os transportes coletivos não oferecem o mínimo de infraestrutura que possa permitir o acesso da forma devida às pessoas portadoras de deficiência, cabe ao Judiciário, após ser acionado, em observância aos princípios da dignidade humana, da isonomia e às determinações contidas nas leis supracitadas, determinar que as concessionárias ou permissionárias adequem suas frotas àqueles que necessitam de cuidados especiais, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³⁷³⁸³⁹.

Como já mencionado nos capítulos anteriores, tal intervenção não viola o princípio da separação dos poderes, nem a reserva do possível pode servir de óbice ao controle judicial das políticas públicas.

Outra importante intervenção judicial diz respeito à ação civil pública ajuizada pelo Conselho Nacional dos Centros de Vida Independente em face do Estado do Rio de

³⁴ Contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 367.

³⁵ Contrato administrativo através do qual o Poder Público (permitente) transfere a um particular (permissionário) a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas nas normas de direito público, inclusive quanto a fixação de tarifas. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.413.

³⁶ BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em 26 dez 2014.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0315501-35.2008.8.19.0001. Relator: Desembargador Eduardo de Azevedo Paiva. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201300123591&CNJ=0315501-35.2008.8.19.0001>>. Acesso em: 26 dez 2014.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0016144-71.2005.8.19.0001. Relator: Desembargador Gabriel Zefiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201422702963&CNJ=0016144-71.2005.8.19.0001>>. Acesso em: 26 dez 2014

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0003070-46.2006.8.19.0087 (2007.001.45464). Relator: Desembargador Rogerio de Oliveria Souza. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=200700145464&CNJ=000307046.2006.8.19.0087>>. Acesso em 26 dez 2014.



Janeiro em razão de não cumprir a Lei Estadual n. 4.304/04⁴⁰, que determina que as Comunicações oficiais de campanhas, programas, informes, publicidades e atos da administração direta e indireta do Estado sejam traduzidos para Língua Brasileira de Sinais. Nesse caso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁴¹ negou provimento à apelação, mantendo a sentença que condenou o Estado a refazer a propaganda ou campanha com tradução simultânea, com objetivo de possibilitar a compreensão pelas pessoas com deficiência auditiva.

Os julgamentos supracitados são apenas alguns exemplos de situações que demonstram algumas dificuldades enfrentadas por pessoas que necessitam de cuidado específico, em razão das condições físicas e/ou mentais.

Portanto, por ter o Legislador contribuído para edição de políticas públicas voltadas aos portadores de deficiência física, sem que o Executivo, nos casos supracitados, tivesse atuado da maneira devida, mais uma vez coube ao Judiciário intervir, com o fito de promover uma sociedade igualitária e sem preconceitos, segundo dispõe o artigo 3º, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil⁴².

CONCLUSÃO

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a tese de que a intervenção judicial no controle das políticas públicas viola a democracia, bem como o

⁴⁰BRASIL. Lei do Estado do Rio de Janeiro n. 4.304, de 07 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em 28 dez 2014.

⁴¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0051933-68.2004.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Gilda Maria Dias Carrapatoso. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201100191233&CNJ=0051933-68.2004.8.19.0001>>. Acesso em: 28 dez 2014.

⁴²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 de abril 2015.



princípio da separação dos Poderes, não pode mais servir de impedimento à prestação de direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que se trata de dever imposto ao Estado.

Nesse contexto, o Poder Judiciário tem substancial função na conjuntura político-jurídica, na medida em que pode exercer controle sobre os atos administrativos do Executivo e em relação ao Legislativo, pode também exercê-lo sobre os atos legislativos típicos, por meio de controle concentrado e difuso.

Destarte, embora o Legislativo e o Executivo tenham como função essencial a implementação de políticas públicas voltadas, por exemplo à educação, à saúde e às medidas de proteção à pessoas com deficiência, eventualmente, tais Poderes mostram-se inertes. Nessa hipótese, diante de uma Constituição dirigente, isto é, Carta que traz os objetivos a serem traçados pelo Estado, impõe-se ao Judiciário a responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais, sob pena de tornarem-se apenas promessas constitucionais, o que justamente se quis evitar.

A reserva do possível, alegada pelo Estado para justificar sua omissão, deve ser analisada com cautela, pois se contrapõe ao mínimo existencial, capaz de garantir uma vida digna. Dessa maneira, a sustentação estatal não pode servir de obstáculo quando se aborda os direitos fundamentais, que devem ser garantidos a todos os cidadãos por meio de políticas públicas.

Ainda, no que diz respeito às ações afirmativas direcionadas aos portadores de deficiência, é possível perceber que estão de acordo com o princípio da igualdade material, uma vez que o tratamento diferenciado justifica-se em razão de serem pessoas com condições físicas e/ou mentais reduzidas.



Portanto, verifica-se que o Judiciário também assume, em determinados casos, papel político quando, em cumprimentos aos ditames constitucionais, garante a eficácia de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. *Defensoria Pública na concretização de políticas públicas: um controle da aparente discricionariedade administrativa governamental*. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=14511>>. Acesso em 26 dez 2014.

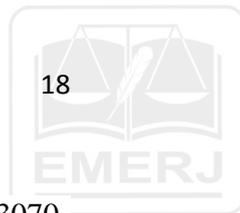
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>> . Acesso em: 09 out 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 559.646. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+559646%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+559646%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bklam6h>>. Acesso em 26 dez 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 761.127 AgR. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em 23 dez 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0315501-35.2008.8.19.0001 . Relator: Desembargador Eduardo de Azevedo Paiva. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201300123591&CNJ=0315501-35.2008.8.19.0001>>. Acesso em: 26 dez 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0016144-71.2005.8.19.0001. Relator: Desembargador Gabriel Zefiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201422702963&CNJ=0016144-71.2005.8.19.0001>>. Acesso em: 26 dez 2014.



_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0003070-46.2006.8.19.0087 (2007.001.45464). Relator: Desembargador Rogerio de Oliveria Souza. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=200700145464&CNJ=0003070-46.2006.8.19.0087>>. Acesso em 26 dez 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0051933-68.2004.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Gilda Maria Dias Carrapatoso. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201100191233&CNJ=0051933-68.2004.8.19.0001>>. Acesso em: 28 dez 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em 20 dez 2014.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347compilada.htm>. Acesso em 23 dez 2014

_____. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm>. Acesso em 26 dez 2014.

_____. Lei n. 10.048, de 08 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110048.htm>. Acesso em 26 dez 2014.

_____. Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110098.htm>. Acesso em 26 dez 2014.

_____. Lei n. 8.987, de 13 fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em 26 dez 2014.

_____. Lei do Estado do Rio de Janeiro n. 4.304, de 07 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em 28 dez 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini (org); WATANABE, Kazuo (org). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET

Eduardo Telles de Menezes Pereira

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo: O advento da Internet no país assim como no mundo acelerou a transformação da sociedade impulsionando a globalização. Além disso, proporcionou a promoção de vários direitos fundamentais como o acesso à educação, por exemplo. Porém, na mesma medida que os benefícios nascem, os prejuízos e violações aos próprios direitos fundamentais antes prestigiados também surgem. A internet como sabido por todos expõe o ser humano em alto grau principalmente pelas redes sociais, entre outros; o que dependendo do caso concreto poderá acarretar violação a direitos fundamentais do indivíduo como a intimidade e privacidade, principalmente ao direito ao esquecimento, contudo, o acesso à informação também é direito fundamental a ser prestigiado, razão pela qual, possível caso concreto levado ao Judiciário na atualidade deverá ter como norte resolutivo a ponderação. Assim, é importante traçar ditames para elucidações de possíveis divergências quanto ao tema, mas sempre com o intuito de permitir que o indivíduo possa viver livremente sob pena de a internet se tornar nociva à própria existência da sociedade.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direitos Fundamentais. Ponderação de interesses. Tutela Jurisdicional. Normatização.

Sumário: Introdução. 1. Direito do esquecimento em nosso ordenamento. 2. Marco Civil e o Direito ao Esquecimento 3. A importância da ponderação de interesses 4. Viabilidade de normatização e aplicação de critérios para solução de eventuais litígios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado enfoca a temática da possível aplicação do Direito ao Esquecimento na Internet ante a possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais, pois, embora beneficie toda a sociedade, seu uso indiscriminado e desacerbado pode inviabilizar a convivência pacífica entre os seres humanos.

Assim, será abordado o impacto da exposição de dados no indivíduo e em toda coletividade, bem como, analisada a aplicação do Direito ao Esquecimento em prol de garantias individuais do indivíduo sem ofender o direito à informação dos demais dentro da sociedade quanto à questões relativas à internet em eventual litígio.



Nesse ponto, será demonstrada a viabilidade de normatização e aplicação de critérios sociais e jurídicos com o fito de proporcionar a convivência pacífica de todos sem que haja ofensa à liberdade de existência do indivíduo.

Dessa forma, esse trabalho buscará debater polêmicas quanto ao tema e traçar aspectos norteadores para se alcançar decisões mais equilibradas através da ponderação de interesses no caso concreto. Além disso, diferenciações de dados e até do indivíduo casuisticamente serão sugeridas. A omissão legislativa quanto ao tema frente à internet pode ensejar decisões díspares, acarretando insegurança jurídica e temor quanto ao seu uso, o que pode ser evitado.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO

O Direito ao Esquecimento para ser tratado, exige a abordagem de outros direitos mais especificamente o direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade ou privacidade, pois geralmente irão colidir.

No Brasil a liberdade de expressão é tida como direito fundamental desde a Constituição do Império do ano de 1824 e tal status lhe foi conferido em todas cartas magnas que vigoraram em nosso país. Por outro lado, o direito à intimidade ou privacidade como concepção jurídica no mundo surgiu inicialmente nos Estados Unidos e a partir da ideia do direito a estar só, *the right to bel et alone*.

A privacidade corresponde a um conjunto de informações acerca do indivíduo em que é lhe possibilitado mantê-las privadas ou não. Trata-se, na verdade, de aspectos da vida pessoal, familiar e até profissional do indivíduo. Já a intimidade se relacionada ao modo de ser da pessoa e ao seu mundo psíquico, logo, pode-se afirmar, ser correspondente a própria identidade do ser humano.



O mundo encontra-se em constantes transformações e inovações tecnológicas, que surgem diariamente e com isso, o direito de estar só, de se isolar, de exercer manifestações e comportamentos de forma livre, torna-se muitas vezes ameaçado pelo avanço tecnológico, pelas imagens obtidas com lentes teleobjetivas de longo alcance, por mini câmeras, pelos grampos telefônicos, pelos celulares, em especial pelos abusos cometidos na Internet e por outros expedientes que se prestam a este fim.

O Direito ao Esquecimento é decorrência lógica do direito à intimidade ou da privacidade. Em síntese corresponde ao direito que uma pessoa detém em impedir que determinado fato mesmo que verídico ocorrido em seu passado pertença exclusivamente a ela ou não. Através dele tenta-se proteger a integridade psíquica e até física do indivíduo, portanto, também há íntima relação com a tutela e com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, através da consequência lógica citada, é preciso afirmar que o direito mencionado possui respaldo constitucional e legal dentro do ordenamento jurídico vigente, o que se extrai da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, X)¹ e pelo atual Código Civil (art. 21)².

Os Tribunais do país encontram-se assentes quanto ao reconhecimento da aplicabilidade do direito ao esquecimento. A jurisprudência³ marcante do Superior Tribunal de Justiça já enfrentou questões relacionadas a crimes ocorridos no passado e de programas televisivos que insistiam em lembrá-los, todavia, o direito ao esquecimento não está adstrito à seara penal e a cada dia mais vem sendo utilizado para proteger outros aspectos da vida humana e coletiva.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso: 15 mai. 2015.

² BRASIL. Lei. n. 10.406 de 11 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15 mai. 2015.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.335.153/RJ. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1335153&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 17 fev. 2015.



É o caso, por exemplo, da apresentadora Xuxa Meneghel que, no passado estrelou determinado filme e que se arrependeu posteriormente de ter atuado. Ela não desejava mais que fosse exibido ou lembrado, já que tal fato lhe acarretava prejuízos financeiros e transtornos psíquicos. Embora tenha tido seu pedido rejeitado ao final pelo Supremo Tribunal Federal⁴, foi feliz inicialmente junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O direito ao esquecimento foi debatido no ano de 2013 pela VI Jornada de Direito Civil realizada Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJF), ensejando a edição do Enunciado 531⁵, segundo o qual “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o Direito ao Esquecimento”.

A justificativa para edição do enunciado citado se deu em razão do crescimento exacerbado dos danos provocados pelas novas tecnologias de informação. O que se pretendeu, na realidade, foi assegurar a possibilidade de discutir o uso dos dados decorrentes de fatos pretéritos mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Ressalte-se que os enunciados do Conselho da Justiça Federal não possuem força cogente, entretanto, correspondem a uma importante fonte de pesquisa e argumentação utilizada pelos profissionais do direito.

Há um julgamento que tomou grande notoriedade no mundo no ano passado e merece ser citado, ou seja, o Tribunal de Justiça da União Europeia⁶ ordenou que o *Google* e seu sítio de busca removesse de seus serviços e links conteúdos irrelevantes que tratassem de dados pessoais quando houvesse solicitação do indivíduo. Atribui-se ao *Google* responsabilidade pelos links que exibem resultados de buscas, entre outros; em prol dos direitos individuais.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL n. 15.955/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=263104859&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

⁵ CJF. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VI%20Jornada.pdf/at_download/file>. Acesso em: 15 mai. 2015.

⁶ LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.



A decisão citada do Tribunal Europeu foi fundamentada na Diretiva 95/46/CE⁷. Ela normatiza o tratamento de dados pessoais na União Europeia e também resguarda o direito de retificação de dados, bem como, a exclusão de informações falsas, errôneas ou incompletas.

No que concerne à jurisprudência comparada, a jurisprudência brasileira está diametralmente oposta, pois os Tribunais Superiores não estão aplicando o direito ao esquecimento de forma prevalente na internet e eximindo de responsabilidade os provedores quanto à disponibilização de determinados conteúdos, como por exemplo, dados pessoais.

Segundo a ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, o provedor de pesquisa “não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, limitando-se a indicar links onde podem ser encontrados os termos de busca fornecidos pelo próprio usuário”. Logo, não poderia coibir a propagação do conteúdo mesmo que ilícito. Tudo isto se extrai do julgamento do Recurso Especial sob o número 1.316.921⁸.

A problemática do debate do direito ao esquecimento se encontra na discussão quanto a definir regras de sua aplicação ou impossibilidade. Os debates geralmente são principiológicos e dependem muito da análise do caso concreto, mas isto não pode ensejar o afastamento dos direitos individuais do cidadão, pois toda exposição desacerbada e irresponsável é altamente nociva ao ser humano e principalmente à sociedade.

2. MARCO CIVIL E O DIREITO AO ESQUECIMENTO;

⁷BRUXELAS. Parlamento Europeu. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf>. Acesso em: 15 de mai. 2015.

⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.316.921/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23036667&num_registro=201103079096&data=20120629&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 mai. 2015.



O projeto de Lei n. 21.626/11, é conhecido popularmente como Marco Civil da Internet. Embora possua poucos dispositivos, é tido por muitos como uma espécie de estatuto que irá reger o uso da rede mundial de computadores no Brasil definindo direitos e deveres entre provedores e usuários. Após um longo período de consultas públicas foi sancionado em 25 de março de 2014 tornando-se a Lei n. 12.965/14⁹.

O diploma legal citado não resguarda especificamente o direito ao esquecimento quando trata da privacidade propriamente dita, mas reforça a partir do seu artigo 18, que a remoção de links - endereços" de um documento ou um recurso na web - ou de qualquer conteúdo na web (sistema de informações ligadas através de hiperlinks, ou seja, hiperligações em forma de texto, vídeo, som e outras animações digitais que permitem ao usuário acessar uma infinidade de conteúdos através da internet) necessita de avaliação da justiça diante do caso concreto.

A Lei n. 12.965/14 trata na verdade do direito à informação, mas não resguarda a intimidade e a privacidade como deveria; tanto que estabelece que o provedor de acesso à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiro. Exceção ocorrerá quanto a provedores de aplicação de internet quando sobrevier determinação judicial e esta não for respeitada, o que poderá acarretar responsabilidade.

Ressalte-se que provedor de aplicação de Internet (PAI) deve ser entendido como qualquer empresa, organização ou pessoa natural que, de forma profissional ou não, forneça um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um ou vários terminais conectados à internet, não importando se os objetivos são econômicos ou não.

Portanto, é plausível afirmar que o marco civil da internet ao prestigiar de forma demasiada o direito de acesso à informação, esqueceu-se do direito ao esquecimento, pois sequer fez qualquer menção específica a essa garantia em seus dispositivos, logo, o enfraqueceu

⁹ BRASIL. Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 15 mai. 2015.



ao estatuir a isenção de responsabilidade de provedores de conexão quanto a conteúdo circulante na internet; justo seria se houvesse um equilíbrio positivado entre eles.

É preciso destacar que que o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰ garante a liberdade da manifestação do pensamento quando inexistente anonimato, além da livre expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Por outro lado, também determina que é “inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

Assim, na hipótese de um litígio que se debata o que deve ser esquecido por ser privado e o que deve permanecer público, ao julgador caberá sopesar princípios colidentes principalmente aqueles mais sensíveis na vida em sociedade, ou seja, liberdade de expressão, informação e privacidade.

A aprovação do marco civil é benéfica à sociedade em alguns pontos, como por exemplo a manutenção da qualidade contratada da conexão à internet, contudo, é falha ao ser pouco efetiva quanto à intimidade e privacidade do cidadão.

Infelizmente o país continua carente de uma legislação específica sobre a guarda e manipulação de dados digitais, bem como, desprovido de parâmetros legislativos específicos quanto a dados sensíveis ou comuns do indivíduo, o que enfraquece a tutela da dignidade da pessoa humana.

É necessário frisar que os direitos humanos fundamentais são inerentes ao ser humano, logo, indisponíveis. Na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos que reflete internamente no país, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹, no seu art. 12; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹², no seu art. 17; e a Convenção Americana

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 15 mai. 2015.

¹¹NOVA YORK. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:

<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2015.

¹² BRASIL. Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 15 mai. 2015.



sobre Direitos Humanos¹³, no seu art. 11; as quais afirmam no mesmo sentido o seguinte direito: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei face tais interferências ou ataques”.

Destaque-se que em muitos lugares do mundo e até no Brasil, a exposição de dados como por exemplo quanto à religião, sexo, cor, remuneração, sexualidade, cargo, ideologia, entre outros; pode ensejar consequências negativas na vida de um ser humano, pois em determinadas situações a divulgação de determinadas informações de certos indivíduos em uma sociedade ou localidade podem colocá-los em risco, de modo a ensejar possíveis violações de ordem física, moral e psicológica.

O exposto se evidencia facilmente na vida moderna, inúmeros são os exemplos que poderiam ser citados, mas basta imaginar um indivíduo que resida na cidade do Rio de Janeiro em um local com alto índice de criminalidade que acaba tendo divulgado na internet sem autorização sua profissão de policial, endereço residencial, nome completo, fotos pessoais, escala de serviço, número de telefone celular, entre outros; torna-se possível imaginar os abalos psicológicos que irá sofrer com medo de represálias da criminalidade, podendo o dano se estender aos seus familiares.

É possível supor ainda, a situação de um indivíduo detentor de muitas posses que tem seu nome completo, endereço, numeração do cadastro de pessoa física (CPF), expostos na internet, entre outros; logo, também se torna possível supor o risco que será colocado em decorrência de conduta de terceiros, pois alguns dados podem servir de parâmetro para início de delitos como por exemplo: sequestros relâmpagos e fraudes bancárias. Se é possível proteger cidadão, não há razão alguma, em lhe conceder ao menos o direito de ter ciência de quais e

¹³ BRASIL. Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 mai. 2015.



quando seus dados serão utilizados, bem como, o direito de autorizar ou não a exposição de alguns.

Diante das hipóteses mencionadas, é plausível afirmar que em algumas situações deve-se resguardar algumas informações, razão pela qual, podemos falar até em direito em editar a própria vida virtual quando determinadas questões não se relacionarem com o interesse da sociedade.

A vida íntima e privada são direitos individuais assegurados pela Carta Magna. Por consequência lógica, o Direito ao Esquecimento é garantia de uma vida digna ao indivíduo dentro de uma sociedade, contudo, parâmetros precisam ser delineados a fim de que um bem comum seja alcançado e que princípios constitucionais possam conviver harmonicamente sem que haja qualquer deturpação da essência deles.

Assim sendo, por mais que hajam posições dos Tribunais Superiores¹⁴¹⁵ isentando os provedores de internet de responsabilidade sobre o conteúdo disponibilizado na internet como exposto no início deste trabalho, a legislação existente, bem como, estudos em relação a jurisprudência comparada, permitem revisitar tais casos e tender pela aplicação ao Direito ao Esquecimento em prol do indivíduo através da tutela da dignidade da pessoa humana.

3. A IMPORTÂNCIA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES;

O direito ao esquecimento, quando invocado, geralmente colide com outros direitos ou princípios, como por exemplo o direito à informação e à intimidade. Isso é normal e parte

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.335.153/RJ. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1335153&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL n. 15.955/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=263104859&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.



da lógica do ordenamento, pois poderá ter vários vieses, mas a melhor postura não é aquela apontando invalidade ou validade, mas sim, aquela de ponderação a partir dos elementos dispostos apresentados no caso concreto.

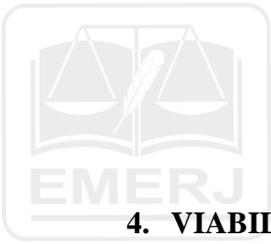
A problemática de se firmar critério para solucionar casos de conflitos de normas constitucionais fez surgir a teoria da ponderação de valores ou ponderação de interesses. Trata-se de técnica na qual se tenta estabelecer “peso” para cada um dos valores envolvidos no caso concreto, através de concessões mútuas, afim de se produzir um resultado benéfico e coerente, mediante o mínimo sacrifício dos princípios contrapostos.

A ponderação a ser exarada deverá ser norteada por dois princípios, ou seja, a razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja sendo mitigado. Não existe supremacia de princípios, vez que todos se encontram no mesmo nivelamento constitucional. Deverá ser avaliado qual prevalência irá melhor atender o escopo constitucional, mas desde que nenhum princípio seja extirpado.

Logo, a prestação da efetiva da tutela jurisdicional não deve ser tida como simples aplicação da norma ao caso concreto, já que o que deverá ser almejado é a promoção da efetividade da justiça e o do melhor resultado às partes. Nos conflitos de princípios, a técnica de sopesar e de atribuir proporcionalidade possuem importância na jurisprudência e certamente imprescindível para a melhor aplicação do Direito ao Esquecimento quando existentes conflitos principiológicos colidentes.

Assim, a Teoria da Ponderação dos Interesses¹⁶ revela-se um mecanismo de suma importância ao Poder Judiciário na resolução de conflitos, pois não deixa de ser um meio de contenção a eventuais excessos na aplicação de princípios. Logo, o livre convencimento, o juízo de valoração e o bom-senso são prestigiados, possibilitando assim, a entrega da efetiva prestação jurisdicional a quem necessita do Poder Judiciário.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.



4. VIABILIDADE DE NORMATIZAÇÃO E APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA SOLUÇÃO DE EVENTUAIS LITÍGIOS;

O Poder Judiciário a cada dia mais vem se tornando mais essencial à sociedade e por muitas vezes solucionando questões que, em regra, não deveriam passar por seu crivo de forma primária. É sabido por todos que o direito não deve ser estático, mas sim dinâmico, pois na mesma medida que a sociedade evolui, seus anseios e conflitos também evoluem, mas a máquina legislativa na maioria das vezes não acompanha tais ocorrências.

Diante disso, por inúmeras oportunidades o Poder Judiciário é chamado a atuar em prol da sociedade através de posturas proativas, surge assim o ativismo judicial, o que por vezes é criticado ante a consequente interferência nos demais poderes. Porém, no que concerne ao Direito ao Esquecimento, por mais que a jurisprudência aponte certas formulas para sua aplicação ante ausência de legislação sobre o tema, quando sua incidência é a internet, a proteção ao indivíduo resta insuficiente.

Assim, é necessário estabelecer critérios para futura elaboração de normas em prol de uma maior segurança jurídica no ordenamento e ao cidadão, bem como, a coletividade. Deve-se frisar inicialmente que o direito ao esquecimento é exceção, pois a regra é prestigiar o direito à informação e a memória. Seu escopo também não é o de apagar o passado, mas sim, proteger o indivíduo e sua integridade física, bem como, psicológica, de forma a lhe possibilitar escolher quais dados a seu respeito podem ou não ser exclusivos diante do caso concreto.

O critério da diferenciação de dados é importante. É possível estabelecer quais dados são úteis e universais à sociedade e quais realmente só interessam ao indivíduo, ou seja, dados comuns à sociedade e dados sensíveis ao indivíduo.



A partir disso é possível construir a ideia de que dados sensíveis correspondem aquelas informações relacionadas a dados pessoais sobre estado de saúde, religião e orientação sexual, cadastro de pessoa física, entre outros. Logo, dados comuns corresponderiam a todos os demais que interessem efetivamente à sociedade, como por exemplo, a sua história, contudo, a Teoria da Ponderação de Interesses sempre deverá estar disponível ao julgador, vez que o direito não consegue dispor de todas as atividades e ocorrências humanas.

Destaque-se que também deve ser avaliar quem é a pessoa, ou seja, pública ou não, bem como, a participação do indivíduo sobre a ocorrência do fato, o dano havido e a necessidade de medidas judiciais. Esta análise certamente possibilita alcançar medidas mais ponderadas sem que haja necessidade de restrição a princípios constitucionais eventualmente colidentes.

A proteção de dados pessoais no país é um tema relevante e há até anteprojeto que está sendo discutido de forma pública na internet através do Ministério da Justiça¹⁷. Nele sugere-se critérios de definição de dados, possibilidade de inversão do ônus da prova, procedimentos quanto a internet, responsabilização de empresas públicas e privadas, entre outros.

Assim, é possível afirmar que o anteprojeto citado é diametralmente oposto à jurisprudência atual dos Tribunais Superiores¹⁸¹⁹ citada inicialmente neste trabalho, pois possibilita responsabilizar provedores quanto a dados disponibilizados na internet. Ele está mais

¹⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL n. 15.955/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=263104859&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.335.153/RJ. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1335153&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 17 fev. 2015



próximo da Diretiva 95/46/CE²⁰ e até do posicionamento²¹ atual do Tribunal de Justiça da União Europeia. Afinal, não faz sentido deixar de aplicar o direito ao esquecimento na internet quando há meios para tanto e principalmente quando o provedor lucra com as informações disponibilizadas.

O Google, por exemplo, é uma empresa responsabilizada na Europa pelos conteúdos que disponibiliza na Internet e corresponde a uma multinacional de serviços online e software dos Estados Unidos. Hospeda e desenvolve uma série de serviços e produtos baseados na internet e sua maior lucratividade advém da publicidade. Portanto, a partir da ideia que presta serviços na Internet e lucra com isso, também se torna plenamente viável aplicar a Teoria do Risco do Empreendimento no país, ou seja, impor a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa quando a atividade desenvolvida pelo responsável do dano ensejar por sua natureza risco para os direitos de outrem.

Assim, é plenamente viável afirmar que com o amadurecimento da aplicação do direito ao esquecimento na internet no Brasil, bem como, as discussões quanto à proteção de dados ao indivíduo dentro da sociedade e o surgimento de leis mais protetivas irão ensejar uma possível mudança na jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto à responsabilização dos provedores sobre os dados indiscriminadamente expostos, o que é mais condizente com a tutela da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento relaciona-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois possibilita ao indivíduo proteger-se fisicamente e psicologicamente quanto

²⁰ BRUXELAS. Parlamento Europeu. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2015.

²¹ LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.



a determinadas exposições, logo, justificável sua aplicação em searas diversas da penal, possibilitando assim, que o indivíduo possa debater quais dados sobre sua vida privada devem ou não ser amplamente divulgados ou lembrados, o que prestigia seu pleno desenvolvimento físico e psicológico como ser humano.

A internet foi e é uma grande propulsora de desenvolvimento social e econômico no mundo, mas a utilização irresponsável merece contenção, seja por meio de Leis ou de decisões judiciais amparando o indivíduo, principalmente, quando aqueles que prestam o serviço inteiramente ou parcialmente possibilitam o acesso e propagação de dados indiscriminadamente obtendo lucro com tal atividade.

É possível afirmar que o direito ao esquecimento no que concerne ao direito penal é plenamente viável, contudo, em outras esferas enseja discussões como no caso de aplicação junto à internet ante o posicionamento dos Tribunais Superiores ao isentar de responsabilidade os provedores quanto ao conteúdo disponibilizada na rede mundial de computadores, o que vai de encontro com a moderna e recente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e com os ditames de preservação da intimidade e privacidade do indivíduo estatuído na Constituição da República Federativa do Brasil.

O debate existente quanto à proteção de dados no país, decisões estrangeiras sobre o tema, o aumento de demandas envolvendo dados na internet, edições de leis mais enfáticas, bem como, uma possível enxurrada de demandas decorrentes de violações a direitos da intimidade e privacidade certamente levarão em um futuro próximo, aos Tribunais Superiores do país a revisitarem seus posicionamentos, o que será engrandecedor à tutela da dignidade da pessoa humana, pois o direito ao esquecimento deve ser tido como atributo da personalidade humana, logo, merecedor de respeito e proteção ampla.



REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.335.153/RJ. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1335153&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.316.921/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23036667&num_registro=201103079096&data=20120629&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RCL n. 15.955/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=263104859&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

BRUXELAS. Parlamento Europeu. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf>. Acesso em: 15 de mai. 2015.

CJF. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VI%20Jornada.pdf/at_download/file>. Acesso em: 15 mai. 2015.



LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

NOVA YORK. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2015.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



LIMITAÇÃO TEMPORAL DA FIANÇA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO

Elias Ramos Verdin

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado. Pós-Graduando pela EMERJ- Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Os limites da responsabilidade do fiador nos contratos de locação têm sido alvo de divergências e críticas. Devido à insegurança jurídica que havia nas relações locatícias, notadamente em relação à responsabilidade do fiador, foi editada a Lei n. 12.112/09, a qual promoveu algumas alterações na Lei n. 8.245/91, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. O escopo do trabalho é delinear o cenário anterior e posterior à Lei n. 12.112/09, identificar quais eram as divergências e, principalmente, refletir se a referida Lei logrou êxito em por fim à celeuma.

Palavras-chave: Direito Civil. Contrato de Locação. Lei n. 8.245/91. Lei n. 12.112/09. Fiança. Responsabilidade do Fiador.

Sumário: Introdução. 1. Fiança: Conceito, natureza jurídica e características. 2. A segurança jurídica, a natureza gratuita da fiança e a função social do contrato locatício. 3. O ônus da responsabilidade do fiador a partir da Lei n. 12.112/09. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho científico que nesta oportunidade é apresentado trata do instituto da fiança nos contratos de locação. Antes da Lei n. 12.112/09, que alterou diversos dispositivos da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91), a legislação não trazia previsão expressa sobre a responsabilidade do fiador na hipótese de um contrato de locação por prazo determinado ser prorrogado automaticamente, passando a vigor como indeterminado.

Nesse sentido, atento à natureza jurídica e às características do contrato de fiança, indagava-se sobre a possibilidade de se responsabilizar o fiador pelos contratos de locação que automaticamente eram prorrogados por prazo indeterminado.

Com o advento da Lei n. 12.112/09, que modificou o art. 39 da Lei n. 8.245/91 e inseriu o inciso X, no art. 40, parece que a celeuma foi resolvida, na medida em que a Lei



passou a prever expressamente a situação em epígrafe. No entanto, é de se indagar se a nova sistemática da Lei impôs um ônus excessivo ao fiador.

A fiança possui natureza de contrato acessório e acompanha um contrato principal, que no caso em tela é o contrato de locação. A coexistência desses contratos é algo extremamente corriqueiro no âmbito das relações locatícias, razão pela qual é importante averiguar a responsabilidade do fiador e até que momento ela perdura nos contratos locatícios que se prorrogam por prazo indeterminado.

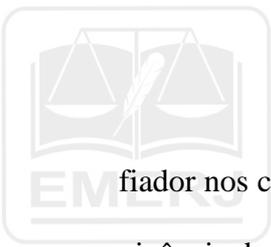
Para tanto, este trabalho está organizado em três capítulos, com o objetivo de trazer à baila a discussão sobre a responsabilidade do fiador, no âmbito dos contratos de locação, antes e após a Lei n. 12.112/09.

O primeiro capítulo destina-se a conceituar a fiança, identificando sua natureza jurídica, suas características e princípios que lhe são aplicáveis.

Já o segundo capítulo tem como objetivo identificar a responsabilidade do fiador, refletindo se a disciplina da matéria, antes da vigência da Lei n. 12.112/09, era satisfatória de modo a afastar a insegurança jurídica quanto à responsabilidade do fiador nos contratos de locação que se prorrogavam por prazo indeterminado. Também será pontuado até que ponto essa alteração legal se coaduna com a natureza gratuita da fiança e com a função social do contrato.

O terceiro capítulo é destinado à análise do art. 39 e art. 40, X, da Lei n. 8.245/91, com a redação dada pela Lei n. 12.112/09. O objetivo é apontar os novos contornos que a Lei passou a conferir à responsabilidade do fiador nos contratos de locação que se prorrogam por prazo indeterminado, bem como identificar se essa responsabilidade teria sido prevista de maneira excessiva.

A metodologia é bibliográfica porque o pesquisador se valeu de obras doutrinárias e de pesquisas jurisprudenciais. Dessa forma, pretende-se identificar a responsabilidade do



fiador nos contratos de locação que se prorrogaram por prazo indeterminado antes e depois da vigência da Lei n. 12.112/09.

A pesquisa também se caracteriza como parcialmente exploratória e explicativa, pois visa explicitar as alterações do posicionamento jurisprudencial com o advento da referida Lei; analisar se a alteração legal no que tange à responsabilidade do fiador se compatibiliza com as características e com a natureza jurídica da fiança; e questionar se na nova sistemática teria sido imposto um ônus exagerado ao fiador.

1. FIANÇA: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS

É mister, antes de discutir a extinção da fiança nos contratos de locação, estabelecer o conceito, a natureza jurídica, bem como as principais características da fiança.

Segundo Flávio Tartuce¹, a fiança, também chamada de caução fidejussória, pode ser compreendida como “contrato pelo qual alguém, o fiador, garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não cumpra (art. 818 a 838 do CC)”. Assim, a fiança é um contrato de garantia, acessório a um principal, em que o fiador assume perante o credor uma responsabilidade sem existir, em regra, um débito.

Tartuce² ressalta que a fiança possui uma natureza jurídica *sui generis*, isto é, especial, na medida em que constitui um contrato complexo com características próprias. De forma objetiva e clara, Márcio André Lopes Cavalcante³ sustenta que a fiança é um contrato acessório, formal, gratuito, subsidiário, unilateral e que não admite interpretação extensiva.

¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos em espécie*. 9.ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2014, p. 433.

² *Ibidem*, p. 433.

³ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Informativo esquematizado: Informativo 534- STJ, 2014*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B4mQkJ-pSXwqUE9nOV9JREpDVlk/edit?pli=1>>. Acesso em: 15 out. 2014



É acessório – explica Cavalcante⁴ – porque pressupõe a existência de um contrato principal; é formal, pois o art. 819 do CC impõe a necessidade de que se observe a forma escrita; é gratuito, em regra, haja vista que o fiador nada recebe em troca por se tornar um garantidor, podendo ser o contrato, no entanto, oneroso quando o fiador recebe por prestar essa garantia. Salvo nessa hipótese de onerosidade, o contrato de fiança é unilateral, já que apenas o fiador assume uma obrigação, ao contrário do que ocorre com o afiançado e com o credor, que, no âmbito dessa relação contratual, só têm garantias.

Ademais, a fiança também é subsidiária, na medida em que o fiador só pode ser cobrado ante o inadimplemento do afiançado. Porém, não se pode olvidar que há hipóteses em que o fiador renuncia o benefício de ordem, podendo, nesse caso, responder solidariamente.

Por fim, vale destacar a impossibilidade de se interpretar a fiança de forma extensiva. De acordo com essa característica dos contratos de fiança, havendo dúvidas relativas às cláusulas contratuais, essas devem ser interpretadas restritivamente, notadamente pelo fato de ser a fiança um contrato gratuito, em regra. Nesse sentido, com fundamento nos art. 114 e 819 do CC⁵, se o fiador não anuiu, não é razoável responsabilizá-lo por obrigações que não constavam expressamente do contrato.

2. A SEGURANÇA JURÍDICA, A NATUREZA GRATUITA DA FIANÇA E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO LOCATÍCIO

Antes do advento da Lei n. 12.112/09, o art. 39 da Lei n. 8.245/91 previa que “salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel.”.

⁴ Ibidem.

⁵ Art. 114, do CC: Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente; Art. 819, do CC: A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva. BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.



O referido dispositivo não contemplava expressamente a responsabilidade do fiador nas hipóteses em que um contrato, que vigia por tempo determinado, prorrogava-se por prazo indeterminado, o que ocorria quando, ao final da avença contratual, o locatário permanecia na posse do imóvel sem oposição do locador.

A omissão do legislador nesse particular contribuía para um cenário de insegurança jurídica, tanto que até 22/11/2006⁶ a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) oscilava quanto aos limites da responsabilidade do garantidor quando, ao fim do prazo contratual, o inquilino permanecia no imóvel, sem oposição do locador.

De um lado, parte da jurisprudência do STJ⁷ trazia o entendimento de que a fiança se extinguiu ao término do contrato que vigia por prazo determinado, ainda que, por força de lei, fosse este contrato locatício prorrogado por tempo indeterminado. Isso porque, nos termos da Súmula 214, do STJ “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.”. Assim, se não houvesse cláusula contratual prevendo expressamente a responsabilidade do fiador até a efetiva entrega do imóvel pelo locador (entrega das chaves), de modo algum o fiador permaneceria responsável ao fim do prazo de locação, já que ele não anuiu com a prorrogação do contrato por tempo indeterminado.

Ainda que assim não fosse, sustentava-se ser irrelevante perscrutar se existia ou não cláusula contratual prevendo a responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves. Qualquer previsão nesse sentido era considerada ineficaz por ser incompatível com o art. 819 do CC, segundo o qual a fiança não admite interpretação extensiva. É dizer: por esse entendimento, o fiador apenas permaneceria como garantidor se, após a prorrogação da

⁶ Data em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp n. 566.633/CE), pacificou o entendimento sobre o assunto.

⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 83.566/SP. Relatora: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=134486&num_registro=199500682877&data=20020204&formato=PDF>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 833.492/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=833492&b=ACOR&t_hesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 abr. 2015.



locação por tempo indeterminado, anuísse expressamente. Caso contrário, sua responsabilidade ficaria delimitada ao pacto originariamente previsto.

Por outro lado, havia no STJ⁸ entendimento em sentido oposto. De acordo com este posicionamento, a existência de cláusula expressa, prevendo a responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves, autorizava estender a garantia, mesmo diante da prorrogação automática do contrato de locação por tempo indeterminado. Desse modo, caso houvesse cláusula expressa dispondo que o fiador permaneceria responsável até a entrega das chaves, o decurso do prazo contratual, por si só, não ensejava o afastamento da fiança.

Vê-se, portanto, que a antiga redação do art. 39 da lei n. 8.245/91, somada à divergência de entendimento no STJ, trazia insegurança jurídica, não só para o fiador, mas também para o locador, tendo em vista que não se sabia, ao certo, qual o limite temporal da fiança.

Somente em 22/11/2006, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp n. 566.633/CE), o STJ pacificou o entendimento sobre a temática. Assentou-se a compreensão de que a existência de cláusula contratual prevendo a responsabilidade do fiador até a entrega efetiva do imóvel era suficiente para estender a responsabilidade do fiador quando no final do prazo contratual a relação locatícia prolongasse por tempo indeterminado.

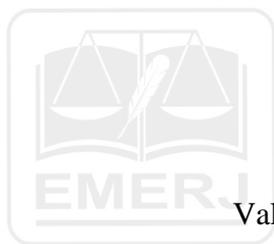
Confira-se:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LOCAÇÃO. FIANÇA. PRORROGAÇÃO. CLÁUSULA DE GARANTIA ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES.

Continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos artigos 1.500 do CC/16 ou 835 do CC/02, a depender da época que firmaram a avença. Embargos de divergência a que se dá provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 566.633/CE. Relator: Ministro Paulo Medina. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000317721%27>>. Acesso em: 10 abr. 2015.)

⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 791.077/SP. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000260983%27>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 682.082/RS. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=682082&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 abr. 2015.



Vale dizer que a Súmula 214 do STJ não foi superada, mas passou a ser entendida de forma diferente. De acordo com esse enunciado, nos casos de aditamento do contrato de locação, o fiador não responderá se não tiver anuído. Doravante, para o STJ⁹, a ampliação dos limites da responsabilidade do fiador até a entrega das chaves não viola a referida Súmula, notadamente pelo fato de que aditamento não se confunde com prorrogação. Confirmam-se os ensinamentos de Sylvio Capanema de Souza¹⁰:

A Súmula refere-se a aditamento, o que pressupõe um acréscimo ao contrato principal, que majore o valor da obrigação garantida, em prejuízo do fiador, que a tanto não se responsabilizou.

O aditamento representaria intolerável surpresa para o fiador, rompendo o equilíbrio econômico do contrato, colocando em grave risco o seu patrimônio.

O aditamento, portanto, consiste em uma mudança contratual que cause considerável surpresa no fiador, por exemplo: aumento do aluguel ou uma novação. Já na prorrogação, não ocorrem mudanças substanciais do contrato, mantendo-se, inclusive, o valor do aluguel, sem prejuízo da correção monetária. Nesse mesmo sentido, prossegue o ilustre doutrinador¹¹ acima referido:

Na prorrogação, que é automática, e decorre da inércia do locador, quando se expira o prazo avençado, não se majora o aluguel, determinando a lei que se mantenham as mesmas condições, salvo correção monetária, pelo índice ajustado pelas partes, o que não importa em aumento do valor da prestação, como é de elementar sabença.

Assim sendo, observa-se que a Súmula 214 do STJ é inaplicável às hipóteses de prorrogação automática da fiança nos contratos de locação.

Cabe ressaltar que, conforme o julgado paradigma supracitado, o fiador apenas permaneceria responsável pelos débitos posteriores à prorrogação do contrato locatício, se tivesse anuído expressamente e se não se exonerasse na forma do art. 835 do CC. Dispõe o referido artigo que “O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg nos EDcl no AgRg no Ag n. 562.477/RJ. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000316032%27>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

¹⁰ SOUZA de, Sylvio Capanema. *A Lei do Inquilinato Comentada Artigo por Artigo*. 8.ed. rev., atual. - Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Gen, 2012, p. 172.

¹¹ Ibid.



tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.”.

Portanto, de acordo com STJ firmado no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp n. 566.633/CE), ainda que a fiança se prorrogue por prazo indeterminado, nada impede que o fiador busque sua desoneração, desde que notifique o credor, hipótese em que permanecerá como garantidor nos próximos 60 dias a contar da notificação.

Ressalte-se que a nova compreensão do STJ não solucionou definitivamente os problemas apontados pela doutrina. Com efeito, a uniformização de entendimento no STJ trouxe segurança jurídica. Ocorre que a prorrogação automática da responsabilidade do fiador não se coaduna com a natureza gratuita da fiança, tampouco com a função social do contrato.

A fiança é, em regra, um contrato gratuito e como tal não comporta interpretação extensiva. É o que se depreende do art. 819 do CC: “A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.”. Nesse sentido, Capanema¹² leciona que o contrato de fiança, por ser gratuito, traduz-se em ato de liberalidade e deve ser interpretado restritivamente, sendo inadmissível sua ampliação sem anuência expressa das partes interessadas.

Até o advento da Lei n. 12.112/09, o art. 39 da Lei do Inquilinato não previa de forma expressa a extensão da fiança com a prorrogação da locação por prazo indeterminado, razão pela qual a cláusula contratual que previa a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves violava a natureza gratuita do contrato de fiança.

Outrossim, a prorrogação automática da fiança vai de encontro à função social do contrato, na medida em que estabelece uma responsabilidade abusiva em relação a uma pessoa que sequer se beneficiou do contrato, o que ensejaria a nulidade dessa cláusula, na

¹² Ibid., p. 170.



forma dos art. 166, II, 187 e 421 do CC¹³. Nesse diapasão, vale trazer à baila os ensinamentos de Flávio Tartuce¹⁴:

[...]; Ademais, alegava-se que a aceitação da cláusula de prorrogação automática não se coadunava com a ideia de justiça contratual relacionada com a eficácia interna do princípio da função social do contrato. Afirmava-se que a referida cláusula seria antissocial, devendo ser considerada nula por abusividade (arts. 166, II, 187 e 421 do CC).

Destarte, a cláusula de prorrogação automática atentava contra a boa-fé e contra a função social do contrato, vez que o fiador era colocado em situação de extrema desvantagem, não havendo qualquer equilíbrio na relação contratual.

3. O ÔNUS DA RESPONSABILIDADE DO FIADOR A PARTIR DA LEI N. 12.112/09

Com o advento da Lei n. 12.112/09, diversos dispositivos da Lei do Inquilinato foram modificados. No que tange à responsabilidade do fiador, quando da prorrogação do contrato por prazo indeterminado, merecem relevo as alterações feitas nos art. 39 e 40, X da Lei do Inquilinato.

Em sua nova redação, o art. 39 passou a dispor que “Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei.”

Note-se que na redação anterior¹⁵, a extensão da garantia quando da prorrogação da locação por prazo indeterminado não tinha previsão expressa. Finalmente, a alteração do

¹³ Art. 166, do CC: É nulo o negócio jurídico quando: II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; Art. 187, do CC: 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; Art. 421, do CC: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.

¹⁴ TARTUCE, op. cit., p. 437.

¹⁵ Art. 39, da Lei n. 8.245/91 (antes da Lei n. 12.112/09): Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel. BRASIL. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.



referido dispositivo parece ter assentado de forma clara os limites da responsabilidade do fiador.

Conforme demonstrado acima, desde os EREsp n. 566.633/CE, o STJ pacificou o entendimento de que, findo o prazo avençado, em havendo prorrogação do contrato locatício por tempo indeterminado, o fiador permanece como garantidor, desde que haja previsão contratual nesse sentido.

A Lei n. 12.112/09 não só confirmou esse posicionamento, mas foi além, na medida em que, doravante, salvo previsão em sentido contrário, é prescindível analisar se o contrato prevê a responsabilidade do garantidor até a efetiva entrega das chaves. Em outras palavras: na ótica do STJ, a extensão da responsabilidade do fiador deveria estar prevista no contrato, enquanto que pela nova sistemática da Lei n. 8.245/91 não há necessidade de que o contrato contenha tal previsão.

A Lei n.12.112/09 também inseriu o inciso X, no art. 40 da Lei do Inquilinato. Veja-se.

Art. 40. O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos:

(...)

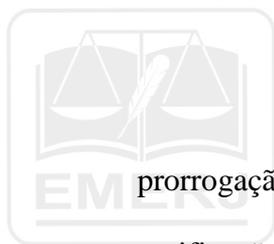
X – prorrogação da locação por prazo indeterminado uma vez notificado o locador pelo fiador de sua intenção de desoneração, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador. (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009)

[...]

A análise desse dispositivo revela que, após a prorrogação do contrato de locação por prazo indeterminado, é possível que o fiador se exonere de sua obrigação, desde que notifique o locador, manifestando seu interesse em se desonerar. Entretanto, ficará responsável por mais 120 dias após a notificação.

Flávio Tartuce¹⁶ considera que a alteração da Lei n. 8.245/91, neste particular, estabeleceu um meio-termo, solucionando a divergência que existia, pois, mesmo com a

¹⁶ TARTUCE, op. cit., p. 437.



prorrogação automática da fiança, permitiu que o fiador se exonere mediante simples notificação do locador. Nesse sentido:

Todavia, chegou-se a um *meio-termo*, pois, com a prorrogação, passa a ser admitida a exoneração unilateral por parte do fiador, mediante simples notificação dirigida ao credor (locador). Após a notificação a responsabilidade do fiador persiste por mais cento e vinte dias (art. 40, inc. X, da Lei de Locação, também introduzido pela Lei 12.112/2009). A norma prevalece em relação ao art. 835 do CC/2002, por ser mais especial. Relembre-se que o último dispositivo de igual modo dispõe de um direito a exoneração para o fiador, na fiança sem prazo determinado. A diferença é que nesta norma geral há previsão de sua responsabilidade por sessenta dias após a notificação do credor. Em suma, a divergência anterior parece ter sido solucionada pela lei, de modo razoável, na opinião deste autor.

Desse modo, não há dúvidas de que a reforma da Lei do Inquilinato tenha superado o problema da insegurança jurídica no que concerne ao limite temporal da fiança nos contratos de locação. Não obstante, a Lei n. 8.245/91 ainda é objeto de crítica, principalmente em relação ao prazo em que remanesce a responsabilidade do fiador após a notificação do locador.

Isso porque, antes da Lei n. 12.112/09, aplicava-se subsidiariamente o art. 835¹⁷ do CC, o qual prevê a possibilidade de o fiador se exonerar nos contratos de prazo indeterminado. Para tanto, deverá notificar o credor, permanecendo na condição de garantidor nos 60 dias subsequentes à notificação.

Conforme acima pontuado, a Lei n. 12.112/09 inseriu o inciso X, no art. 40, da Lei n. 8.245/91. Este dispositivo prevê o dever do fiador de comunicar o desejo de se exonerar ao locador após a prorrogação do contrato por tempo indeterminado, permanecendo como garantidor por mais 120 dias a contar da notificação.

Com efeito, já não mais se pode invocar a regra do art. 835, do CC, já que há norma específica. Diante disso, observa-se que até a vigência da Lei n. 12.112/09, o fiador podia se

¹⁷ Art. 835, do CC: O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor. BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.



exonerar em 60 dias após a notificação do locador. Doravante, o prazo é de 120 dias, o que segundo Capanema¹⁸ é um exagero. Com maestria, aduz o referido autor:

Já comentamos antes que achamos exagerado o prazo cominado no inciso X do art. 40, ora apreciado, ainda mais se considerarmos que, na mesma hipótese, o art. 835 do Código Civil estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias, para que persista a responsabilidade do fiador exonerado.

Nesse ínterim, percebe-se que, se por um lado a Lei n. 12.112/09 solucionou o impasse da segurança jurídica, por outro, onerou excessivamente o fiador, o que não se coaduna com a função social do contrato.

CONCLUSÃO

Delinear os limites da fiança no contrato de locação, como visto, não é tarefa fácil, visto que a temática é objeto de diversas interpretações e críticas.

A Lei n. 12.112/09 parecia ter posto uma pá de cal nas discussões relativas à responsabilidade do fiador nos contratos de locação que vigiam por prazo determinado, mas que eram prorrogadas por prazo indeterminado.

De fato, a Lei supramencionada, ao alterar a Lei n. 8.245/91, trouxe segurança jurídica, espancando qualquer dúvida concernente ao limite temporal da responsabilidade do fiador. Isso porque, doravante, o fiador somente se desonera da condição de garantidor se notificar o locador após o término do prazo contratual.

Desse modo, ainda que o contrato seja omissivo quanto à extensão da fiança até a efetiva entrega das chaves, o fiador permanecerá responsável enquanto não notificar o locador o seu desejo de se desonerar, salvo disposição contratual em sentido contrário.

¹⁸ SOUZA, op. cit., p. 179.



Ora, a fiança, em regra, é um contrato gratuito, o que significa dizer que o fiador já assume uma posição contratual desfavorável, na medida em que não terá qualquer benefício nessa relação contratual. Muito pelo contrário: o inadimplemento do locatário trará consequências patrimoniais ao garantidor. Observa-se que o legislador agravou a situação do fiador, impondo-lhe um ônus extremamente desvantajoso, pois o fiador permanecerá como garantidor não mais por 60, mas por 120 dias após a notificação do locador.

Portanto, deve-se reconhecer que, muito embora tenha proporcionado maior segurança jurídica às relações locatícias, essa inovação legislativa acabou gerando um desequilíbrio contratual entre as partes, já que beneficiou o locador em detrimento do fiador, perdendo o legislador a oportunidade de regulamentar a matéria em consonância com a função social do contrato.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.

_____. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 682.082/RS. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=682082&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 791.077/SP. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000260983%27>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 833.492/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=833492&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 abr. 2015.

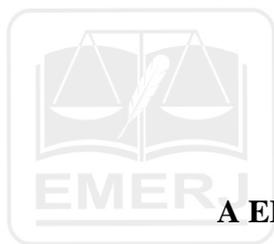
_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg nos EDcl no AgRg no Ag n. 562.477/RJ. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000316032%27>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 83.566/SP. Relatora: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=134486&num_registro=199500682877&data=20020204&formato=PDF>. Acesso em: 10 abr. 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Informativo esquematizado*: Informativo 534- STJ, 2014. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B4mQkJ-pSXwqUE9nOV9JREpDVlk/edit?pli=1>>. Acesso em: 15 out. 2014

SOUZA de, Sylvio Capanema. *A Lei do Inquilinato Comentada Artigo por Artigo*. 8.ed. rev., atual. - Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Gen, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria geral dos contratos em espécie*. 9.ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2014.



A EFETIVIDADE DAS DECISÕES DE GUARDA COMPARTILHADA SEM O CONSENSO ENTRE OS PAIS

Eline Moreira Ferreira de Oliveira

Graduada em Pedagogia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas.

Resumo: No ano de 2012 o Brasil registrou 6% de aplicação da guarda compartilhada nos casos de divórcios com filhos em idade inferior a 18 anos. No intuito aumentar a adoção da referida modalidade de guarda foram realizadas alterações significativas no texto legal, sobretudo pelas Leis 11.698/08 e 13.058/14, que tornaram a guarda compartilhada preferencial sobre a guarda unilateral, independente da vontade dos pais. A essência do presente texto está em discutir sobre a efetividade do compartilhamento sem que haja um consenso entre os ex-cônjuges e as formas de obter o resultado esperado sem a imposição legal.

Palavras-chave: direito de família – guarda compartilhada – consenso

Sumário: Introdução. 1. A guarda compartilhada e sua nova redação no Código Civil. 2. A concessão de guarda compartilhada sem a vontade dos pais. 3. Formas para deferir a guarda compartilhada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de debater outras formas de deferir a guarda compartilhada. Isso porque se observa que este instituto tem valor significativo na continuidade das relações familiares, mas não pode ser aplicada de maneira desarrazoada, pois, ao desprezar a vontade dos pais corre-se o risco de prejudicar a efetividade dessas decisões, bem como, desvirtuar o objetivo da guarda compartilhada, que é de diminuir os danos da separação.

Para tanto serão abordadas posições doutrinárias e jurisprudenciais no intuito de debater sobre a efetividade de uma decisão que se funda na intenção legislativa e no uso do princípio do interesse superior da criança e coloca em segundo plano as relações interpessoais entre os ex-cônjuges. Ressalte-se que esses terão que, minimamente, conviver e tomar decisões sobre



os filhos em conjunto, mas contra as suas vontades, sem uma preparação ou acompanhamento.

No ano de 2012 o Brasil registrou 341.600 divórcios concedidos em primeira instância e sem recursos ou por escrituras extrajudiciais, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Dentro desse universo, dos divórcios realizados com a existência de filhos menores, em 87,1% dos casos a guarda foi dada às mães e em 6% dos casos foi dada a guarda compartilhada, segundo informações do mesmo órgão, que também afirma que os números relativos a guarda compartilhada está crescendo.

No primeiro capítulo do trabalho apresentado haverá um breve histórico sobre o instituto da guarda compartilhada até a sua inserção na legislação brasileira.

Ao longo do segundo capítulo tratar-se-á da imposição legislativa da guarda compartilhada independente do consenso entre os pais. Além disso, fala-se em uma posição doutrinária de apoio a guarda compartilhada ao fundamento do princípio do interesse superior da criança.

Por fim, o terceiro capítulo destina-se a discutir as formas de deferimento da guarda compartilhada elencando possíveis requisitos para que ela seja utilizada sem maiores danos à criança ou adolescente.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva-qualitativa e parcialmente exploratória.

1. A GUARDA COMPARTILHADA E SUA REDAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a quantidade de divórcios é crescente no país visto que o que acaba é a relação dos pais, mas não o poder familiar que ambos exercem sobre a prole. Para Gonçalves, o “poder familiar é o conjunto de



direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.”¹ Tal poder tem profunda relação com o princípio da paternidade responsável insculpido no art. 226, §7º da CRFB, de tal modo que o Código Civil no art. 1638 prevê as hipóteses em que é possível ocorrer a perda do poder familiar.

Após o término de uma relação conjugal é preciso definir com quem ficarão os filhos e buscar reduzir os efeitos dessa mudança na configuração familiar; daí surge a noção de guarda conjunta com o objetivo de reduzir o impacto da decisão dos pais na vida dos filhos. Para Canezin²:

A guarda é o meio necessário para a efetivação do poder familiar. A legislação atribui ao poder familiar um complexo vasto de direitos e deveres dos pais e filhos, destinado à proteção destes em suas relações tanto pessoais como patrimoniais, cuja distância, ou até mesmo a ausência, poderia prejudicar.

Destina-se a guarda primeiramente a assistência material do menor, à sua educação e seu desenvolvimento saudável. Compreende o direito de guarda, justamente, o direito de vigilância, pois aos pais é dada a responsabilidade de reclamar seus filhos de quem ilegalmente os detenha, vigiar-lhes as amizades e convivência, proibir a frequência a certos lugares prejudiciais à sua moral e saúde, dentre outros deveres.

A importância da guarda compartilhada no cenário atual é justamente marcar a continuidade do vínculo entre pais e filhos e permitir maior atuação na vida e criação destes, já que legalmente a guarda confere maior amplitude dos deveres inerentes ao poder familiar.

O Código Civil de 1916 fazia menção somente a guarda unilateral, estipulando critérios objetivos quanto ao seu deferimento com base na culpa pela separação, no sexo e idade das crianças ou conferindo-a a outras pessoas da família. O Código Civil de 2002 estabelecia um conceito mais aberto, pois no art. 1583 possibilitava que em caso de consenso prevaleceria o acordo feito pelos pais, enquanto o art. 1584 previa que em caso de litígio a guarda seria unilateral.

A primeira decisão judicial que conferiu aos pais a guarda compartilhada foi proveniente do Tribunal inglês em 1964 no caso “Clisold”. Tal caso influenciou a jurisprudência de

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6.8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.45

2 CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=11>. Acessado em: 11 out. 2014.



diversos países, no entanto, foi a França o primeiro país a editar uma lei sobre o tema em 1987. No Brasil, mesmo sem previsão legal expressa, a guarda compartilhada era aplicada por parte dos magistrados com base em normas jurídicas como o art. 229 da CRFB, que traz o dever de ambos os pais na criação dos filhos, a Lei 8060/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), a Lei 9278/96 (sobretudo seu art. 2º), bem como a Convenção sobre os Direitos das Crianças³ que em seu art. 9º prevê o direito de continuar se relacionando diretamente com ambos os pais, salvo se contrário ao interesse da criança. Tal regulamentação veio com a Lei 11.696/08, assim, atualmente existem duas modalidades de guarda: a unilateral e a compartilhada. A primeira é atribuída a somente um dos genitores, enquanto a segunda atribui responsabilização conjunta de exercício de direitos e deveres sobre os filhos, da mesma forma como era feita durante a relação afetiva. É esse conceito de manutenção de relacionamento que fez a guarda compartilhada ganhar destaque e preferência doutrinária e jurisprudencialmente. Segundo Dias⁴:

O novo modelo de co-responsabilidade é um avanço, pois favorece o desenvolvimento das crianças, com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse. (...) A guarda conjunta garante de forma efetiva a permanência da vinculação mais estrita de ambos os pais na formação e educação do filho, que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.

A Lei 11.696/08 foi proveniente do projeto de Lei nº 6350/02 e alterou os art. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, o que trouxe mudanças no direito material e processual relativo ao tema. Com relação às mudanças no direito material temos a conceituação de guarda unilateral e compartilhada, a ausência de diferença no tratamento dos filhos quanto a dissolução conjugal ser consensual ou litigiosa, a estipulação de fatores objetivos na determinação da guarda unilateral e a possibilidade de supervisão pelo cônjuge não detentor

3 Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil com o Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990.

4 DIAS, Maria Berenice. *Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_guarda_compartilhada%2C_uma_novidade_bem-vinda.pdf>. Acessado em: 11 out. 2014.



da guarda. Quanto ao direito processual, as inovações permitem a discussão sobre a guarda tanto em ação autônoma quanto no bojo de ação de divórcio, separação, dissolução de união estável ou mesmo em sede de medida cautelar. Também trouxe hipóteses de alteração da guarda, e estipulou a prioridade da guarda compartilhada sobre a unilateral, com previsão de apoio por equipe multidisciplinar.

A despeito do tempo transcorrido entre o projeto e a efetiva lei (cerca de 6 anos) a discussão que se extrai dos votos emitidos pelos deputados ainda se mostra atual. Isso porque embora reconhecessem a importância da adoção da guarda compartilhada, se questionaram quanto a sua efetividade, no sentido de garantir que o convívio seja partilhado da mesma forma que as responsabilidades e de que o juiz tenha instrumentos legais para atuar, ou seja, ele seria responsável por definir a modalidade de guarda como compartilhada desde que houvesse o mínimo de entendimento entre os pais no intuito de evitar a exposição dos filhos a situações de conflito. Daí também decorre a motivação para o presente trabalho.

No referido projeto de lei constava um parágrafo⁵, que foi vetado, e permitia ao juiz a determinação da guarda de forma temporária. Segundo Oliveira⁶ “[...] era enorme a preocupação dos juristas da área, quanto a aprovação desse malsinado parágrafo, em face de sua redação confusa, dúplice e dúbia, gerando perplexidade e preocupação. Sua interpretação extensiva poderia levar a consequências funestas e imprevisíveis.” De fato a ausência dessa parte no dispositivo não traz prejuízos de ordem prática uma vez que a modalidade de guarda pode ser alterada posteriormente, já que não faz coisa julgada. Da mesma forma, o juiz ainda tem a possibilidade de deferimento da guarda de forma cautelar, conforme consta no inciso I do art. 1584 do Código Civil de 2002.

A Lei 11.696/08 estabeleceu que a guarda compartilhada seria preferencial às outras

5 A redação do parágrafo 4º do projeto de Lei 6350/02 era a seguinte: “A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser fixada, por consenso ou por determinação judicial, para prevalecer por determinado período, considerada a faixa etária do filho e outras condições de seu interesse.”

6 OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda compartilhada: comentários à Lei 11.696/08*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008. p. 9



modalidades. Nos dizeres de Silva⁷:

A lei define a guarda compartilhada como um sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar.

Quanto à possibilidade de deferimento de guarda compartilhada em medida cautelar (art. 1584, I, parte final do CC), tal medida pressupõe um litígio existente entre os pais, o que a princípio dificultaria a execução da guarda compartilhada, mas em hipótese alguma poderia ser concedida medida liminar. Isso porque os requisitos para essa decisão seriam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ora, se houvesse perigo não existiria a guarda compartilhada, mas tão somente a unilateral.

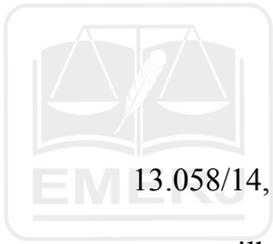
Contudo, de todas as alterações trazidas pelo novo ordenamento, a que traz maiores discussões é a inserção do inciso II no mesmo artigo, que diz que a guarda compartilhada poderá ser determinada pelo juiz. Daí surge o questionamento do presente trabalho, no sentido de que o juiz estaria livre para decidir sem que houvesse acordo entre os pais, uma vez que o que prevalece é o interesse da criança em manter uma base familiar.

2. A AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DOS PAIS PARA A GUARDA COMPARTILHADA

O ambiente familiar é algo complexo e, por isso, a legalidade estrita deve ser ponderada em favor da adequação dos fatos concretos aos princípios informadores do direito de família e do direito da criança e do adolescente, dentre eles, o princípio do melhor interesse da criança.

O Código Civil vem sofrendo constantes alterações no sentido de tornar a guarda compartilhada a espécie de guarda mais adotada em nosso país. Nesse sentido tem-se a Lei

7 SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 3. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012. p. 98.



13.058/14, que alterou o referido diploma legal para expor o significado da expressão “guarda compartilhada” e para dispor sobre sua aplicação. Tal lei deixou de tratar a guarda compartilhada como uma opção, mas sim, como algo obrigatório para aqueles que tem o poder familiar, salvo nos casos de negativa expressa de um dos pais do desejo de obter a guarda.

Em razão dessa política legislativa de apoio à continuidade do convívio familiar deve-se discutir sobre a efetividade das decisões tomadas nesse sentido. Isso porque o texto legal, corroborando a jurisprudência do STJ e boa parte da doutrina, como por exemplo Maria Berenice Dias⁸, ignorou a relação entre os pais após o fim do relacionamento, ao argumento de que deve prevalecer o melhor interesse da criança, refletido pelo direito de convivência.

O princípio do melhor interesse da criança, que após a edição da Lei 12.010/09 passou a se chamar princípio do interesse superior da criança, foi incorporado no art. 227 da CRFB em razão da adoção do princípio da proteção integral pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Tal princípio orienta não só a legislatura pátria como também as decisões relativas à infância e juventude. No entanto, esse princípio não tem definição clara, de modo que sua aplicação ainda gera controvérsias. Para Tânia da Silva Pereira a interpretação do dito princípio é de ordem subjetiva:

[...]. Ficar sob a guarda paterna, materna, de terceiro, ser adotado ou ficar sob os cuidados da família biológica, conviver com certas pessoas ou não? Essas são algumas perguntas que nos fazem voltar ao questionamento inicial: existe um entendimento preconcebido do que seja o melhor para a criança ou para o adolescente? A relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos. Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética.⁹

8 Nesse sentido: “O novo modelo de coresponsabilidade é um avanço, pois favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse.”

DIAS, Maria Berenice. *Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!* Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_guarda_compartilhada%2C_uma_novidade_bem-vinda.pdf. Acesso em: 22.fev.2015

9 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse: da teoria à prática. IN: SOUZA, Jane de. *O princípio do melhor interesse aplicado ao direito de família*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Acesso em: 22 fev.15.



Assim, a análise do contexto familiar mais adequado para atender aos interesses das crianças e adolescentes dependerá da convicção do juiz e, portanto, de suas observações e regras de experiências que são próprias de sua vivência, o que nem sempre corresponde à realidade da criança em questão.

Já para Andréa Rodrigues Amin, a aplicação do princípio deve ser realizada de forma objetiva:

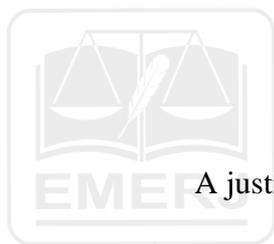
Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o princípio do melhor interesse toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete.¹⁰

Para essa autora, o juiz deve observar todos os princípios fundamentais envolvidos ao caso e escolher de modo a atender o maior número de princípios possíveis. Trata dessa forma por reconhecer que haverá na decisão uma influência subjetiva, mas que esta deve ser reduzida ao máximo.

A diferença entre as duas concepções acima é crucial e pouco trabalhada pelos doutrinadores da área da infância. Por vezes se fala apenas do princípio do interesse superior da criança como justificativa para toda e qualquer decisão, o que é de certo modo perigoso, já que a amplitude de interpretação do princípio permite chancelar situações que, por atender a uma visão tradicional de família, fogem a real vontade daquela criança enquanto sujeito de direitos.

Partindo-se da diferença de interpretação sobre o princípio do interesse superior é que se passa a questionar a aplicação da guarda compartilhada como obrigatória em todos os casos de dissolução conjugal. Isso porque viver em um ambiente de conflito não parece ser algo recomendável e a alteração legislativa foi feita no sentido de ignorar a presença de conflitos entre os casais com o término da relação.

10 AMIN. Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. IN: MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2011, p. 34.



A justificativa dada pela doutrina é a de que prevalece o interesse da criança, logo, os pais devem se organizar e resolver suas questões pessoais, para isso, não podem prejudicar a convivência familiar como um todo. Ocorre que essa premissa foi proposta com base em um plano ideal, onde pessoas adultas conseguem separar seus sentimentos de suas atitudes com relação aos filhos, sem que eles sejam colocados no centro do conflito ou sejam alvo de disputa de poder. No entanto, essa premissa não corresponde à realidade e ignorar esse fato pode desvirtuar a intenção do legislador e gerar um efeito pouco saudável a uma relação familiar.

Ressalte-se que o contexto de um divórcio é uma experiência de sofrimento grande para os filhos. Nesse sentido:

Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo um profundo sentimento de solidão, como se os pais estivessem violando as obrigações de paternidade. O divórcio é uma experiência pungente, dolorosa e de longa permanência na memória do filho, que convive com a sensação de que está sozinho no mundo.¹¹

De fato a guarda compartilhada ameniza para a criança essa sensação de fragmentação do lar, mantendo a presença física de ambos os pais com maior frequência. Além disso, retira do cônjuge que detém a guarda a sensação de poder sobre a criança, como se esta fosse um objeto e não um sujeito de direitos. Mas a operacionalização do compartilhamento, ou seja, o estabelecimento de rotina e divisão de obrigações necessita de um diálogo razoável entre os ex-cônjuges.

A guarda compartilhada não afeta a possibilidade de fixação de alimentos, bem como não implica divisão de casas, não significa passar metade da semana com o pai e a outra metade com a mãe. Em certos casos os pais estabelecem o chamado aninhamento, que é uma modalidade de guarda compartilhada onde o filho permanece na residência e os pais se revezam, mudando periodicamente para a casa do filho. Tal prática não é comum, até mesmo

¹¹ WALLERSTEIN, Judith S.; BLEKESLEE, Sandra. Sonhos e realidade no divórcio. IN: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 441



porque depende de certo padrão econômico. O mais comum é fixar a residência da criança com um dos pais, enquanto o outro possui liberdade para visitação e participa o na vida do filho.

A necessidade de consenso entre os pais, embora dispensada pela lei e pela concep o doutrinária majoritária,   necessária pois sua ausência pode desvirtuar o instituto. Se houver   pluraliza o de responsabilidades são os pais quem devem ter consciência de que são igualmente importantes na vida e na forma o do filho. Uma imposi o judicial não   capaz de gerar tamanha conscientiza o.

O ato de compartilhar implica corresponsabilidade parental, ou seja, ambos estarão empenhados em manter a rotina da criança, em decidir questões de seu interesse e em participar de atividades cotidianas. Quando a criança fica em uma única residência, por exemplo, esses pais precisam a todo tempo fazer acordos e tomar decisões, o que   difícil vislumbrar sem a existência de consenso entre eles.

Uma decisão judicial deve ser tomada de modo a se tornar efetiva. Em se tratando de direito de família em especial, a efetividade decorre da conscientiza o de que aquela decisão corresponde ao mais recomendável diante de uma realidade e que por isso deve ser seguida, mantendo assim o equilíbrio das rela es interpessoais. Essa consciência não nasce de uma imposi o judicial.

Deve-se reconhecer que a mente humana   suficientemente criativa quando se trata de uma obriga o oposta a sua vontade, agindo de modo tão sutil que não ensejaria a imposi o de multa, como previsto em lei. Por exemplo, se os pais entram em acordo as atividades da criança serão determinados de uma forma; se eles não estão em sintonia, os horários da criança podem ser preenchidos de atividades que envolvam estudo, de modo a dificultar o questionamento do outro cônjuge.

Esse   são um exemplo de como a vontade dos pais faz diferença e pode afetar a concep o



da guarda compartilhada. Isso deve ser evitado, pois, a presença dessa modalidade de guarda na legislação e no cotidiano dos tribunais foi decorrente de muita luta por doutrinadores e pesquisadores na área da infância. De certo que o compartilhamento representa um avanço, já que reconhece que os pais são igualmente importantes na formação e desenvolvimento dos filhos, mas deve ser implementado com cautela de modo que não só a lei reconheça a igualdade, mas também os próprios pais.

3. FORMAS DE ADOÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA DIFERENTES DA IMPOSIÇÃO LEGAL

Como foi visto nos capítulos anteriores, a guarda compartilhada é uma forma de continuidade de vínculos familiares após a separação conjugal que ainda não era comum entre os casais. No entanto, em virtude da Lei 13.058/14, que torna a guarda compartilhada aplicável mesmo que contra a vontade dos pais, tal modalidade passará a ser mais adotada.

Chega-se a um ponto crucial no debate sobre o referido tema, qual seja, de que forma seria possível tornar efetiva uma decisão judicial que decreta a guarda compartilhada nos casos onde não existe mais diálogo entre os pais. Isso é relevante porque ambos continuaram juntos tomando decisões acerca dos filhos, mas precisam encontrar um ponto de equilíbrio a fim de orientar a educação dos filhos, ponto este que por vezes não foi encontrado durante o relacionamento conjugal mas que deve ser almejado após o fim deste.

A necessidade do diálogo entre os pais decorre de um mínimo referencial para o pleno desenvolvimento infanto-juvenil, e vai muito além das decisões sobre local de estudo ou que esportes praticar nas horas livres. Trata-se de estabelecer condutas e firmar regras de convívio social, que podem variar de acordo com a concepção de cada um dos genitores. Assim, se isso não for constantemente debatido, a criança perde o referencial e passa a agir de forma



diferente quando está com a mãe e quando está com o pai.

Um estudo realizado entre psicólogos forenses e publicado em revista científica reuniu alguns psicólogos para falar sobre sua experiência no atendimento de famílias. O método usado foi o de questionários. Como resultado chegou-se à necessidade de alguns requisitos para o sucesso da guarda compartilhada observado no acompanhamento de famílias após o fim de uma relação conjugal, quais sejam:

Alguns participantes consideraram que a guarda compartilhada só é possível sob algumas condições: “Penso ser possível naqueles casos em que os casais tenham uma boa elaboração da separação, onde os filhos não estejam ocupando o lugar de projeção de mágoas pessoais” (P37). “É necessário que a relação entre o ex-casal esteja bem resolvida e que haja uma boa comunicação entre eles” (P43). “As guardas tanto alternada como compartilhada exigem um elevado patamar de maturidade e saúde mental dos pais, o que é difícil de encontrar nos casos encaminhados para avaliação psicológica” (P41). “A guarda compartilhada só é possível se ambos residirem na mesma cidade, para que possam dividir as tarefas na educação dos filhos e manutenção dos vínculos pai/mãe” (P11). Foi destacada ainda a questão da separação da conjugalidade, e não da parentalidade: “Os profissionais chamados a intervir devem mediar as relações, levando os pais a compreender que o fim da conjugalidade não deve significar que um deles tenha que abrir mão do exercício da parentalidade.”¹²

Tal estudo possui um tema em comum, que é o mesmo defendido no presente trabalho: a existência de diálogo entre os pais. A continuidade do contato entre os cônjuges deve se dar em prol dos benefícios causados aos filhos.

Dessa forma, entende-se como saída a instituição da mediação antes da determinação da modalidade de guarda a ser aplicada ao caso. Isso porque é preciso explicar e conscientizar os pais da importância da continuidade de convivência como forma de manutenção dos vínculos afetivos. Ao aplicar a lógica legislativa atual se estará impondo uma condição antes da conscientização, o que tende a resultar em fracasso.

A mediação é um sistema de autocomposição de conflitos, ou seja, existe a figura do mediador, que é pessoa estranha ao conflito, e que atua como um facilitador da comunicação entre as partes. Na mediação são as partes que chegam a uma solução para sua demanda, já

12 LAGO, Vivian de Medeiros e BANDEIRA, Denise Ruschel. *A psicologia e as demandas atuais do direito de família*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v29n2/v29n2a07>. Acesso em: 27.mar.15.



que o mediador é mero interlocutor sem qualquer poder de decisão.

Além das vantagens da mediação a título de solução imediata de um conflito também existe um resultado a longo prazo, qual seja, a capacidade de buscar a autocomposição em problemas futuros. Isso porque recorrer ao Poder Judiciário deveria ser a *ultima ratio*, já que as pessoas são capazes de resolver questões corriqueiras sem a intervenção do Estado. Sobre esse ponto temos os resultados de estudos realizados pelo Ministério da Justiça e presente na cartilha de mediação:

A maioria dos estudos indica que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo e que alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça.¹³

A citação acima trata dos resultados da mediação em conflitos diversos, donde se conclui que nos casos de relações tão complexas quanto as que envolvem a família seu resultado pode ser ainda melhor.

A título de ilustração, o programa “Profissão Repórter” da Rede Globo apresentou uma reportagem sobre a guarda compartilhada¹⁴. Na ocasião, os repórteres passaram alguns dias junto às famílias de modo a vivenciar a rotina de filhos de pais separados. Tal reportagem é relevante para difundir e esclarecer como funciona o instituto. Da mesma forma serve para refletir sobre a eficácia de uma decisão de compartilhamento. Isso porque a troca de acusações entre os pais não acabou por conta da guarda compartilhada, assim como, em outros casos, não existia diálogo algum, nem ao menos para informar questões básicas da saúde da criança, ou seja, mais se aproximava de uma guarda alternada que de uma guarda compartilhada.

13 AZEVEDO, André Gomma (org.). Manual de mediação judicial. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento: Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao%20/>. Acesso em 27.mar.15.

14 Disponível em: <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2015/03/guarda-compartilhada-e-realizada-por- apenas-6-das-familias-no-brasil.html>. Acesso em 28.mar.15



Além da mediação, outra forma de auxiliar no processo de transição para uma nova conjuntura familiar seria o acompanhamento psicológico por período determinado, a fim de reavaliar a guarda deferida. Tal orientação se coaduna com o princípio do interesse superior da criança e com seu direito a um pleno desenvolvimento, até mesmo porque alguns cônjuges após o processo de divórcio não possuem um espaço neutro para debater questões importantes acerca da criação, a educação dos filhos e a inserção de outras pessoas no núcleo familiar, como por exemplo, madrastas e padrastos e novos irmãos. Isso poderia ser disponibilizado pela equipe multidisciplinar do Tribunal ou pela comprovação de frequência em reuniões de associações de pais separados ou em consultórios particulares.

É inegável a necessidade de expansão da guarda compartilhada como manutenção dos vínculos afetivos entre pais e filhos, ou mesmo entre pais e avós, já que tal modalidade de guarda também pode ser deferida a eles. Assim, é preciso observar os avanços no campo legislativo e interpretá-los de modo a garantir a maior efetividade possível, já que se trata de interesses da criança, o que para nosso ordenamento importa em prioridade e corresponde a direitos instituídos não só pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também na Carta Magna.

CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados pode-se concluir que a ausência de um diálogo saudável entre os pais após o término de um relacionamento pode influenciar na vida e na criação dos filhos em lares separados. Percebe-se inclusive a importância da guarda compartilhada como uma forma de diminuir os impactos da separação na vida dos filhos, de modo a possibilitar a continuidade do vínculo e da convivência familiar. No entanto, a forma de aplicação da guarda compartilhada pelos tribunais tende a desvirtuar o sentido do instituto.



O fundamento para a aplicação da guarda compartilhada, mesmo sem o consentimento dos pais, está no princípio do interesse superior da criança. Contudo, tal princípio não possui definição clara na doutrina e na jurisprudência. Em geral, seria melhor para a criança se desenvolver em um ambiente de harmonia e respeito, com referências claras sobre as convenções sociais permitidas ou não. No entanto, se não houver integração entre as referências paternas e maternas a educação dos filhos ficará comprometida e esses serão, a todo o tempo, o centro de uma disputa sobre o que podem ou não fazer e como devem ou não se comportar em determinadas situações cotidianas.

Vê-se que a efetividade de uma decisão judicial decorre da escuta e do convencimento das partes de que esta é a melhor solução a ser dada ao caso. Isso se torna ainda mais sensível quando se fala em direito de família, pois o cumprimento da ordem emanada pelo Poder Judiciário se prolonga no tempo e envolve sentimentos, emoções e convivência. Dessa forma, para diminuir as consequências para os filhos de um processo de divórcio as famílias deveriam passar por um processo de preparação e acompanhamento quanto a nova relação com os filhos.

É relevante ressaltar que concorda-se com a importância da guarda compartilhada, mas discorda-se que ela seja tratada de forma impositiva. Ela deveria ser proveniente de uma conscientização que, se não existisse, deveria ser criada nos pais. Daí a sugestão do uso da mediação e do acompanhamento psicossocial antes e depois da escolha da forma de guarda adequada ao caso concreto.

As decisões no direito de família não devem partir de uma premissa única, pois as relações familiares são diversas. Atualmente a doutrina tem dificuldade em definir o que é uma família, tamanha as possibilidades de suas configurações. Do mesmo modo, com o término da sociedade conjugal um novo desenho se forma e cada pessoa reage de uma forma à nova realidade. É preciso respeitar esse tempo e as limitações nesse processo de adaptação.



Caso contrário, se pode estigmatizar negativamente um instituto que precisou de muito esforço e tempo para fazer parte da legislação pátria.

REFERÊNCIAS

AMIN. Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. IN: MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de mediação judicial. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*: Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao%20/>. Acesso em 27.mar.15.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Código Civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 11 out. 2014.

_____. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 11 out. 2014.

_____. Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em 10 out.14.

_____. Lei n. 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em 22 fev.15.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 1.251.000. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>. Acesso em: 10 set. 2014.

CANEZIN, Claudete Carvalho. *Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=11>. Acesso em: 11 out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_guarda_compartilhada%2C_uma_novidade_bem-vinda.pdf. Acesso em: 11 out. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6.8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



LAGO, Vivian de Medeiros e BANDEIRA, Denise Ruschel. *A psicologia e as demandas atuais do direito de família*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v29n2/v29n2a07>>. Acesso em: 27.mar.15.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda compartilhada: comentários à Lei 11.696/08*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse: da teoria à prática. IN: SOUZA, Jane de. *O princípio do melhor interesse aplicado ao direito de família*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Acesso em: 22 fev.15.

PROFISSÃO Repórter. Direção: Caco Barcellos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2015/03/guarda-compartilhada-e-realizada-por-apenas-6-das-familias-no-brasil.html>>. Acesso em 28.mar.15

SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 3. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012.

WALLERSTEIN, Judith S.; BLEKESLEE, Sandra. Sonhos e realidade no divórcio. IN: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



SISTEMA PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O PODER PERSECUTÓRIO DO JUIZ: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Elza Monteiro Stille

Graduada pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro - Unilasalle. Advogada.

Resumo: A Constituição de 1988 adotou o sistema processual penal acusatório, além de consagrar direitos e garantias fundamentais do indivíduo, contudo, a legislação infraconstitucional apresenta resquícios do sistema inquisitivo, o que provoca uma inconformidade constitucional. Nesse diapasão, é essencial a análise dos princípios constitucionais e infraconstitucionais de maior relevância para o tema proposto, como a imparcialidade do julgar, fundamentação das decisões judiciais e presunção de inocência. Ademais, o sistema de provas adotado pelo ordenamento jurídico pátrio preceitua o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional, de forma a relativizar o valor das provas. Assim, a essência do trabalho é demonstrar o sistema processual penal adotado pela Magna Carta e sua incompatibilidade com a legislação infraconstitucional que confere poderes persecutórios ao juiz.

Palavras-chave: Processo Penal. Sistema Processual Penal. Poder Persecutório.

Sumário: Introdução. 1. Sistema processual penal constitucional brasileiro e o papel do juiz na instrução criminal. 2. A prova no processo penal. 3. Análise crítica ao artigo 156 do Código de Processo Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar o papel do juiz em relação à gestão da prova no processo penal, uma vez que o Código de Processo Penal conferiu poderes persecutórios ao juiz que não são compatíveis com princípios constitucionais.

Com o advento da Constituição de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, foi imposta uma nova forma de aplicação do direito, de modo que o operador do direito deve promover as garantias fundamentais estatuídas na Magna Carta.

Dessa forma, o Código de Processo Penal deve ser interpretado de forma vinculada ao texto constitucional. Assim, é possível constatar que o ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema processual penal acusatório.

Consequentemente, é necessário analisar a gestão da prova no processo penal, ou seja, qual sistema foi adotado pelo Brasil, o que representa ponto norteador para a função do magistrado.



Ademais, o mito da verdade real está relacionado à estrutura do sistema inquisitório, com a busca da verdade a qualquer custo, assim, o processo penal deve superar este mito e buscar a verdade processual, formal, compatível com o sistema acusatório.

Outrossim, os princípios constitucionais relacionados ao processo penal, como: legalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e a presunção de inocência são de extrema importância para se estabelecer um quadro comparativo com as normas infraconstitucionais, como o Código de Processo Penal.

Assim, imperiosa a análise crítica ao artigo 156, do Código de Processo Penal, que conferiu poderes instrutórios, persecutórios ao juiz, demonstrando adoção ao princípio inquisitivo e, conseqüentemente, violação ao sistema processual penal acusatório, adotado pela Constituição de 1988.

Desta forma, o presente estudo apresenta relevância social e jurisdicional, uma vez que promove uma discussão sobre os direitos e garantias estatuídos na Magna Carta de 1988 e a atuação do magistrado, com base no Código de Processo de Penal.

1. SISTEMA PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O PAPEL DO JUIZ NA INSTRUÇÃO CRIMINAL

A partir de uma análise epistemológica do processo penal emergem dois modelos de sistemas processuais penais: inquisitorial, anti-garantista, e acusatorial (garantista).

Primeiramente, será feita uma breve análise do sistema inquisitório, que predominou historicamente até finais do século XVIII, em países de maior repressão, marcados pelo absolutismo e autoritarismo.

O sistema inquisitório ganhou força na época do Império, quando se criou a ideia de que deixar a persecução penal nas mãos de particulares comprometia a eficácia do combate à criminalidade. Assim, criou-se o entendimento de que o Estado deveria exercer este papel, de forma que o mesmo órgão exerceria as funções que, hoje em dia, competem ao Ministério Público e ao Juiz.¹

Nesse sistema inquisitório o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia provocação, recolhendo material probatório que vai utilizar para seu convencimento, ou seja, o magistrado realiza pessoalmente a investigação em busca de provas para proferir a sentença.

¹ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*: fundamento da instrumentalidade constitucional. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 157.



Contudo, a origem do sistema acusatório remete ao Direito grego onde existia participação do povo no exercício do direito de punir, conforme o modelo de democracia formulado à época. Ademais, vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e de acusação provada para os delitos menos graves².

Ademais, a Revolução Francesa de 1789 foi um marco histórico para o sistema acusatório, uma vez que consagrava a valorização do ser humano, de forma afastar os ideais inquisitoriais decorrentes da época do Império.

Assim, o sistema acusatório presente no processo penal moderno apresenta como principais características a distinção das atividades de acusar e julgar; iniciativa probatória das partes; juiz imparcial; publicidade dos atos processuais; contraditório e ampla defesa; e possibilidade de impugnar decisões e o duplo grau de jurisdição³.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, foi imposta uma nova forma de aplicação do direito, de modo que o operador do direito deve promover os direitos e garantias fundamentais estatuídos na Magna Carta.

Importante destacar que o Código de Processo Penal foi criado tendo como inspiração a legislação fascista italiana, na década de 1930, o que explica a base notoriamente autoritária de suas normas.

Doutrinariamente, existe entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema acusatório não puro ou sistema misto, que apresenta resquícios de inquisitorialidade, como: o inquérito policial ser regido pela inquisitorialidade, não há contraditório e ampla defesa, além de que diversos atos conferidos ao juiz, na verdade deveriam competir as partes.

Segundo Paulo Rangel⁴:

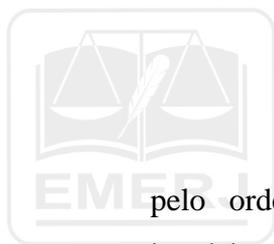
O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto da investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam no inquérito policial são verdadeiros

Contudo, cumpre ressaltar algumas críticas sobre essa classificação: primeiramente, afirmar que o sistema não é puro significa que o doutrinador não afirmou o nome do sistema. Ademais, à luz da teoria do conhecimento, deve-se avaliar o sistema processual penal adotado

² Ibid., p. 153.

³ Ibid., p. 155.

⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.



pelo ordenamento jurídico pátrio, através da Constituição e não dos resquícios de inquisitorialidade presentes em normas infraconstitucionais, como o Código de Processo Penal.

Assim, conclui-se que o Brasil adotou o sistema processual penal acusatório puro, pois a Magna Carta instituiu diversos direitos e garantias fundamentais inerentes àquele modelo processual, como: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz, dentre outros.

Neste contexto leciona Geraldo Prado⁵:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por um juiz competente e imparcial, pois que excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio acusatório, chegaremos a conclusão que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade do processo (...) e a publicidade, concluiremos que filiou-se, sem dizer, ao sistema acusatório.

Em relação ao papel do juiz na instrução criminal, importante destacar o princípio do juiz natural, previsto no art. 5º, XXXVII e LIII, da CRFB/88, do qual se extrai que apenas o juiz legalmente instituído no cargo pode exercer a jurisdição, sendo vedada a criação de juízos ou tribunais de exceção.

Outrossim, o acusado de ter praticado algum crime tem o direito de saber que autoridade irá processá-lo, bem como quem irá julgá-lo. Assim, é possível correlacionar o princípio do juiz natural com o princípio da identidade física do julgador, previsto no art. 399, §2º, do Código de Processo Penal. Neste contexto, exige-se que o mesmo juiz que realizou a instrução julgue o processo, uma vez que teve contato com os elementos de prova, o que o torna mais apto a proferir uma decisão justa.

Ademais, o princípio do devido processo legal é de suma importância, pois consagra a necessidade de se observar os direitos e garantias fundamentais das partes envolvidas no processo, principalmente do acusado, que não será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, art. 5º, LIV, da CRFB/88.

De acordo com o princípio da correlação entre acusação e sentença, o juiz deve se pronunciar sobre o que foi requerido na denúncia. Contudo, o juiz não fica atrelado à

⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.171.



classificação legal dada pelo promotor, pois o acusado não se defende da tipificação legal, mas sim dos fatos contidos na denúncia.

O juiz também apresenta garantias relacionadas à sua formação e função, como independência, imparcialidade e responsabilidade. É relevante destacar que a imparcialidade, característica do sistema acusatório, muitas vezes não é respeitada, uma vez que são conferidos poderes instrutórios ao juiz em busca de uma “verdade real”.

A imparcialidade está relacionada a posição de terceiro que o juiz deve ocupar no processo, ou seja, deve estar alheio aos interesses das partes. Dessa forma, o juiz deve ter conhecimento do que está nos autos do processo, que será a verdade formal ou verdade processual dos fatos.

Outro importante princípio presente no ordenamento jurídico é o da fundamentação das decisões judiciais, ou seja, é fundamental que as decisões judiciais sejam suficientemente fundamentadas e motivadas, conforme art. 93, IX, CRFB/88.

Assim, pode-se entender que, a motivação das decisões tem como objetivo explicar o porquê da decisão, sendo feita uma análise do raciocínio utilizado pelo magistrado na valoração das provas. Ademais, a decisão deve demonstrar provas suficientes para derrubar o princípio da presunção de inocência

Conclui Aury Lopes Jr.⁶:

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial

Assim, com o advento do Estado Democrático de Direito o juiz deve atuar no processo penal como garantidor dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, consagrando os princípios da imparcialidade, devido processo legal, motivação das decisões judiciais, dentre outros previstos na legislação pátria.

2. A PROVA NO PROCESSO PENAL

O processo penal apresenta uma finalidade retrospectiva, ou seja, visa reconstruir determinado fato concreto de forma que o magistrado tenha um conhecimento aproximado do

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 159.



ocorrido. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará a reconstrução do fato passado, crime.⁷

Assim, após a análise das provas o magistrado exercerá uma atividade cognitiva dos fatos para que, posteriormente, possa exteriorizar seu convencimento na sentença, condenatória ou absolutória.

Por oportuno, cumpre salientar que a gestão da prova estrutura o processo penal e está diretamente relacionada ao sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, ensina Jacinto Coutinho⁸ que o princípio dispositivo é norteador do sistema acusatório, pois preceitua que a gestão da prova está nas mãos das partes. Outrossim, o princípio inquisitivo é fundamento do sistema inquisitivo e estipula que a gestão da prova está nas mãos do julgador.

Contudo, já foi destacado anteriormente que, na doutrina há entendimento no sentido do ordenamento jurídico pátrio ter adotado um sistema misto, que mescla o sistema acusatório e sistema inquisitivo. Neste sentido leciona Guilherme de Souza Nucci⁹:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registre-se desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva.

Nessa linha de raciocínio, Nestor Távora¹⁰ sustenta que o sistema processual penal adotado pelo Brasil apresenta natureza mista. Portanto, coexistem normas de cunho acusatório e inquisitório, o que gera um sistema misto de gestão de provas.

Em relação a evolução histórica das provas penais, no sistema legal de provas existia uma valoração hierarquizada, a lei previa o valor da prova, de forma que a confissão era considerada prova absoluta. Assim, o magistrado não tinha a possibilidade de analisar e valorar a prova de acordo com o caso concreto, pois a lei limitava sua atuação.

O princípio da íntima convicção do magistrado rompe o sistema legal de provas, pois permite que o magistrado avalie as provas, sem a necessidade fundamentar suas decisões.

⁷ Ibid., p.549.

⁸ COUTINHO *apud* LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 553.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 126.

¹⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 13.



Trata-se de uma discricionariedade exacerbada, pois a motivação das decisões judiciais é essencial para um processo penal justo. Destaca-se que, a íntima convicção ainda é aplicada no Tribunal do Júri, onde os jurados não precisam fundamentar suas decisões.

Ato contínuo, um sistema intermediário emerge com fundamento no princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional, sendo essencial a fundamentação das decisões judiciais, conforme art. 157 do CPP. Outrossim, ocorre uma relativização do valor probatório, devendo o julgador avaliar todo lastro probatório reunido no curso do processo, para se manifestar de forma motivada, o que caracteriza um sistema processual penal acusatório.

Importante destacar que existem diferenças entre atos de prova e atos de investigação. Desta forma, os atos de investigação são aqueles produzidos na fase pré-processual, na investigação preliminar, sendo dispensada a observância dos princípios do contraditório e da publicidade. Ademais, tem como finalidade a formação da *opinio delicti* do Ministério Público.

Os atos de prova são produzidos na fase processual, com apreciação dos princípios do contraditório e da publicidade, bem como do devido processo legal. Assim, os atos de prova servem à sentença, de maneira que visam formar a convicção do juiz para o julgamento final.¹¹

Como já destacado, as provas servem para reconstruir a história, um fato, sendo que é da essência humana o interesse pela verdade, pela realidade, de maneira que as legislações mais remotas já apresentavam manifestações sobre o desejo do homem em busca da verdade.

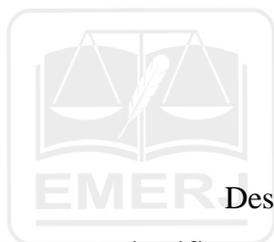
Cumprido destacar que, a busca pela verdade terá como base as regras definidas no ordenamento jurídico de cada sociedade. Assim, será de extrema importância distinguir verdade real de verdade processual.

Sobre o mito da verdade real leciona Aury Lopes Junior¹²:

O mito da verdade real está nitidamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório, com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades), como sistemas políticos autoritários, com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos) e com a figura do juiz ator (inquisidor).

¹¹ LOPES JR., op. cit., 2014, p. 560.

¹² Idem, 2010, p. 260.



Dessa forma, a origem da verdade real está intrínseca na inquirição, e é usada para justificar os atos abusivos do Estado, como por exemplo, permitir que o juiz de ofício atue na investigação e na instrução probatória.

O princípio da verdade real preceitua que o juiz deve proferir a sentença conhecendo a verdade real dos fatos, ou seja, conhecendo a relação jurídica material. Ocorre que, a tutela da imparcialidade veda o conhecimento da relação material, assim, o juiz deve ter conhecimento do que está nos autos do processo, que será a verdade formal ou verdade processual dos fatos.

Ademais, para jusfilosofia o nome mais adequado para o referido princípio seria: certeza possível da ocorrência do fato. Assim, para uma eventual condenação o juiz deve ter certeza da ocorrência do fato, e caso tenha certeza da inocência ou dúvida deve absolver, com base no princípio do *in dubio pro reo*.

Deve-se compreender que o processo é um instrumento de reconstrução histórica de um fato, apresentando no mínimo duas versões diferentes, e cabe ao magistrado optar por aquela que creia ser mais verossímil, baseando sua decisão nas provas produzidas de forma legítima pelas partes.

Sobre o assunto preceitua Luigi Ferrajoli¹³ que uma eventual condenação deve ser respaldada pela verdade processual, sendo essa meramente aproximativa:

A verdade de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. Para expressar esta relatividade da verdade, alcançada em cada ocasião, pode-se muito bem usar a noção sugerida por Popper de “aproximação” ou ‘acercamento’ da verdade objetiva, entendida como um modelo ou uma “ideia reguladora” que “somos incapazes de igualar”, mas da qual podemos nos aproximar, sob a condição, não obstante, de que não se associem a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial, mas apenas o papel de um princípio regulador que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior poder de explicação e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso.

Ao analisar direito de produzir provas, é imperioso destacar que a Constituição no art. 5º impõe algumas limitações, como a inviolabilidade de domicílio, sigilo das

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.42.



correspondências, bem como a inadmissibilidade das provas produzidas e obtidas por meios ilícitos (art. 5º, XI, XII e LVI, da CRFB/88).

A Lei n. 11.690/2008 alterou o CPP, pois inseriu o tratamento da prova ilícita, dispondo o art. 157, *verbis*: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” Contudo, cumpre destacar que prova ilegal é o gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita. Assim, a prova é ilegítima quando ocorre violação a uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. Já a prova ilícita é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre exterior a este.¹⁴

A distinção é relevante pois as provas ilícitas não são passíveis de repetição, já que o vício ocorreu no momento de sua obtenção, diferente das provas ilegítimas em que há possibilidade de repetição do ato.

Ademais, existem teorias sobre a admissibilidade das provas ilícitas. Para uma primeira corrente, as provas ilícitas podem ser admitidas desde que não haja vedação pelo ordenamento processual. Outra linha de raciocínio sustenta a inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas, tendo em vista a interpretação literal do art. 5º, LVI, da CRFB/88. Por fim, uma terceira corrente, a prova ilícita poderia ser admitida em algumas hipóteses, em razão de relevante interesse público a ser protegido.¹⁵

Neste sentido, explica Vicente Greco Filho¹⁶:

Uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal.

Assim, a prova ilícita pode ser admitida, excepcionalmente, no processo penal para beneficiar o réu, jamais para prejudica-lo. Por conseguinte, a prova ilícita que embasou a absolvição do acusado não pode ser usada contra terceiro, uma vez que permanece ilícita.

Outrossim, de acordo com art. 157, §1º, do CPP, são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, que devem ser desentranhas e inutilizadas. Contudo, se não ficar demonstrado nexó de causalidade entre elas ou se as provas derivadas puderem ser colhidas por uma fonte independente, estas serão plenamente admitidas no processo.

¹⁴ LOPES JR., op. cit., 2014, p. 608.

¹⁵ *Ibidem*, p. 610-611.

¹⁶ GRECO FILHO *apud* LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 612.

3. ANÁLISE CRÍTICA AO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Após a análise dos sistemas processuais penais, bem como da gestão da prova no processo penal, é imperioso examinar a norma prevista no art. 156, do CPP, para constatar a sua eventual compatibilidade com a Magna Carta de 1988.

Dispõe o art. 156, do CPP¹⁷, *verbis*:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

A Lei nº 11.690 de 2008, conferiu nova redação a norma do art. 156, do CPP, de maneira que o juiz ganhou poderes investigatórios e instrutórios, pois tem a faculdade de ordenar, antes mesmo da ação penal, a produção antecipada de provas. Ademais, poderá o magistrado determinar, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, a realização de diligência para dirimir dúvida.

O mencionado dispositivo foi objeto de diversos debates doutrinários, tendo em vista que ao conferir plenos poderes instrutórios ao juiz se estaria violando o sistema acusatório e o princípio da imparcialidade do juiz. Contudo, a jurisprudência dos tribunais entende ser cabível esta atividade pelo magistrado.

Ressalte a crítica elaborada por Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁸:

De mesmo modo, não se pode deixar de criticar e, mais que isso, de rejeitar validade à novidade trazida com a lei 11.690/08, que, alterando o disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, permite ao juiz, de ofício, *ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes*. Ora, não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que julgará. Violação patente – e recente – do sistema acusatório.

¹⁷ BRASIL. Código de Processo Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.



Com o advento do Estado Democrático de Direito o juiz assumiu uma nova posição no processo, assim, deve atuar como garantidor dos direitos e garantias do acusado, de forma a controlar a legalidade dos atos praticados.

Estabelecidas tais premissas, mister se faz ressaltar o princípio da imparcialidade do juiz, imprescindível para existência de um processo penal justo. Ademais, imparcialidade não se confunde com neutralidade, pois não existe juiz neutro.

O art. 156, I, do CPP, ao permitir que o juiz ordene na fase pré-processual a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, remonta a ideia de um juiz inquisidor, que atua de ofício na produção de provas. Entretanto, o inquérito policial deve ser desenvolvido e concluído sem a interferência do magistrado, uma vez que a polícia judiciária é o órgão encarregado da investigação.

Contudo, segundo José Roberto dos Santos Bedaque¹⁹ a ampliação dos poderes instrutórios ao juiz não significa a quebra do princípio da imparcialidade, uma vez que a atividade probatória deste não tem condão de favorecer esta ou aquela parte, já que quando o magistrado determina a realização da prova não tem como prevê o seu resultado, e a quem irá beneficiar.

Outrossim, o art. 156, II, do CPP, permite que o juiz no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, determine a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. A doutrina garantista entende que tal previsão legal viola o princípio da imparcialidade do julgador, ou seja, este não deve interferir na atividade probatória, que deve se concentrar em poderes das partes.

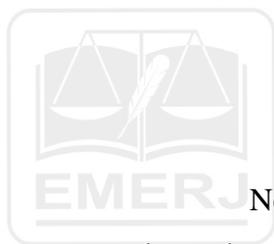
Com efeito aduz Aury Lopes Junior²⁰:

Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhando um processo inquisitório.

Assim, todo ideal de imparcialidade do julgador é defasado quando se atribui poderes instrutórios ou investigatórios ao juiz, o que demonstra nítida violação ao sistema acusatório adotado pela CRFB/88.

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 80.

²⁰ LOPES JR., op. cit., 2009, p.76.



Nesse diapasão, a imparcialidade do julgador é uma garantia do sistema acusatório, de modo que deve haver separação das funções de acusar e julgar, bem como o afastamento do magistrado da atividade investigatória e instrutória.

Destaca-se que mais uma vez a existente contradição entre o princípio acusatório de natureza constitucional e o inquisitório, presente na legislação infraconstitucional, mesmo após as reformas legislativas pós Constituição de 1988.

Ademais, a discussão sobre os poderes investigatórios e instrutórios do juiz não se limita ao art. 156 do Código de Processo Penal, vale ressaltar o art. 311 do mesmo diploma que permite ao juiz de ofício decretar a prisão preventiva, no curso da investigação ou do processo judicial.

Neste sentido, a atual Magna Carta inovou em vários aspectos, e elevou o direito processual penal ao nível de guardião da liberdade individual, de maneira que a presunção de inocência deve ser vislumbrada como princípio reitor do processo penal, art. 5º, LVII, da CRFB/88.

Destaca-se que, no momento em que o juiz parte à procura de provas ele está assumindo a posição de uma das partes, sendo que, havendo dúvida sobre a materialidade ou autoria do crime deve o magistrado absolver, e não atuar como órgão inquisidor em busca de provas para uma eventual condenação.

Ressalta Eugênio Pacelli de Oliveira²¹:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou *estado ou situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e a outra de *fundo probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

Fica claro, portanto, que a presunção de inocência deve ser maximizada em todas as suas nuances, especialmente em relação à carga da prova e às regras de tratamento do imputado. Assim, este princípio assegura todas as garantias inerentes ao devido processo legal.

²¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 37.



Outrossim, o Supremo Tribunal Federal²² no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1570 DF, manifestou entendimento de vedação da função de investigar por parte do juiz, cabendo está a polícia judiciária.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. ACÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/0

1. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquiridor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.

Em que pese o referido julgado, em relação ao art. 156 do Código de Processo Penal o Supremo Tribunal Federal não se manifestou sobre sua eventual inconstitucionalidade.

Sobre o tema, preceitua Aury Lopes Junior²³ que respeitada a opção “acusatória” feita pela Constituição, são substancialmente inconstitucionais todos os artigos do CPP que atribuam poderes instrutórios e/ou investigatórios ao juiz. Somente desta forma, teremos um processo penal garantista, voltado para a tutela dos direitos fundamentais, em que a imparcialidade do julgador será assegurada formalmente e materialmente.

Por fim, cumpre salientar a título de curiosidade que o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, projeto de Lei nº 156/2009, de autoria do Senador José Sarney, tem como objetivo proceder uma reforma global no CPP de 1941, ora vigente. Ademais, o referido anteprojeto apresenta como coordenador o Ministro Hamilton Carvalhido e como relator Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira.

De acordo com a exposição de motivos do referido anteprojeto, este visa elaborar um novo CPP a partir da ordem constitucional da Magna Carta de 1988, tendo em vista encontrar-

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1570 DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+1570%29&base=baseAcordoss&url=http://tinyurl.com/nfka9dg>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

²³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 79.



se o Código de Processo Penal de 1941 totalmente superado e convergente com a Constituição.

No Livro I, Título II, Capítulo II, artigos 14 a 17 do anteprojeto, há a figura do juiz de garantias, com a finalidade de consolidar o sistema acusatório estatuído pela Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, ressalta Jacinto Coutinho²⁴, que se procura acabar com a sobreposição de funções entre o órgão jurisdicional e aquele acusador, prestigiando o sistema acusatório e, conseqüentemente, o princípio da imparcialidade do julgador, sendo certo de que o Juiz das Garantias não atua senão para controlar eventual invasão indevida na esfera dos direitos e garantias individuais.

O juiz que atua na fase investigatória, em regra, com ausência do contraditório, tem sua imparcialidade comprometida, o que irá influenciar no julgamento do mérito. Desta forma, com a criação do juiz das garantias procura-se garantir que a valoração probatória recairá apenas sobre os atos praticados na fase processual.

O anteprojeto deixa evidente que o órgão acusador é o destinatário do inquérito policial, para que forme sua *opinio delicti*, assim a investigação deve conter os elementos de convencimento positivo ou negativo. Destaca-se que, o juiz das garantias deverá atuar como fiscal do efetivo respeito aos prazos legais para persecução penal e garantidor dos direitos e garantias individuais do investigado, ratificando desta forma o sistema acusatório.

CONCLUSÃO:

Em conclusão, é imprescindível fazer um apanhado geral dos assuntos que foram abordados no presente artigo, na medida em que diversos aspectos do sistema processual penal e da atuação do juiz foram tangenciados no decorrer da exposição.

Nesse contexto, cumpre destacar que a Constituição é norma suprema do ordenamento jurídico e por isso, as demais leis devem ser interpretadas e aplicadas conforme seus preceitos. Assim, tendo em vista que o presente artigo versa sobre o Código de Processo Penal, deve-se compreender que, as normas nele previstas devem estar de acordo com a Constituição, sob pena de serem consideradas inconstitucionais e, portanto, inaplicáveis.

²⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.); COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição* - Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 06.



A aplicação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem a relação processual penal, como: devido processo legal, presunção de inocência, imparcialidade do julgador e fundamentação das decisões judiciais são fundamentais para um processo justo, pois visam à proteção do indivíduo. Ademais, o estudo principiológico é essencial para análise do sistema processual penal adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

Em relação aos sistemas processuais penais, à luz da teoria do conhecimento, conclui-se que o Brasil adotou o sistema processual penal acusatório puro, que apresenta como característica a nítida distinção entre as atividades de julgar, acusar e defender. Outrossim, o sistema acusatório apresenta como núcleo fundante o princípio do dispositivo, pois a gestão da prova está nas mãos das partes, sendo o juiz um mero espectador.

Importante destacar que a “verdade real” no processo penal é característica do sistema inquisitório e que deve ser superada buscando-se a verdade formal, sendo esta meramente aproximativa, e produzida respeitadas as normas consagradas no ordenamento jurídico. Assim, o juiz deve ter conhecimento do que está nos autos do processo, e desta forma produzir uma decisão pautada no seu livre convencimento motivado.

Ademais, conclui-se que a ampliação dos poderes instrutórios conferidos ao juiz pelo art. 156 do Código de Processo Penal configura violação ao princípio da imparcialidade, e por consequência ao sistema acusatório, tendo em vista que cabe a parte que acusa produzir as provas necessárias, devendo o magistrado se manter inerte.

Por fim, foi feita exposição da figura do juiz das garantias, criada pelo anteprojeto de reforma do CPP, sendo possível concluir que este caminha para ratificar o sistema acusatório consagrado pela CRFB de 1988, já que define nitidamente as funções de acusar, julgar e defender, cabendo ao juiz o papel de garantidor dos direitos e garantias fundamentais do réu.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1570 DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+1570%29&base=baseAcordos&url=http://tinyurl.com/nfka9dg>>. Acesso em: 10 abr. 2015.



CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.); COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Novo Processo Penal á Luz da Constituição - Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009*, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamento da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2012.



SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E O VALOR INDENIZATÓRIO MÍNIMO A TÍTULO DE REPARAÇÃO DE DANO

Érica Lima Teixeira Neves

Graduada pela Universidade Candido Mendes.
Advogada.

Resumo: Com a alteração feita pela Lei n.º 11.719/08, no inciso IV do art.387 do Código de Processo Penal, permitiu-se que o juiz fixe um valor indenizatório mínimo na sentença penal condenatória, o que torna mais célere a execução da reparação do dano sofrido pela vítima, que obterá um título executivo para executar no cível. A essência do presente trabalho é abordar as principais controvérsias acerca dessa inovação, demonstrar a sua constitucionalidade e o procedimento a ser seguido.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Sentença Penal Condenatória. Reparação do dano. Constitucionalidade.

Sumário: Introdução. 1.Constitucionalidade do inciso IV do art.387 do Código de Processo Penal. 1.1 Da independência das esferas penal e cível.1.2 Aplicação da Lei n. 11.719/2008. 1.3 Controvérsias acerca da constitucionalidade da alteração trazida pela Lei n. 11.719/2008. 2.A possibilidade de fixação do valor indenizatório mínimo *exofficio* pelo juiz. 2.1 Procedimento. 2.2 Hipóteses de não incidência do art. 387, IV do CPP. 3.Análise da viabilidade de reparação por dano patrimonial e extrapatrimonial na sentença criminal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com a alteração feita pela Lei n.º 11.719/08, no inciso IV do art.387 do Código de Processo Penal, permitiu-se que o juiz fixe um valor indenizatório mínimo na sentença penal condenatória.

Antes da reforma, não era possível discutir-se no processo penal sobre os danos sofridos pela vítima, não era fixado na sentença penal condenatória qualquer valor a título de indenização.

A vítima tinha que esperar o trânsito em julgado dessa sentença penal para poder liquidá-la e executá-la no juízo cível, ou propor ação *civil ex delicto*, nos termos do art.64 do Código de Processo Penal.

A inovação trazida pela Lei n.º 11.719/08 tornou mais célere o procedimento da vítima ser reparada, pois esta poderá desde logo executar o valor mínimo fixado na sentença penal condenatória no juízo cível sem precisar liquidá-la.

Todavia, a aplicação desse dispositivo vem sofrendo críticas quanto à sua aplicabilidade e ao seu procedimento.

O presente trabalho possui o objetivo de demonstrar a aplicabilidade do inciso IV do art.387 do Código de Processo Penal no ordenamento jurídico brasileiro e o seu procedimento, rechaçando as críticas feitas a essa inovação, bem como analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

Inicialmente, será comprovada a constitucionalidade do inciso IV do art.387 do Código de Processo Penal, por estar em consonância com os princípios constitucionais da celeridade processual e da duração razoável do processo.

No segundo capítulo, será defendido que a fixação de valor indenizatório mínimo de ofício pelo magistrado não viola o princípio da congruência, pois no processo penal o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não do pedido.

Após, versará sobre o dever de o magistrado permitir que o Ministério Público produza provas voltadas a apurar o valor do prejuízo, dando a contraprova ao réu, a fim de fixar o valor indenizatório mínimo sem violar a ampla defesa e o contraditório.

Por fim, será analisada a possibilidade de fixação de dano patrimonial e extrapatrimonial na sentença penal condenatória.



1. A CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV DO ART.387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A Lei n. 11.719/08, ao inserir o inciso IV no art.387 do Código de Processo Penal, trouxe a possibilidade de fixação de valor indenizatório mínimo em sentença criminal, a título de reparação de dano causado à vítima pela infração penal.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
(...) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Porém, tal possibilidade é objeto de muitas críticas, inclusive acerca de sua constitucionalidade.

1.1 DA INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E CÍVEL

As esferas penal e cível são autônomas, ainda que uma única conduta configure ilícito em ambas as instâncias. É o sistema da separação de instâncias, o qual possui origem no direito americano, e que permite que o agente responda pelo mesmo fato em esferas distintas.

Esse sistema é previsto no art.935 do Código Civil, *in verbis*; “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Com a alteração feita pela Lei n. 11.719/08, no inciso IV do art.387 do Código de Processo Penal, que possibilita o juiz criminal fixar um valor indenizatório mínimo na sentença penal condenatória, começou-se a questionar se tinha havido uma reunião de instâncias.



Nesse sentido, leciona Paulo Rangel¹; “Introduz-se, no processo penal, o sistema da solidariedade, ou seja, as duas pretensões serão deduzidas no mesmo processo, mas em pedidos distintos.”

Isso porque antes da reforma não era possível discutir no processo penal sobre os danos sofridos pela vítima, e também não era fixado na sentença penal condenatória qualquer valor à título de indenização.

Todavia, a inovação legislativa não fez com que se adotasse o sistema da reunião de instâncias, pois nesse sistema um mesmo juízo decide a questão penal, e resolve, de forma exauriente, a reparação do dano. E não é isso que o inciso IV do art.387 do Código de Processo Penal prevê, mas sim a fixação de um valor indenizatório mínimo.

Assim, com a reforma ocorreu uma mitigação da separação de instâncias, passou-se a adotar o sistema da adesão parcial, o qual permite que o juiz criminal decida acerca da indenização devida à vítima por questões de economia processual.

1.2 APLICAÇÃO DA LEI N.11.719/2008

Existe controvérsia sobre a aplicabilidade da Lei n. 11.719/08 a fatos anteriores à sua vigência, se a lei retroage ou não.

Parte da doutrina entende que a Lei n. 11.719/08 é uma lei meramente processual, logo, não há problema em aplicá-la a fatos anteriores à sua vigência. Esse é o entendimento de Paulo Rangel²:

Pensamos que não há inovação quanto ao dever de indenizar, mas apenas seu ingresso no processo penal como um pedaço autônomo da sentença penal condenatória, isto é, o réu condenado, com sentença transitada em julgado, sempre pode ser acionado no cível, através da competente execução civil, ou durante o curso do processo penal, através da actiociivilisdelicto. Logo, não há prejuízo ao acusado a adoção do sistema da solidariedade, no processo penal, pois o que mudou foi

¹ RANGEL, Paulo; *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.588.

²Ibidem , p.591.



apenas o sistema processual da indenização quando se tratar do quantum mínimo, razão pela qual aplica-se aos fatos anteriores à vigência da Lei n. 11.719/08.

No entanto, não se trata de norma meramente processual, mas sim de norma híbrida, ou seja, de direito material e de direito processual. Logo, a Lei n. 11.719/08 não pode retroagir a fatos anteriores à sua vigência, pois se trata de lei penal mais gravosa.

Nesse sentido, afirma Aury Lopes Junior³; “somente é cabível tal condenação em relação a fatos ocorridos após a vigência da Lei n. 11.719/2008, sob pena de ilegal atribuição de efeito retroativo a uma lei penal grave (...).”

1.3 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI N. 11.719/08

A reforma do CPP de 2008 inseriu o inciso IV no art.387 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que o juiz fixará na sentença penal condenatória um valor mínimo a título de indenização pelos danos sofridos pela vítima. É discutida a constitucionalidade deste dispositivo.

Alexandre Câmara⁴ afirma que o processo penal não é o instrumento adequado para discutir verba indenizatória, pois condenar o agente a pagar quantia fixada em sentença penal condenatória sem que tenha ocorrido qualquer debate sobre o valor do prejuízo, fere o contraditório e a ampla defesa, portanto, é inconstitucional.

Outro fundamento para quem sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo é a ausência de pedido de condenação em verbas indenizatórias, o que afastaria a possibilidade do juiz condenar por tal valor, pois haveria violação ao princípio da congruência, tornando a sentença nula. E também haveria violação ao direito de ação.

³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.438.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal – reflexões sobre a Lei n. 11.719/08. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, n.56, 2009, p. 71-81.



Entretanto, o inciso IV do art.387 do Código de Processo Penal é constitucional, uma vez que com a reforma foi adotado o sistema da adesão, no qual a vítima pode obter a reparação do dano na esfera criminal.

A condenação em valor indenizatório mínimo é um efeito extrapenal da condenação. Trata-se de efeito genérico da condenação.

O art.91, I do Código Penal já fazia previsão de que um dos efeitos da condenação é a responsabilidade do condenado em reparar o dano sofrido pela vítima. Portanto, a reforma nada mais fez do que ampliar este efeito.

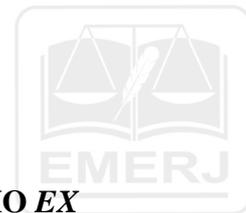
A fixação será de um valor mínimo que restará comprovado no processo, não havendo em que se falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Antes, o procedimento era muito mais demorado, a vítima tinha que esperar o trânsito em julgado dessa sentença penal para poder liquidá-la e executá-la no juízo cível, ou propor ação *civil ex delicto*, nos termos do art.64 do Código de Processo Penal.

O dispositivo tornou o processo penal mais célere e eficiente para a vítima, tendo em vista que essa poderá executar o valor mínimo fixado na sentença penal condenatória no juízo cível sem precisar liquidá-la.

Porém, isso não impede que a vítima discuta a extensão do dano no juízo cível, a fim de aumentar o valor da indenização. Apenas será abatido o valor mínimo fixado na sentença penal. E, ainda, continua podendo ajuizar ação *civil ex delicto*. Logo, não há qualquer violação ao direito de ação.

Assim, o inciso IV do art.387 do Código de Processo Penal, está em consonância com os princípios constitucionais da celeridade processual e da duração razoável do processo, previstos no art.5º, LXXVIII da Constituição Federal.



2. A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO MÍNIMO *EX OFFICIO* PELO JUIZ

Discute-se sobre a possibilidade de o magistrado fixar o valor indenizatório mínimo na sentença penal condenatória sem que haja pedido expresso na denúncia ou queixa.

No processo penal, assim como no processo civil, vigora o princípio da congruência/adstrição/correlação, segundo o qual o juiz fica vinculado ao pedido feito na peça inicial, sob pena da sentença ser considerada *citra*, *ultra* ou *extra petita*.

Com base no princípio da congruência, autores como Aury Lopes Júnior⁵, sustentam que o juiz não pode fixar *ex officio* o valor indenizatório mínimo, deve haver um pedido expresso na inicial acusatória, pois, caso contrário, o julgamento seria fora do que foi pedido. Logo, a sentença seria *extra petita*, por conseguinte, nula.

Paulo Rangel⁶ afirma que se houver, portanto, sentença condenatória pelo fato crime e condenação a um *quantum* mínimo como dever de indenizar, sem que haja pedido, a sentença estará eivada de *error in procedendo* (julgamento *extra petita*) autorizando sua declaração de nulidade, de pleno direito, e conseqüentemente cassação em grau de recurso; ou, em não havendo recurso da defesa, mas sim do MP, a concessão de *habeas corpus ex officio* para declarar a nulidade da sentença.

O Superior Tribunal de Justiça⁷ também possui o entendimento de que deve haver pedido expresso na peça acusatória de reparação de danos decorrentes do crime, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS CONSUMADOS E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL.

⁵ LOPES JUNIOR, op. cit., p.437-438

⁶ RANGEL, op. cit., p.590.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.193.083/ RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000842240&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 16 mar. 2015.



IRRETROATIVIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. 2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes. 3. Recurso desprovido.

Entretanto, cumpre mencionar que no processo penal o réu se defende dos fatos narrados na denúncia ou queixa e não do pedido. Tanto é assim, que o juiz com base no instituto da *emendatiolibeli*, pode atribuir definição jurídica diversa àquela dada imputada ao réu na peça acusatória, sem modificar a descrição dos fatos, podendo, inclusive, aplicar pena mais grave, nos termos do art.383 do Código de Processo Penal.

O magistrado deve fixar o valor indenizatório mínimo na sentença, ainda que não haja pedido expresso de ressarcimento de dano, quando os fatos narrados na denúncia ou queixa não deixar dúvidas acerca do prejuízo causado à vítima. Trata-se de efeito da condenação previsto no art.91, I do Código Penal.

Nesse sentido, o Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal⁸ elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça prevê que no caso de ressarcimento de dano, passou ser elemento obrigatório da sentença a fixação de valor mínimo para indenização, quando houver dano para a vítima, ainda que não haja pedido expresso na ação penal, vejamos:

- De acordo com a modificação introduzida no CPP, o ressarcimento de danos:
- a) passou a ser elemento obrigatório da sentença mediante a fixação de valor mínimo para a indenização, quando houver dano para a vítima;
 - b) no regime atual, omissa a sentença, é cabível opor embargos de declaração.
 - c) não distingue entre dano material ou moral;
 - d) não exige pedido expresso na ação penal;
 - e) aplica-se aos fatos ocorridos anteriormente à vigência da nova redação do CP;

⁸BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal, 2009, p.52. Disponível em :<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/manual-rotina-varas-criminais-cnj.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2015.



- f) não pode ser determinado quando a absolvição criminal se fundar no art. 386, incisos I, IV e VI, do CP;
- g) não pode ser determinado, quando a sentença for absolutória.

Dessa forma, a fixação de valor indenizatório mínimo pelo juiz na sentença penal condenatória, sem que haja pedido expresso na denúncia ou queixa, não viola o princípio da congruência entre a acusação e a sentença.

2.1 PROCEDIMENTO

A inovação trazida pela Lei n. 11.719/2008 tornou mais célere o procedimento da vítima ser reparada, pois poderá executar o valor fixado na sentença penal condenatória no juízo cível sem precisar liquidá-la.

Porém, para tanto, é necessário que se permita o contraditório e a ampla defesa para fixar tal valor, a fim de que não ocorra o cerceamento de defesa, por conseguinte, a nulidade da sentença.

O juiz deve permitir que o Ministério Público produza provas voltadas a apurar o valor do prejuízo sofrido pela vítima, dando contraprova ao réu, para que, posteriormente, na sentença condenatória, possa fixar o valor indenizatório mínimo.

Esse é o entendimento de Pacielli⁹ sobre o tema:

Muitas vezes, se o juiz fixar a parcela mínima sem quaisquer debates anteriores acerca da existência do dano e de sua extensão, impor-se-á a nulidade absoluta da sentença, nesse particular. Por isso, o valor que entendemos possível à sua fixação desde logo na sentença penal condenatória será: (a) aquele que tiver sido objeto de discussão ao longo do processo, prescindindo, porém, de pedido expresso na inicial; (b) aquele relativo aos prejuízos materiais efetivamente comprovados, ou seja, em que haja certeza e liquidez quanto à sua natureza.

⁹OLIVEIRA, Eugênio Pacielli de. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p.665.



2.2 HIPÓTESES DE NÃO INCIDÊNCIA DO ART.387, IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Muito embora o art.387, IV do Código de Processo Penal determine que o juiz fixará o valor indenizatório mínimo na sentença penal condenatória, nem sempre isso será possível.

A primeira hipótese que não será possível a condenação do réu ao valor mínimo à título de reparação do dano é a do art.386, I do Código de Processo Penal, pois quando restar provada a inexistência do fato, esta sentença fará coisa julgada no juízo cível, é dizer, não poderá ser rediscutida essa matéria novamente.

A segunda hipótese é a do art.386, IV do Código de Processo Penal, isso porque uma vez provado que o réu não concorreu para a infração penal, não há dano causado por ele à vítima, logo, não terá que indenizá-la. Esta sentença também faz coisa julgada no juízo cível.

Também não haverá a fixação do valor indenizatório mínimo quando existirem circunstâncias que excluam ou isentem o réu de pena, é a hipótese do art.386, VI do Código de Processo Penal.

Da mesma forma, entende-se que não deve haver fixação do valor mínimo reparatório quando a vítima já foi ressarcida no juízo cível, pois, neste caso, o dano já foi discutido e reparado.

O juízo cível discute de forma ampla e dilatária o valor do prejuízo causado à vítima. Já no juízo criminal, a fixação é de um valor indenizatório mínimo, sem dilação probatória. Assim, quando a vítima já foi ressarcida pelo juízo cível, não há qualquer dano restante a ser reparado pelo juízo criminal.

Quando no processo penal inexistir prova quanto aos danos causados à vítima, também não será possível o juiz aplicar a regra do art. 387, IV do Código de Processo Penal. O magistrado não pode fixar algo que não haja o mínimo de prova nos autos. Se inexistir prova, é porque não ocorreu dano algum à vítima, portanto, não cabe indenização.



E, ainda, não será fixado o valor mínimo quando os fatos forem complexos e a demanda exigir dilação probatória, tendo em vista que o juízo criminal não terá como determinar o prejuízo mínimo nestes casos. Foi o que ocorreu na Ação Penal n. 470/ MG¹⁰, conhecida popularmente como “Mensalão”.

Na referida ação, mesmo com o grande prejuízo econômico causado ao erário público, não foi possível fixar o valor indenizatório mínimo, em razão da complexidade da demanda, pois não havia como identificar o prejuízo causado por cada réu, o que necessitaria de dilação probatória, a qual somente é possível no juízo cível, vejamos:

[...]Mencionou-se o que decidido na AP 396/RO (DJe de 28.4.2011), no sentido de ser desnecessário que o pedido de estipulação de valor mínimo de reparação constasse expressamente da denúncia, por se tratar de efeito extrapenal da condenação. Considerou-se, todavia, que a complexidade dos fatos e a imbricação de condutas tornaria inviável assentar montante mínimo. Asseverou-se não haver como identificar com precisão qual a quantia devida por cada réu, o que só seria possível por meio de ação civil, com dilação probatória para esclarecimento deste ponto. O Revisor ponderou que incumbiria ao parquet, além de requerer a fixação de valor mínimo, indicá-lo e apresentar provas, para que fosse estabelecido contraditório. Salientou ser defeso ao magistrado determinar a quantia sem conferir às partes a oportunidade de se manifestar. O Min. Teori Zavascki não participou da votação. AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 17.12.2012. (AP-470).

Outra hipótese é no caso de estar extinta a punibilidade do condenado pela prescrição da pretensão punitiva. O magistrado não poderá fixar valor indenizatório na sentença criminal se a condenação estiver extinta pela prescrição, ressalvada a possibilidade de ação cível.

Diante do exposto, verifica-se que a fixação do valor indenizatório mínimo na sentença penal condenatória é a regra, sob pena da sentença ser considerada omissa. Entretanto, há situações excepcionais, como as citadas, que não deve ser aplicado o disposto no art.387, IV do Código de Processo Penal.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+470%2EENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+470%2EACMS%2E%29&pagina=6&base=baseAcord aos&url=http://tinyurl.com/a7uoaj7>>. Acesso em: 15 mar. 2015.



3. ANÁLISE DA VIABILIDADE DE REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL E POR DANO MORAL NA SENTENÇA CRIMINAL

O art.387, inciso IV do Código de Processo Penal dispõe que o juiz, na sentença penal condenatória, fixará valor indenizatório mínimo, a fim de reparar o ofendido pelos prejuízos decorrentes da infração penal.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
(...) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Nota-se que o referido artigo não faz referência a que tipo de dano deve ser fixado se, material ou moral. Por essa razão, discute-se a possibilidade do magistrado condenar o agente ao pagamento de qualquer tipo de dano, ou somente pelo dano material causado à vítima.

3.1 DO DANO MATERIAL

Quanto à reparação pelo dano patrimonial, não há dúvidas acerca da possibilidade de sua fixação, desde que haja prova nos autos dos danos causados à vítima.

A lei é clara ao dispor que o agente deve reparar os prejuízos sofridos pelo ofendido, logo, pressupõe-se que tais prejuízos são relativos aos danos materiais causados à vítima, seria o prejuízo econômico decorrente da ação, e não um “prejuízo” moral.

O magistrado deve permitir a produção de provas voltadas a apurar o valor do dano decorrente do delito, sob a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

E, ainda que não seja possível comprovar todo o dano na instrução criminal, o juiz deve fixar o valor mínimo a título de reparação, como se extrai do preceito normativo.



Assim, o valor mínimo patrimonial que deve ser reparado ao ofendido é aquele que restou comprovado nos autos.

3.2 DO DANO MORAL

A controvérsia cinge-se sobre a possibilidade de fixação de dano moral na sentença criminal, em razão da profundidade e extensão desse dano.

Paulo Rangel¹¹ afirma que o juiz criminal pode fixar dano moral na sentença condenatória, ainda que o processo criminal não seja a esfera adequada para analisar esse tipo de dano. Entende que a Lei n. 11.718/09 estabeleceu a possibilidade de reparar o ofendido, portanto, as sentenças penais devem se adequar à nova sistemática.

O Manual Prático de Rotinas de Varas Criminais e Execução Penal¹² prevê que a sentença criminal pode condenar o agente tanto por dano material como por dano moral, uma vez que o art.387, IV do Código de Processo Penal não distingue que tipo de reparação deve ser feita à vítima.

De fato, a norma não faz qualquer distinção entre dano patrimonial e extrapatrimonial tampouco veda a condenação deste último. Todavia, deve-se fazer uma interpretação restritiva do artigo, de forma a prestigiar a vontade do legislador.

O preceito fala em fixação de valor indenizatório mínimo a título de reparação pelos prejuízos causados à vítima decorrentes da infração.

Inferre-se, pois, que o prejuízo é relativo ao dano material, visto que a norma trata de valor mínimo, e não é possível fixar um prejuízo mínimo referente a dano moral, em virtude da extensão desse dano.

¹¹RANGEL, op. cit., p.590

¹²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal, 2009, p.52. Disponível em :<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/manual-rotina-varas-criminais-cnj.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2015.



Nesse sentido, leciona Pacielli¹³:

A nosso aviso, a lei deve ser entendida nestes estritos termos, impedindo o alargamento da instrução criminal para a discussão acerca dos possíveis desdobramentos da responsabilidade civil. Não se há de pretender discutir, por exemplo, o dever de reparação de dano moral ou mesmo dos danos materiais. Não se trata de cumulação de instâncias (cível e penal), mas simplesmente da especificação de valor mínimo, devido e cabalmente demonstrado no desenvolvimento da ação penal, sobretudo quando resultante da própria instrução. [...] O valor que entendemos cabível desde logo na sentença penal condenatória será : (a) aquele que tiver sido objeto de discussão ao longo do processo, prescindindo, porém, de pedido expresso na inicial; (b) aquele relativo aos *prejuízos materiais efetivamente comprovados*, ou seja, em que haja certeza e liquidez quanto à sua natureza.

Segundo Sérgio Cavalieri¹⁴, o conceito de dano moral; “é a agressão à dignidade humana, isto é, a dor, o vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar”.

Logo, não há dúvidas de que a vítima de uma infração penal sofre dano moral, o problema é a sua fixação na esfera criminal.

O dano moral é algo imaterial, o qual está ínsito na própria ofensa decorrente do fato, algo extremamente subjetivo e profundo, portanto, muito difícil de ser quantificado, ainda mais na esfera penal.

Seria necessária uma dilação da instrução criminal para fixar a condenação a título de dano moral, em virtude da extensão desse tipo de dano que é algo de difícil comprovação, o que iria de encontro com a norma do art.387, IV do Código de Processo Penal que determina de valor indenizatório mínimo. E também causaria uma dilação da instrução criminal própria de uma ação de responsabilidade civil.

Assim, a reparação por dano extrapatrimonial é algo para ser discutido na esfera cível, sendo inviável o seu debate na seara criminal.

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacielli de. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p.665

¹⁴CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6.ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p.105.



Dessa forma, verifica-se que a norma do inciso IV do art.387 do Código de Processo Penal refere-se ao dano patrimonial causado à vítima, devendo esta ser reparada pelo prejuízo econômico que sofreu com a infração, observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

CONCLUSÃO

A inovação trazida pela Lei n. 11.718/09, que inseriu o inciso IV no art.387 do Código de Processo Penal, estabelece que o juiz fixará na sentença penal condenatória um valor mínimo a título de indenização pelos danos sofridos pela vítima.

Antes da reforma, a vítima tinha que esperar o trânsito em julgado da sentença penal para poder liquidá-la e executá-la no juízo cível, ou propor ação *civil exdelicto*, nos termos do art.64 do Código de Processo Penal.

E, com a alteração, poderá, desde logo, executar o valor fixado na sentença penal, sem precisar liquidá-la, visto que terá um título executivo. Porém, isso não impede que a vítima discuta a extensão do dano no juízo cível, a fim de aumentar o valor da indenização tampouco a impede de ajuizar ação civil *ex delicto*.

Logo, esse novo procedimento encontra-se em consonância com um direito processual penal moderno, que prestigia os princípios constitucionais da celeridade processual e da duração razoável do processo, previstos no art.5º, LXXVIII da Constituição Federal.

O art.91, I do Código Penal já fazia previsão de que um dos efeitos da condenação é a responsabilidade do condenado em reparar o dano sofrido pela vítima. A reforma apenas ampliou esse efeito.

A fixação será de um valor mínimo que restará comprovado no processo. Para tanto, o magistrado deve permitir que o Ministério Público produza provas voltadas a apurar o valor



do prejuízo, dando a contraprova ao réu, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O magistrado somente poderá fixar valor a título de reparação de danos materiais, uma vez que a norma trata de valor mínimo, não sendo possível a fixação mínima de um dano moral, em razão da extensão de seu dano.

Verifica-se que a fixação do valor indenizatório mínimo na sentença penal condenatória é a regra, sob pena da sentença ser considerada omissa. Inclusive, a fixação desse valor de ofício pelo juiz não viola o princípio da congruência, tendo em vista que no processo penal o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não do pedido.

Dessa forma, resta demonstrada a constitucionalidade do inciso IV do art.387 do Código de Processo Penal, o qual deve ser aplicado, a fim de prestigiar a vítima no processo penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal, 2009. Disponível em :<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/manual-rotina-varas-criminais-cnj.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.193.083/ RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000842240&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 16 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+470%2ENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+470%2EACMS%2E%29&pagina=6&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a7uoaj7>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal – reflexões sobre a Lei n. 11.719/08. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, n.56, 2009.



CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6.ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacielli de. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

RANGEL, Paulo; *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL: OS CUSTOS DOS DIREITOS

Erivam Paulo da Silva

Graduado em Administração de Empresas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Servidor público.

Resumo: As mudanças pelas quais o Estado passou e vem passando, principalmente quanto aos reflexos em seu papel orientador e condutor de políticas públicas, têm causado uma diminuição na eficiência desse processo, fazendo com que termos como reserva do possível, mínimo existencial e judicialização da política, dentre outros, se tornem alvo de discussões e críticas. Esse artigo busca fazer uma abordagem, de modo a se questionar, tomando-se por base essas expressões, a necessidade de também se incluir nesses debates outros elementos que permitam ampliá-lo no âmbito do judiciário, que vem atuando no sentido de suprir a inação dos poderes legislativo e executivo no que se refere a um melhor atendimento dos direitos básicos dos indivíduos. Elementos como custos públicos, orçamento público e ciclo das políticas públicas devem fazer parte desse cenário, principalmente quando se buscam novos arranjos democráticos institucionais.

Palavras-chave: Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Políticas Públicas. Orçamento Público. Judicialização. Ativismo Judicial. Custos.

Sumário: Introdução. 1. Revisitando conceitos e definindo problemas. 2. Custos financeiros como elemento interno ao direito. 3. Necessidade de interações. Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para ser analisado neste artigo tem por ponto de partida dois termos que vêm sendo motivo de discussões acirradas, seja no âmbito judicial, pelo fato de estarem relacionados aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, seja perante as Ciências Sociais, Economia, Administração Pública ou Ciências Políticas, sendo que nessas áreas pouco se tem discutido sobre os custos necessários para a realização dos direitos, especialmente aqueles tidos por fundamentais, cuja efetivação pelo Executivo / Administração Pública tem ficado bem aquém de uma prestação digna, tendo por consequência, direta e perceptível, um maior protagonismo do Judiciário.

Da participação conjunta de diversos atores, às vezes com interesses antagônicos, os termos mínimo existencial e reserva do possível vêm sendo utilizados, na maioria dos casos,



como solução para os problemas nessa área, fazendo com que surjam críticas a esse modelo que se apresenta, em especial quanto à necessidade de uma maior clareza sobre o impacto dessas decisões judiciais na formulação de políticas públicas, no ciclo orçamentário e também quantos aos novos limites que estão sendo desenhados para as funções e separação dos poderes.

Diante de uma demanda crescente por serviços prestacionais, o Estado, representado nesse caso, em grande parte, pelo Executivo, busca um limitador de natureza objetiva, que é o orçamento público. Essa sustentação é feita sobre o termo reserva do possível, pois, sendo limitada a capacidade arrecadatória do Estado, a alocação de recursos para as políticas públicas garantidoras desses direitos não poderia ser feita de modo pleno e efetivo, o que, de certo modo, se alinha com uma expressão dita e repetida por parte de setores da economia, que apregoam que o Estado Brasileiro não cabe no seu PIB (Produto Interno Bruto).

A solução não se aparenta próxima ou de fácil solução, o que demanda dos atores que integram e atuam nesse ambiente a necessidade de se ampliar o foco dos debates, de modo a se incluir e considerar outros fatores, especialmente os de caráter econômico, para que assim haja uma “despolarização” em relação aos termos reserva do possível e mínimo existencial e o assunto adquira maiores e melhores contornos, facilitando o seu entendimento.

1. REVISITANDO CONCEITOS E DEFININDO PROBLEMAS

Segundo Barroso¹, com o ingresso da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra, e a sua elevação pela Constituição Federal de 1988, que a colocou como centro axiológico de todo o sistema constitucional, torna-se intuitivo concluir que quaisquer debates que passem pela concretização dos direitos previstos constitucionalmente terão, por plano de fundo, a busca pela efetivação daquele princípio máximo, sendo que, conforme esse autor, a falta de um consenso acerca de seu

¹BARROSO, Luis Roberto. http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf. Acesso em: 23 jan. 2015.



conteúdo tem permitido a sua utilização como tanto como fundamento moral como também fundamento normativo para se justificar e realizar os direitos fundamentais.

Nessa linha, uma questão que se coloca diz respeito à possibilidade de se submeter o princípio da dignidade da pessoa humana à ponderação e à proporcionalidade, em que a sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos. Ou seja, deveria a busca pela efetivação desse princípio não admitir limites?

Diante dessa vagueza e da pluralidade de conceitos assumidos pela dignidade da pessoa humana, o que gera debates pouco produtivos e desprovidos de uma visão sistêmica, a afirmação de Nabais² se mostra bastante pertinente nesse contexto, afirma o autor:

Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos direitos, que o mesmo é dizer da responsabilidade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica.

Tal afirmação decorre do entendimento tido pelo autor no sentido de que existe um lado oculto em se tratando da realização dos direitos, uma face que é renegada pelo mundo jurídico, mas que é o outro lado da moeda. O autor cita os custos públicos e os deveres constitucionais como exemplos, afirmando que são elementos necessários para esse fórum de debates, em que se discute basicamente: o papel do Estado; as suas responsabilidades; os papéis dos atores e as consequências das tomadas de decisões, sejam elas para a criação ou extinção de uma determinada política pública ou aquelas advindas da provocação do judiciário, enquanto poder constituído.

Sendo o Estado um instrumento e não um fim em si mesmo, e que serve ao homem para o alcance de seus objetivos, as possíveis perguntas a se responder seriam: Quais seriam estes objetivos? Seriam eles universais? Qual a melhor forma de representá-los? Qual seria o fim buscado pelo Estado? Quais os novos papéis dos atores institucionais nesse processo?

² NABAIS, José Casalta. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>. Acesso em 23 jan. 2015.



Dallari³ busca na igreja católica um ponto de apoio para definir esse objetivo, colocando que: “o fim do Estado é o bem comum”. Este entendimento, de certa forma, se coaduna com o que foi colocado acima, pois a Constituição Federal erigiu, dentre seus pilares, o princípio da dignidade da pessoa humana.

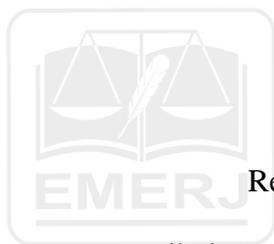
Esse autor faz uma associação bastante pertinente e que bem representa a realidade brasileira. Ele coloca que para a consecução de seus fins, o chamado Estado-de-Direito Moderno reparte esta busca por três atividades diversas, que são as funções legislativa, executiva e jurisdicional, afirmando: “[...] é facilmente verificável que há, de fato, uma estreita relação entre os fins do Estado e as funções que ele desempenha”.

Representando o princípio da separação de poderes de Montesquieu, essas funções, harmônicas na sua concepção, não têm na prática do exercício de suas atividades uma divisão tão rígida que proporcione uma clara distinção e que permita sua perfeita individualização, situação esta que se reflete claramente nas ações estatais, as quais possuem áreas que se interpenetram e se influenciam, não sendo sempre possível analisá-las de forma isolada quando se trata da sua influência na vida social.

Ao analisar as realidades estatais ao longo dos tempos, Saravia⁴ afirma que a concepção jurídica ganha destaque e força no sistema brasileiro a partir do momento em que este passa a considerá-la como essencial para seu funcionamento. Essa visão legalista introduz a preferência pelo estudo das estruturas e das normas, privilegiando uma visão mais estática do Estado e da Administração Pública, a qual passa a ter no Direito um elemento fundamental para a definição e delimitação de suas práticas, servindo inclusive como legitimador para algumas de suas ações.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 95.

⁴ SARAIVIA, Enrique J. ; FERRAREZI, Elisabete. *Políticas Públicas*. Coletâneas. Volumes 1 e 2. Brasília: ENAP, 2006, p. 21.



Resende⁵, em uma análise sob o vies estritamente econômico, afirma que estas novas atribuições se traduzem principalmente pela busca de ações que corrijam as assimetrias existentes, procurando promover ajustes na alocação de recursos e de renda, influenciando principalmente a esfera social, fazendo surgir o termo *welfare state*.

Saravia⁶ e Bresser-Pereira⁷ afirmam que a crise desse modelo intervencionista, a partir da década de setenta, traz consigo novos desafios entre Estado e sociedade. Segundo esses autores, as condicionantes para a exaustão deste modelo de atuação estatal está tanto na incapacidade do Estado de responder em tempo hábil às novas demandas, como também em relação à sua capacidade financeira, a qual se mostra incapaz de suportar a forma adotada. Nesse novo cenário surgem algumas macro questões que devem ser consideradas, como a reforma do Estado; direitos e desigualdades sociais e o federalismo e a escassez de recursos.

Como soluções, surgem propostas para a redução do tamanho do Estado e também pela busca por novos instrumentos de ação, os quais passam a ser prioridades, estando, porém, agora atrelados a outros princípios, como agilidade, flexibilidade, eficiência e redução de custos.

Exatamente nesse ponto é que várias questões se colocam, veja-se: diante de um cenário limitado de recursos, existe espaço para uma aplicação irrestrita pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana? Essa efetivação ocorreria necessariamente com o atendimento do mínimo existencial? Por sua vez, pode o Estado se escusar da prestação desse mínimo sob a alegação da reserva do possível? Qual a relevância dos custos públicos no ciclo de políticas públicas e de que forma as decisões judiciais impactam essa formulação e impõem a necessidade de novos arranjos institucionais?

⁵ RESENDE, Fernando Antonio. *Finanças Públicas*. 2 ed. São Paulo; Atlas, 2006, p. 18.

⁶ *ibidem*. p. 24.

⁷ BRESSER-PEREIRA, Luis. Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. Trinta e quatro, 1998, p. 48.



1.2 – POLÍTICAS PÚBLICAS

Entender o significado e o alcance da expressão “política pública” é fundamental como um primeiro passo para a compreensão da sua importância diante do atual cenário, principalmente no que tange aos aspectos sociais, econômicos, políticos e para a produção de novos conhecimentos. É de fundamental importância que, nesse contexto, o conceito envolva uma abordagem multicêntrica. Conforme ressalta Souza⁸, este termo é polissêmico, não existindo uma única definição do que seja uma política pública.

Saravia⁹ coloca que a ação baseada no planejamento se desloca para a ideia de políticas públicas, a qual passa a considerar e incorporar aspectos importantes, como o desejo crescente da sociedade em participar, implementar e controlar as decisões estatais, se enriquecendo também com conceitos advindos do campo da tecnologia, economia e administração. Esse autor assim entende:

[...] poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, através da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.

Para Monteiro¹⁰, qualquer definição de política pública não é um consenso, tais são as possibilidades de percepção que este termo proporciona, ficando a critério daquele que executa o estudo a escolha daquela que melhor represente o objetivo pretendido. Assim, outro conceito é colocado pelo autor: “[...] é um conjunto de ações interligadas e desempenhadas por diferentes *policy-makers*, em diversos estágios do processo decisório”.

Esse entendimento dá relevância ao processo decisório e inclui os “fazedores de política”, permitindo que sua análise se faça tanto pelos interesses dos envolvidos quanto pela operacionalidade da política em si. Nesse raciocínio, outra questão que se coloca diz respeito ao deslocamento desse processo decisório para o Judiciário, em se destaca, como crítica, a

⁸ SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Revista Sociologias. Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-44, jul./dez. 2006.

⁹ ibidem. p. 26

¹⁰ MONTEIRO, Jorge Vianna. *Fundamentos da política pública*. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1982, p. 42.



falta de legitimidade, sob o aspecto contramajoritário, que incide sobre esse Poder da República, principalmente no tocante aos aspectos “interesses dos envolvidos” e *policy-makers*.

Outra abordagem sobre o assunto é feita por Secchi¹¹, em especial quanto à divisão, mesmo que apenas á nível teórico, das fases que compõem o processo de políticas públicas. Apesar de concordar que não existe necessariamente uma definição para o termo, esse autor afirma: que se deve distinguir entre o que o governo planeja e o que, na realidade, faz; que envolve vários atores sociais e diferentes níveis de decisão, apesar de ser elaborada pelo governo; que é abrangente e não se limita a leis e regras; que compreende uma ação intencional com objetivos delineados e pode gerar impactos de curto e longo prazo e que envolve processos.

Ainda para Secchi¹², uma análise mais detida sobre esse termo deve envolver as sete fases do ciclo das políticas públicas, que são: identificação do problema; formação de agenda; formulação de alternativas; tomada de decisão; implementação; avaliação e extinção. Outra importante classificação feita por esse autor é no sentido de contemplar cinco dimensões relacionadas ao tema, quais sejam: conteúdo, tempo, espaço, atores e comportamentos.

Com base nos autores acima citados, pode-se afirmar que a alocação de recursos, para determinada política pública, é feita dentro de um processo decisório que tem por protagonista o Executivo/Administração Pública, que, materializada no Orçamento Público, passa a atuar como um limite, principalmente quanto ao aspecto econômico-financeiro. Conclui-se também, que sendo formada por fases e sendo resultado de um processo decisório ocorrido basicamente no Executivo, que decisões posteriores que mudam essa alocação de recursos serão feitas no momento da implementação da política, o que, de certo modo, compromete o que havia sido delineado anteriormente para a sua execução.

¹¹ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 41.

¹² *ibidem*. p. 26-44



1.3 – O MÍNIMO EXISTENCIAL

A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. Essa expressão "direitos fundamentais" tem a sua origem na França, sendo uma decorrência direta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e que, posteriormente, alcançou diversos países que a adotaram e a inseriram em suas Constituições. Desse movimento, classificações dos direitos como de primeira, segunda ou terceira geração foram sendo adotadas, porém, para efeito desse artigo, o entendimento será o de que todo o direito, previsto em sede constitucional, que possa ser objeto de tutela pelo judiciário, quando de sua não prestação, total ou parcial, pelo Executivo, entender-se-á como possível de a ele se estender o instituto do mínimo existencial e da reserva do possível.

Torres¹³ afirma que a ideia do mínimo existencial se confunde com a questão da pobreza, possuindo também uma estreita vinculação e importância com a fiscalidade moderna. Nos dias atuais, sob a ótica do Estado democrático de direito, essa questão está sendo vista e analisada sob a teoria dos direitos humanos e do constitucionalismo, não possuindo inclusive uma dicção constitucional própria, impondo-se assim que seu entendimento tenha por base os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e alguns incisos dos artigos 5º e 153 da Constituição Federal.

Passa-se, então, a entender que há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção por parte do Estado, exigindo ainda, por parte deste, prestações estatais positivas em grande parte e necessárias para a sua concreção.

Assim, pode-se inferir que o apelo ao mínimo existencial se dá diante de uma ação ou omissão estatal, desde que possível a alegação de que determinado direito, quando não atendido, violado ou prestado de forma insatisfatória pelo Estado, e que possa ser entendido

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3.



como o mínimo necessário a vida digna, pode ser objeto de análise e concessão pelo Judiciário.

Há setores sociais em que essas demandas são maiores, como é o caso da saúde, porém, outros, como a educação e a segurança também podem apresentar demandas que se constituam em objeto de tutela por parte do Judiciário, o que nos leva às consequências decorrentes, que é o enfrentamento, em sede judicial, das questões econômicas que envolvem as políticas públicas e as discussões acerca da legitimidade do Judiciário em assumir esse papel, fazendo surgir o termo ativismo judicial.

1.4 – A RESERVA DO POSSÍVEL

Exercendo um papel de “resistência”, a reserva do possível, também chamado de princípio da reserva de consistência, se traduz pelo entendimento de que existe uma limitação para o Estado na prestação e satisfação de determinados serviços e benefícios aos indivíduos, guardando uma estreita relação com as condições socioeconômicas e de infraestrutura existentes no aparato estatal. Ressalte-se, que essa impossibilidade não se dá apenas no aspecto financeiro, mas também pode ser dar por outros fatores limitadores, como estrutural, pessoal, logístico e temporal.

De origem germânica, a sua importação e uso na realidade brasileira deve ocorrer com cautela, principalmente pelo caráter de discricionariedade com que passa a ser entendido, pois permite que, determinado ente da federação faça uma avaliação, com base única e exclusiva na sua previsão orçamentária ou na existência de recursos públicos, sobre o cumprimento ou não de um direito constitucionalmente previsto e que se insira no conceito e entendimento do que seja o mínimo existencial, especialmente quando o argumento para esse cumprimento se escore na dignidade da pessoa humana.



Barroso¹⁴ entende e defende que nesse confronto, cujo mediador passa a ser o Judiciário, a atuação deste Poder, assumindo o papel de garantidor da efetivação dos direitos fundamentais, pode comprometer o equilíbrio nas prestações estatais, pois além de não considerar aquilo que foi efetivamente previsto e alocado no orçamento, os seus efeitos assumem um caráter sistêmico, principalmente diante da possibilidade de penhora *on line* de recursos públicos para se garantir a decisão judicial tomada.

Ainda, conforme esse autor, o Judiciário somente tem admitido o princípio da reserva do possível diante de uma prova inequívoca, por parte do Estado, da inexistência de verbas para a prestação ou benefício pleiteado, desconsiderando inclusive, como já dito, os limites orçamentários estabelecidos e as decisões tomadas pelo Executivo / Administração Pública quando da alocação de recursos financeiros para as diversas políticas públicas. Acrescente-se a isso, que na busca pela efetivação de um direito existe a possibilidade, ainda mais gravosa, de que haja o remanejamento de recursos, ocorrendo assim apenas uma troca de quem deva ou não ser atendido, são as chamadas “escolhas trágicas”.

1.5 – ORÇAMENTO PÚBLICO

De acordo com a conceituação de Baleeiro¹⁵, *apud* Mota, o orçamento é considerado:

O ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.

Torres¹⁶ afirma que no Brasil, pela forma como é construído, o orçamento público é considerado uma lei formal, ou seja, a lei orçamentária não cria direitos subjetivos e não modifica o conteúdo das leis tributárias e financeiras. Além disso, é uma lei que possui efeitos meramente concretos, apenas prevendo as receitas e autorizando os gastos.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. “*Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*”, 2010. Tese Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 09 out.2014.

¹⁵ BALEEIRO *apud* MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade Aplicada ao Setor Público*. Rio de Janeiro: Estefânia Gonçalves, 2009. p. 17.

¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 64.



O orçamento possui forma de lei, mas seu conteúdo representa a forma como o poder público irá dispende seus recursos em um exercício financeiro e a previsão de quais serão as receitas que ele irá arrecadar para esse fim. É de se ressaltar, que há despesas orçamentárias cuja execução é de caráter obrigatório em decorrência das constituições federais e estaduais e leis orgânicas municipais, além de outras leis. Exceto quanto a essas despesas, a população beneficiada pelas ações governamentais não possui o direito de exigir que a despesa prevista no orçamento seja realizada, o que, diante desse fato, surge a questão sobre a mudança nas características desse orçamento, que passaria de meramente autorizativo para ser impositivo.

Com o surgimento da Lei Complementar nº 101/2000 (BRASIL, 2000), mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF – e que instituiu um controle mais rígido sobre as metas fiscais, os entes políticos foram obrigados a realizar suas ações governamentais de maneira a não degradar a sua situação financeira. Isso implica que decisões posteriores que alterem essas alocações, principalmente com o aumento de despesas, têm a suas consequências. Uma das alternativas que se coloca é a realocação de recursos, o que compromete outras políticas públicas em andamento.

1.6 – JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A origem desse termo nos remete à jurisprudência norte-americana, que foi a primeira a estabelecer essa mudança de protagonismo, decorrente principalmente das decisões de sua Suprema Corte, ou seja, ele surge como uma decorrência do processo de dar eficácia ao texto constitucional, sendo um fenômeno observável naqueles países que possuem uma Corte Constitucional. Nos dias atuais, o papel que o Judiciário tem assumido faz suscitar o debate acerca de sua legitimidade, principalmente sob o foco de sua representatividade no sentido de manifestação da vontade popular.



Barroso¹⁷, ao abordar as expressões acima, tratadas em muitos casos como sinônimas, faz a seguinte distinção:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A temática da judicialização permite uma gama muito extensa de perspectivas de análises, que vão desde as relações entre as instituições, incluindo o estudo de instituições específicas do sistema de justiça, como Ministério Público, Defensoria Pública, Supremo Tribunal Federal, dentre outras, passando também pelos estudos de instrumentos jurídicos específicos ou pela análise de uma política pública específica, como a judicialização da saúde ou da educação.

O que se pode observar em comum nesses estudos é a ideia de que o Poder Judiciário vem assumindo um papel relevante na definição de parâmetros político-sociais para o futuro. A isso se credita o termo judicialização, o qual, segundo Barroso¹⁸, pode ser conceituado da seguinte forma:

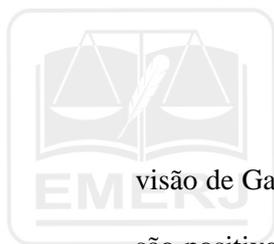
Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

2. CUSTOS FINANCEIROS COMO ELEMENTO INTERNO AO DIREITO

Os termos Reserva do Possível e Mínimo Existencial polarizam, de forma quase unânime, o debate sobre os direitos fundamentais e o caráter prestacional do Estado para a sua efetivação. Na

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 09 out. 2014.

¹⁸ *ibidem*.



visão de Galdino¹⁹, a partir do momento em que se considere que todos os direitos públicos subjetivos são positivos, isto é, demandam uma prestação do Estado para a sua efetivação, o que implica custos públicos, há que se proceder a uma releitura das noções que envolvem os direitos fundamentais.

Resende²⁰, de uma forma geral, define custos como sendo as medidas monetárias dos sacrifícios financeiros com os quais uma organização, uma pessoa ou um governo, têm de arcar a fim de atingir seus objetivos, sendo considerados esses ditos objetivos, a utilização de um produto ou serviço qualquer, utilizados na obtenção de outros bens ou serviços.

Essa definição pode ser representada e sintetizada pela fórmula econômica básica de formação dos preços, expressada por: $P = C + MC$, em que: P= Preço de um produto ou serviço; C= Custos de produção (diretos e indiretos) e MC= Margem de Contribuição (margem de lucro e tributos).

Como se pode observar, há uma relação direta entre esses elementos, sendo intuitivo que para que se diminua o preço de um bem ou serviço, há que, necessariamente, se alterar um dos outros dois fatores, seja pela redução dos custos, o que se consegue com o aumento da eficiência dos processos produtivos – aumento de produtividade –, seja também pela redução da margem de lucro e/ou carga tributária.

Transpondo esse raciocínio para o setor público, as seguintes correlações podem ser estabelecidas: $CP = PP + LS$, em que: CP= Custos Públicos; PP= Política Pública; CS= Lucro Social (ou Resultado Esperado).

Monteiro²¹ entende que, dada a função do Estado, ele não se orienta pela lógica de mercado e esse lucro social pode também ser chamado de lucro político, desde que sua análise se faça sob o viés de uma perspectiva de manutenção do poder político, podendo, inclusive, ser negativo. Assim considerado, tem-se uma igualdade entre os custos públicos e a efetiva

¹⁹ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

²⁰ RESENDE, Fernando Antonio. *Finanças Públicas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

²¹ *ibidem*. p. 126.



realização de uma determinada política pública, a qual, em tese, já foi devidamente planejada, contabilizada dentro da correspondente rubrica e inserida no orçamento público.

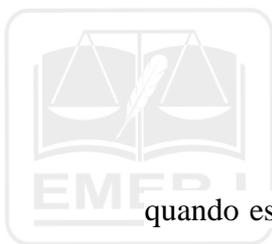
Farah²² destaca que a partir da década de de 1970 houve a busca para a definição de uma nova agenda de reforma para o Estado. Segundo essa autora, a escassez de recursos, em um segundo momento, passou a ser a questão central, em que foram introduzidas preocupações com a eficiência, a eficácia e a efetividade da ação estatal.

Essas ações demonstram uma clara tentativa de se atuar no sentido da redução dos custos públicos, ou seja, estabelece-se um entendimento de que a efetivação de um programa de governo, funcionamento da administração pública ou mesmo de uma determinada política pública, abstendo-se do viés político de seu resultado, será mais facilmente efetivada se tiver sido planejada, implementada e controlada dentro de um conceito maior, que é aquele voltado para a qualidade dos serviços públicos.

Forçoso então concluir, que estabelecida a alocação inicial de recursos, a qual, levando-se em consideração o ciclo de políticas públicas para a sua definição, e que tem no orçamento público dos entes federativos a materialização dessas escolhas, que quaisquer decisões, em especial as decisões judiciais, que altere essa situação inicial, deve considerar o seu impacto econômico-financeiro, principalmente em decorrência da relevância fático-objetiva imposta pela quantidade de recursos existentes e disponíveis para que o Estado conduza suas atividades e programas.

Assim, se por um lado tem-se o mandamento constitucional para a efetivação dos direitos fundamentais, e do outro, a reserva do possível, vista apenas em seu aspecto financeiro, como sendo o seu contraponto, os custos financeiros, identificados e alocados para aquela determinada política pública, devem ser considerados pelo Judiciário, em especial

²² FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 1, p. 119-134, 2001.



quando este passa a se imiscuir na regulamentação, intervindo e alterando as atribuições dos demais poderes.

Embora os custos certamente não devam ser tomados como o único referencial ou critério para as decisões políticas e judiciais, fato é que eles não podem ser desconsiderados na discussão acerca da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente diante do crescente ativismo judicial, pois essa desconsideração se apresenta potencialmente perigosa, seja pelo impacto direto nas finanças públicas, acrescendo ou realocando recursos; seja pela irrelevância dada a esse fator estruturante pelas decisões judiciais, à medida que essas deixam de considerá-lo, tanto no ciclo orçamentário quanto no das políticas públicas destinadas a essas atividades.

Ressalte-se, que a concepção dos custos como óbice está sendo colocada dentro de uma visão processual do ciclo de políticas públicas e procura conceber as decisões judiciais em outro ponto desse ciclo, que não o da implementação. Não se está defendendo a idéia de falta de previsão ou insuficiência orçamentária, que é utilizada para se referir à inexistência de suporte financeiro para a concretização de determinados direitos, mas sim à necessária importância que a relação custos/políticas públicas assume, a qual deve ser considerada tanto pelo executivo quanto pelo judiciário.

Galdino²³, sobre esse ponto, coloca que a utilização, como parâmetro, da noção de custos como óbice, leva necessariamente a se pensar em um orçamento determinado, desconsiderando o fato de que as receitas são captadas de forma permanente. Esse autor acrescenta que o que frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo “direito”, o que leva a concluir que essa opção corresponde, quanto ao ciclo de políticas públicas, à fase de tomada de decisão.

²³ *ibidem*. p. 235



3. NECESSIDADE DE INTERAÇÕES

Diante dos conceitos e questões abordados nos capítulos anteriores, necessário se faz retomar a questão das funções e separação dos poderes. A Constituição Federal, em seu artigo 2º, prevê a independência e a harmonia entre os poderes. Entretanto, o que foi observado é que esses papéis funcionais e essa independência têm sido rediscutidos, pois aqueles inicialmente idealizados por Montesquieu não mais conseguem explicar e/ou justificar as relações institucionais do atual contexto.

O crescente protagonismo do Judiciário deve ser considerado no tocante à sua influência na determinação da agenda governamental e também no ciclo de políticas públicas, principalmente em decorrência da judicialização da política, em que se busca, por meio de decisões judiciais, suprir o vácuo legislativo em algumas áreas ou a incapacidade, seja de gestão ou financeira, do executivo na elaboração e condução de políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos constitucionais, estando eles dentro ou não daquilo que se entende por mínimo existencial, haja vista que pelo chamado ativismo judicial outras questões também passaram a ser decididas.

Sobre esses novos arranjos, a importância e relevância de estudos sobre o tema, bem como a interseção com outras áreas do conhecimento ganha importância. Nesse sentido, Valle²⁴ assim se manifesta:

Neste final da primeira década do século XXI referenda-se a impossibilidade de atuação de um “jurista iluminado” capaz de dar conta do caráter complexo do Direito, fortemente influenciado pela interseção com outras áreas do conhecimento. Impõe-se, portanto, a consolidação de novos direcionamentos para o estudo do fenômeno jurídico, dentre os quais desponta uma construção do conhecimento pautada pelo processo coletivo e dialógico, que possibilite a agregação de pesquisadores, cada qual com suas visões específicas sobre uma ciência multifacetada.

Porém, de todos os mandamentos constitucionais aquele que se mostra mais pertinente e de difícil fuga é o artigo 5º em seu inciso XXXV, que prevê o chamado princípio

²⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf. Acesso em 23 jan. 2015.



da inafastabilidade da jurisdição, pois uma lesão ou ameaça a direito deverá obrigatoriamente ser apreciado pelo Judiciário. Assim, uma das questões, quanto à efetivação dos direitos fundamentais, reside em se definir a amplitude, o alcance e a real efetividade de uma decisão proferida quando dessa apreciação, seja em relação aos outros poderes, seja em relação ao próprio judiciário no que se refere ao seu papel institucional.

As questões ora colocadas demonstram que a judicialização não é mais uma tendência, mas sim um fato. Percebe-se que o tema justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, apesar de ser alvo de vários debates no cenário internacional e nacional, ainda se ressentem de conceitos mais consistentes, que o direcionem para o atendimento das prioridades constitucionais e, principalmente, que leve a um processo que considere as conjecturas sociais, políticas e econômicas e tenha também, como questão de fundo, a escassez de recursos financeiros.

Sobre esse assunto, Sarmiento²⁵ faz precisas colocações, afirmando que não só o Judiciário, mas também o sistema como um todo, devem observar determinados parâmetros e elementos que, dentro de um sistema federativo de repartição de competências e recursos, devem ser considerados pelos magistrados quando de suas decisões. Esse autor assim afirma:

Neste ponto, é notável o avanço ocorrido no país, sobretudo ao longo da última década. Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem em controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.

(...)

Neste quadro de escassez, não há como realizar, *hic et nunc*, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar⁸. Portanto, não é (só) por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia. A escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras “escolhas trágicas”, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas.

²⁵ SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. <http://files.camolinaro.net>. Acesso em 25 jan. 2015.



Essa visão delimitativa para a atuação do judiciário não pode e não deve ser concebida, *a priori*, como justificativa para a contenção ou não realização de ireitos sociais. Essa visão busca reforçar a idéia que se deve ter entre realidade e possibilidades, principalmente para não se onerar demasiadamente a ação estatal a ponto de inviabilizá-la, o que também traria por consequencias a total falta e efetividade para essas decisões judiciais.

CONCLUSÃO

Especificamente sobre o estudo da sindicabilidade dos direitos sociais, nota-se que apenas em caráter excepcional se concebe a atuação do Poder Judiciário para adjudicar, imediata e diretamente, prestações materiais de cunho social à revelia dos poderes eleitos. Porém, mesmo atuando nessa margem, o Judiciário não fica isento de criticas, que ressaltam principalmente o caráter contramajoritário dessas decisões, que decorrem quando a ação ou omissão dos outros poderes contrariam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Verifica-se também que apesar de a doutrina e a jurisprudência estabelecerem parâmetros materiais para a proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais, dentre os quais se destacam a reserva do possível e o mínimo existencial, entende-se que ainda existe um elevado grau de insegurança jurídica, decorrente principalmente da vagueza dos termos usados. Assim, propõe-se a inserção de outros elementos, considerados necessários para essas análises, em especial os custos necessários para determinada política pública e o momento de seu delineamento e contabilização. Acrescente-se também a isso o elevado grau de imprevisibilidade dos julgados.

Dessa forma, percebe-se que a reserva do possível e o mínimo existencial não têm sido capazes de conseguir um grau satisfatório de segurança jurídica. Além disso, os magistrados não estão bem convencidos e cientes acerca dos parâmetros materiais que devam ser levados em consideração, seja porque o termo mínimo existencial e reserva do possível, na



maioria das vezes, não resolverem os casos particulares de forma tão clara, seja porque a falta de outros parâmetros levem à uma visão incompleta do todo.

Por isso, a proposição de outros parâmetros materiais que, se bem utilizados, poderão melhorar a delimitação da proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais, consoante a Constituição Federal. Sobre esse ponto, a questão da falta de diálogo institucional, a necessidade de mais e melhores estudos sobre o impacto das decisões judiciais sobre o ciclo de políticas públicas e as suas consequências sobre as finanças públicas, a curto e médio prazo, devem ser vistos como essenciais para futuras melhorias.

No contexto atual, diferentemente de períodos anteriores em que o Estado pautava as mudanças e o contexto social, as demandas e os novos arranjos sociais é que estão a direcionar o papel do Estado, impondo assim, a necessidade de um novo olhar para este, em especial no tocante às funções e separação dos poderes da república, em que se verificam uma constante mutação dos limites outrora conhecidos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Pedro. *Participação, Articulação de Atores Sociais e Desenvolvimento Regional*. Texto para discussão n.º 630, IPEA, Brasília, fev. 1999.

BARROSO, Luis Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2015.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2010. Tese Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 09 out.2014.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 09 out. 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRESSER-PEREIRA, L. C. *Reforma do Estado para a cidadania: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. Trinta e quatro, 1998.



COSTA, Frederico Lustosa da, CASTANHAR, José Cezar. Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos. *Revista de Administração Pública* 37(5), set-out. 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gestão pública e cidadania: iniciativas inovadoras na administração subnacional no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 31(4), jul-ago, 1997.

_____. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 1, p. 119-134, 2001.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

LIMA JR., Olavo B. de, SANTOS, Wanderley G. dos. Esquema geral para a análise de políticas públicas: uma proposta preliminar. *Revista de Administração Pública*, v.10, abr-jun. 1976.

MONTEIRO, Jorge Vianna. *Fundamentos da política pública*. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1982.

MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade Aplicada ao Setor Público*. Rio de Janeiro: Estefânia Gonçalves, 2009.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>. Acesso em 23 jan. 2015.

NETO, Delfim. *Jornal O Estadão*. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-estado-brasileiro-ja-nao-cabe-mais-no-pibdizdelfim,20040207p17740>. Acesso em: 09 ago. 2014.

RESENDE, Fernando Antonio. *Finanças Públicas*. 2 ed. São Paulo; Atlas, 2006.

SARAVIA, Enrique J. ; FERRAREZI, Elisabete. *Políticas Públicas*. Coletâneas. Volumes 1 e 2. Brasília: ENAP, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. Disponível em: <http://files.camolinaro.net>. Acesso em 25 jan. 2015.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-44, jul./dez. 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.



_____. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública* 30(2):5-43 – mar/abr 1996.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf. Acesso em 23 jan. 2015.



A DISPENSA DA FIANÇA ARBITRADA PELO DELEGADO DE POLÍCIA AO INDICIADO POBRE

Fabio Henrique da Silva Monteiro

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela ESA/OAB-RJ. Delegado de Polícia na Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: As medidas cautelares sofreram grande modificação recentemente, tendo sido conferida pelo legislador nova força à fiança, retomando sua importância no cenário processual penal. Diante de tal quadro, muitos indiciados pobres, a despeito da ausência de motivos que fundamentem sua custódia cautelar permanecem presos, pois não dispõem de meios para pagar o valor arbitrado em sede policial. Defende-se, modernamente que o Delegado de Polícia, diante da miserabilidade do preso possa dispensar-lhe o pagamento. A essência do trabalho é defender tal possibilidade, conferindo sólidos argumentos jurídicos para tal postura jurídica.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Prisão em Flagrante. Fiança. Indiciado Pobre. Dispensa. Delegado de Polícia.

Sumário: Introdução. 1. A fiança em sede policial. 2. Concessão da fiança e arbitramento de valor. 3. A dispensa da fiança ao indiciado pobre. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz à lume a discussão acerca da possibilidade de dispensa da fiança arbitrada pelo Delegado de Polícia ao indiciado pobre.

Discute se existe a possibilidade de o Delegado de Polícia dispensar, nos termos do disposto no art. 325, §1º, I do CPP, o pagamento da fiança arbitrada em sede policial, nos casos em que o indiciado for pobre.

Tal tema se mostrou importante em face das alterações legislativas processuais penais que foram levadas a efeito em 2011, conferindo nova redação a diversos artigos do Código de Processo Penal, com novas regras envolvendo as medidas cautelares.



Dentre tais alterações, uma foi a possibilidade de arbitramento de fiança em sede policial aos presos em flagrante por crimes com pena máxima prevista de quatro anos, independentemente se de detenção ou reclusão, resgatando a importância do instituto da fiança, quase esquecida no cotidiano das Delegacias de Polícia após o advento da Lei 9.099/95 e instituição dos Juizados Especiais Criminais.

Neste esteio, as alterações promovidas permitem ao Delegado de Polícia o arbitramento de fiança aos presos em flagrante pela prática de crimes com pena máxima de até quatro anos, estipulando, no parágrafo primeiro do art. 325 do Código de Processo Penal, a possibilidade de aumento e redução do valor, bem como a dispensa, remetendo ao disposto no art. 350 do CPP.

Ocorre que a redação do art. 325 do Diploma Processual não fez qualquer ressalva quanto à autoridade que poderá dispensar a fiança, Delegado de Polícia ou Juiz de Direito, mas na disposição do art. 350 se refere expressa e exclusivamente ao magistrado.

Assim, disparidade de entendimento gera, na prática das Delegacias de Polícia, tratamentos diferentes para indiciados que teoricamente estão na mesma situação.

Diante de indiciados pobres, enquanto alguns Delegados de Polícia dispensam o pagamento de fiança, outros entendem que, em razão da interpretação literal do art. 350 do CPP, tal dispensa é indevida, permanecendo o preso no cárcere.

O presente trabalho traz à discussão assunto que tem forte e grave repercussão na vida das pessoas, em especial na camada mais pobre da sociedade, muitas vezes mantidas no cárcere sem necessidade fática que assim indique.

Inicialmente demonstra-se o resgate da importância da fiança na prática das delegacias de polícia sua repercussão.



No capítulo seguinte verifica-se a forma de fixação do valor a possibilidade de sustentar, validamente, que ou houve silêncio eloquente do legislador, ou tratou-se de processo legislativo atécnico, conjugando-se o sistema atual das medidas cautelares, em especial da fiança.

Em sequência, discute-se a possibilidade de interpretação, de forma sistêmica, pela dispensa da fiança, ampliando o alcance da redação do art. 350 do CPP, por força do disposto no art. 325 ou se faz-se necessária alteração legislativa para a dispensa.

Por fim, conclui-se pela possibilidade da dispensa, sem que haja qualquer alteração legislativa.

A pesquisa utilizou-se de metodologia do tipo bibliográfica.

1. A FIANÇA EM SEDE POLICIAL

A fiança em sede policial ganhou nova importância com a reforma levada a efeito pelo legislador no ano de 2009 que ao editar a Lei 12.403 em 2011 alterou a redação do art. 322 do Código de Processo Penal, afirmando ser possível ao Delegado de Polícia¹ fixar valor para a concessão de fiança quando o indiciado estiver preso em flagrante por infração penal que tenha pena máxima fixada em quatro anos de prisão, sendo irrelevante se a pena prevista é de detenção, simples ou reclusão.

Durante algum tempo o instituto ficou quase esquecido na prática policial pois a redação anterior do mencionado artigo previa que a fiança poderia ser concedida pela Autoridade Policial nos casos de delitos apenados com prisão do tipo simples ou

¹ Neste trabalho, por força do disposto no art. 1º, §1º da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, os termos Delegado de Polícia e Autoridade Policial serão tratados como sinônimos. No âmbito estadual, encontra-se expressa previsão legal, no mesmo sentido, conforme art. 2º da Lei nº 3.586 de 2001: Art. 2º. O Grupo I – Autoridade Policial será integrado pela carreira de Delegado de Polícia, com os quantitativos, linha de progressão e atribuições descritas nos anexos da presente Lei.



detenção, não havendo qualquer limite quantitativo. Eis a antiga redação do artigo 322 do CPP, conferida pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.

Parágrafo único. Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Verificando-se, por exemplo, os crimes previstos no Código Penal apenados com detenção², menos da quinta parte³ destes não são infrações de menor potencial ofensivo, concluindo-se, portanto, que em menos de vinte por cento dos casos em que a pena do crime permitiria a fixação na delegacia de polícia da fiança ao indiciado, seria lavrado o Auto de Prisão em Flagrante ao invés de Termo Circunstanciado. Nestes casos, a simples afirmação do suposto autor de que comparecerá em Juízo é suficiente para a restituição de sua liberdade, consoante prevê o artigo 69, parágrafo único da Lei 9.099/95.

Assim, diante da ocorrência de tais delitos, não se teria a lavratura de Auto de Prisão em Flagrante, mas de Termo Circunstanciado, com a imediata restituição da liberdade ao autor do fato, mediante o compromisso de comparecer em Juízo ou imediata apresentação ao Juiz competente.

Não obstante as divergências doutrinárias acerca da alteração legislativa e sua aplicação em concreto nas Delegacias de Polícia⁴, o que se tem é que a fiança voltou a

² O artigo 1º do Decreto-Lei 3.914 de 1941 – Lei de Introdução ao Código Penal define como contravenções os delitos apenados com prisão simples, que por força do disposto no art. 61 da Lei 9.099/95 são infrações de menor potencial ofensivo, qualquer seja a quantidade de pena prevista.

³ Foram encontradas 178 modalidades criminosas apenadas com detenção, dentre crimes em sua forma básica e modalidades culposas de outros delitos, dentre os quais apenas 28 apresentam pena máxima superior a dois anos, afastando a aplicação da Lei 9.099/95 e o seu enquadramento como infrações de menor potencial ofensivo.

⁴ Afirma André Nicollit: “A referida lei veio para ampliar a dimensão da liberdade e esta deve ser sua matriz interpretativa. Desta forma, não se pode admitir uma interpretação da referida lei, que venha representar um retrocesso em relação ao direito fundamental de liberdade, sob pena de violar o princípio da vedação ao retrocesso. Portanto, entendemos possível a concessão de fiança pela autoridade policial nos crimes punidos com detenção, independentemente da quantidade da pena. Nicollit, André Luiz. *Manual de processo penal*. – 3.ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 490.



ter destaque no cenário jurídico nacional, eis que se ampliou, por qualquer das correntes adotadas, seu espectro de atuação.

Após a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, o Delegado de Polícia deverá, diante do imperativo legal e constitucional, verificar a possibilidade de o indiciado ter sua liberdade restituída, mediante a concessão de fiança⁵, arbitrando-se o valor, nos limites do previsto legalmente nos artigos 325 e 326 do Código de Processo Penal, não podendo retardar ou recusar a concessão, conforme determina o artigo 335 do mencionado diploma legal, sendo passível de sanções penais⁶ e administrativas⁷.

2. CONCESSÃO DE FIANÇA E ARBITRAMENTO DE VALOR

Ao conceder a fiança, a Autoridade Policial deverá ter em conta os parâmetros definidos no artigo 325 do Código de Processo Penal, arbitrando-se o valor, dentro dos limites impostos, levando-se em conta, conforme dispõe o art. 326, a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do indiciado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo até final julgamento.

⁵ Artigo 5º, LXVI da CRFB/88 – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

⁶ Artigo 350 do Código Penal: Exercício arbitrário ou abuso de poder. Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder. Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Artigo 3º da Lei 4.898 de 1965: Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção.

⁷ Art. 10, V c/c art. 14, XXXV do Decreto-Lei nº 218 de 1975 – Regime Jurídico dos Policiais Civis do Estado do Rio de Janeiro. Art. 11, V c/c 16, XXXV do Decreto nº 3.044 de 1980 – Regulamento do Estatuto dos Policiais Civis do Estado do Rio de Janeiro.



Destes critérios, em sede policial, o Delegado somente terá à disposição, e nem sempre, informações acerca de provável fortuna, vida pregressa, natureza da infração e as circunstâncias de indicativas da periculosidade do indiciado.

As verdadeiras consequências do crime, as custas do processo, a completa informação da vida pregressa dificilmente serão conhecidas quando da lavratura da prisão em flagrante, face à dinâmica desta e ao prazo concedido pela legislação para o seu término⁸. Lembre-se que a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante deverá durar o tempo mínimo necessário para a colheita dos depoimentos, requisições das perícias e decisão do Delegado de Polícia, devendo a prisão ser levada ao conhecimento do Magistrado competente imediatamente após o encerramento das formalidades.

Destarte, são poucas ou quase inexistentes as informações disponíveis ao Delegado de Polícia para que se utilizem os parâmetros legais na fixação do valor.

Contudo, a despeito de não poder afirmar sobre a fortuna, saberá, na grande maioria dos casos, se o indiciado é miserável, pobre⁹, sendo este o principal critério¹⁰.

Diante de tal quadro, o Delegado de Polícia, poderá fixar o valor da fiança no mínimo, conforme conjugação das normas previstas no art. 325, I e 326 do Diploma Processual Penal, levando em conta somente a situação econômica do preso. E nesta esteira, o legislador previu, no parágrafo primeiro do art. 325 que a fiança poderá ser: I – dispensada, na forma do art. 350; II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou III – aumentada em até 1000 (mil) vezes.

⁸ Prazo máximo de 24 horas, nos termos do art. 306, §§1º e 2º do Código de Processo Penal.

⁹ E tal situação inclui-se dentre as atribuições legais do Delegado de Polícia, conforme se prevê no art. 32, §2º do CPP: “Será prova suficiente de pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido”.

¹⁰ Afirma Guilherme de Souza Nucci: “O principal critério para o estabelecimento do montante específico da fiança é a situação econômica do réu, dentre outros previstos no art. 326 do CPP”. *Manual de processo penal e execução penal* – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 578.



A eleição de tal critério para a alteração do valor inicialmente fixado, encaixa-se perfeitamente no que foi exposto acerca da disponibilidade de informações dos critérios ao Delegado de Polícia no curto tempo de lavratura e decisão a ser tomada em sede policial.

A dispensa, prevista no art. 350 do Diploma Processual Penal, cerne da presente discussão, é o que causa alguma controvérsia.

O referido artigo em sua redação prevê expressamente que nos casos em que couber fiança, verificando a situação econômica do preso, poderá ser-lhe concedida a liberdade provisória, sem o pagamento de fiança, sujeitando-se as obrigações constantes dos artigos 327 e 328 do Código¹¹ e a outras medidas cautelares¹², se for o caso. Ocorre que tal previsão especificamente se refere como possível a dispensa feita pelo juiz, não tendo se referido o legislador ao Delegado de Polícia, autoridade também autorizada por lei¹³ a conceder a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança em sede policial.

3. A DISPENSA DA FIANÇA AO INDICIADO POBRE

A atual redação do art. 350 do CPP foi concedida pela Lei 12.403 de 2011, que trouxe a normatização das medidas cautelares, manteve somente a possibilidade, expressamente, de o juiz dispensar a fiança por motivo de pobreza.

¹¹ Artigo 327 do Código de Processo Penal: A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Artigo 328 do Código de Processo Penal: O réu afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

¹² Artigo 319 do Código de Processo Penal.

¹³ Artigos 322 e 332 do Código de Processo Penal.



Inicialmente ressalta-se que tal interpretação se faz ao passo que o legislador em tal capítulo quando se refere ao magistrado e ao delegado de polícia de forma igual, os trata simplesmente por ‘autoridade’, conforme se extrai da redação dos artigos 325, 326, 327, 329 e 340 do Código de Processo Penal. De outro lado, quando o legislador faz diferença entre as autoridades, expressamente assim o faz, como nos seguintes dispositivos legais: 321, 322, 332, 335, 343 e 350 do referido Diploma.

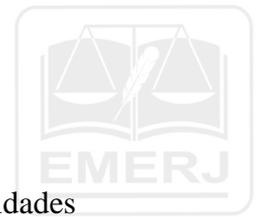
Pelo silêncio do legislador em relação à dispensa, há quem entenda pela impossibilidade de o Delegado de Polícia dispensar o pagamento do valor de fiança arbitrado quando concedida em sede policial após a lavratura de Auto de Prisão em Flagrante.

Guilherme de Souza Nucci afirma, contudo, sem expor os motivos, que: “Se persistir a impossibilidade de pagamento, pode-se considerar o réu pobre, concedendo-lhe a liberdade provisória, sem fiança, o que somente o magistrado poderá fazer¹⁴”.

Ocorre que tal interpretação não parece ser a mais correta. Afirmar que a dispensa não pode ser concedida, caso reconhecida a pobreza do indiciado preso, pela Autoridade Policial, é fazer tábula rasa de recente norma legal que reconheceu a importância da carreira, afirmando ser o cargo de Delegado de Polícia de natureza jurídica, essencial e exclusiva de Estado¹⁵.

¹⁴ NUCCI, op. cit., p. 579.

¹⁵ Artigo 2º da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013: As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.



Nenhuma novidade para o ordenamento pátrio as decisões das autoridades policiais, sempre fundamentadas¹⁶, que, em essência apresentam cunho administrativo¹⁷, mas com fortes repercussões processuais.

A autoridade policial tem dentre suas atribuições a de decidir, conforme seu convencimento, entre a prisão e a liberdade do conduzido à sua presença. Determina o Pacto de São José da Costa Rica¹⁸:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Extrai-se da norma transcrita que é o Delegado de Polícia a autoridade autorizada por lei apta a receber o suposto autor detido em flagrante delito, e, ouvidos os envolvidos e colhidos os indícios, determinar o indiciamento e a lavratura de Auto de Prisão em Flagrante, fundamentando sua decisão, conforme dispõe a norma posta no artigo 304, §1º do Código de Processo Penal:

Artigo 304, §1º. Resultando das respostas fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

Interpretar a norma pela sua literalidade, de forma gramatical é o modelo mais simplista de hermenêutica. Impedir que o Delegado de Polícia, reconhecendo a miserabilidade do indiciado, verificando que, mesmo que reduzido o valor arbitrado para a fiança concedida, o indiciado não terá condições de prestá-la, é para além de

¹⁶ Artigo 2º, §6º da Lei nº 12.830 de 2013: O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

¹⁷ Em essência, o Inquérito Policial é um procedimento administrativo. Neste sentido: “O inquérito policial tem natureza administrativa, trata-se de verdadeiro procedimento administrativo”. NICOLLIT, André Luiz, *op. cit.*, p. 77. Vide também, LOPES JUNIOR, Aury., *op. cit.*, p. 242: “Quanto à natureza jurídica do inquérito policial, vem determinada pelo sujeito e pela natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado como um procedimento administrativo pré-processual”.

¹⁸ Artigo 7º, 5 do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1993 - Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

amarrar as mãos da autoridade policial, criar odiosa diferença entre autores de delito em razão de sua condição social.

Assim, há muito Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho afirmava¹⁹:

Juntando, pois, o que até agora foi dito, conclui-se que não há qualquer razão jurídica para que a oportunidade de liberdade seja desequiparada, nos casos dos artigos 322 e 350 do Código, pois não objetiva a desigualdade, prestigiar nenhum valor constitucionalmente assegurado. Ao contrário, o valor jurídico prestigiado pela Constituição é a liberdade e, além dela, o esforço de minimizar as desigualdades econômicas e sociais, o que é objetivo constitucional da República, a teor do artigo 30, incisos I a IV da Constituição.

A conclusão, portanto, é de que a restrição do artigo 350 do Código que exclui o Delegado de Polícia como autoridade competente para conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples, é inconstitucional na sua aplicação prática, embora não o seja na sua expressa redação.

Se o princípio da igualdade, constitucionalmente previsto consiste em quinhonar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade²⁰, conforme ensinou Aristóteles e proclamou Rui Barbosa²¹, a negativa de conceder a liberdade a quem não tem condições econômicas, sem desfalcar sua sobrevivência, atinge a fundo a norma constitucional.

Ao se permitir que o indiciado mais abastado, que dispõe de meios para o pagamento da fiança, tenha sua liberdade restituída enquanto o miserável permaneça preso, impede-se a concretização da norma constitucional, fomentando a segregação e encarceramento dos presumidamente inocentes^{22 23}.

¹⁹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*, 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 46.

²⁰ BULUS, Uadi Lamego. *Curso de direito constitucional* – 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 539.

²¹ “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhonar desigualmente aos desiguais na medida em que se desigulam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem”. BARBOSA, Rui. *Oração aos moços* – 5. ed – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26.

²² Artigo 5º, LVII da CRFB/88: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.



Nesse diapasão outra não pode ser a conclusão de que a regra escrita no artigo 350 do Código de Processo Penal, na redação atual, se trata de um cochilo do legislador que perdeu a oportunidade de atualizar o diploma com o filtro constitucional imposto.

Interpretar-se, portanto, a norma prevista no artigo 350 do Código de Processo Penal, em conjunto com o previsto no artigo 325, caput e §1º do Diploma, que prevê expressamente que o valor da fiança concedida será fixado pela autoridade que a conceder²⁴, e de acordo com a situação econômica do preso, poderá a fiança ser aumentada, reduzida e até dispensada, é respeitar e aplicar, na prática, o princípio da igualdade, em seu verdadeiro sentido.

Chega-se a tal conclusão pela incidência do princípio já mencionado e também porque fica claro ao intérprete que o artigo 325 do Código Processual é dirigido às autoridades com atribuição a conceder a fiança, seja ela judiciária ou policial. E não fora feita qualquer ressalva ao parágrafo primeiro, permitindo-se portanto, o aumento, a redução do valor e, também, com toda a razão, a dispensa.

Por outro caminho interpretativo chega-se a mesma conclusão. Em brilhante decisão inserida nos autos de Inquérito Policial que presidiu²⁵, o professor e Delegado de Polícia Civil Dr. Ruchester Marreiros Barbosa conclui, após magistral abordagem da

²³ Tal disciplina vai propiciar ao indiciado não-pobre a possibilidade de obter a liberdade concomitantemente com a lavratura do auto de prisão em flagrante, enquanto que o pobre deverá aguardar o provimento judicial, o que importa em dizer que terá de aguardar a distribuição do flagrante, o que pode ser feito até 24 horas depois da prisão. Ou seja: enquanto o não-pobre prestará a fiança e não será recolhido ao xadrez, o pobre aguardará preso o provimento jurisdicional. CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit, p. 45.

²⁴ Artigo 325 do Código de Processo Penal: O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites. (...) §1º. Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código; II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

²⁵ Optou-se por omitir o número do Inquérito Policial com o escopo de preservar as partes envolvidas, a despeito de já haver processo criminal em trâmite, afastado o sigilo inicial do procedimento.



moderna interpretação constitucional, aplicação dos tratados internacionais e controle de convencionalidade²⁶:

Pelas exposições acima é forçoso concluir que seria no mínimo irracional permitir que a lei, diante da gritante análise constitucional que se faz sobre a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal substancial como escopos que regem os princípios libertários não permitir, que a autoridade policial analise a condição econômica, somente na hipótese de quando encontramos pessoas em total condição de hipossuficiência financeira, principalmente sendo esta uma condição que está sob a análise exclusiva do judiciário, ou seja, haveria nenhuma afronta ao princípio da reserva da jurisdição.

Conclui-se que não há qualquer ofensa ou indevida intromissão do Delegado de Polícia na competência exclusiva do magistrado, reservada ao Poder Judiciário.

Em conclusão, Marreiros Barbosa ainda afirma:

Não é possível que continuemos a ser, mesmo que tenhamos mecanismos novos na forma da Lei 12.403/2011, em sentido garantista, operadores que compõem mais um órgão do aparelho que engendram o sistema da seletividade punitivista, e, nos fazermos permitir, que estas pessoas sejam preteridas de usufruir do bem maior, depois da vida, qual seja sua liberdade, diante da dúvida objetiva que se paira sobre qual autoridade poderia analisar sua situação econômica de miserável. E enquanto se discute isso, permitirmos-nos, autoridades policiais, fragrantemente violações à dignidade da pessoa humana? Com tantos argumentos a ensejar a possibilidade de deferimento de liberdade provisória sem fiança e vinculada?

Em recente reunião dos Delegados de Polícia do Estado do Rio de Janeiro²⁷, foi aprovado o Enunciado nº 6 que retrata a postura a ser adotada, a despeito de não ter caráter vinculante: ‘O Delegado de Polícia poderá, mediante decisão fundamentada, dispensar a fiança do preso, para não recolhimento ao cárcere do indiciado pobre’.

²⁶ Sobre o tema, vide STF, Reclamação nº 18183, julgado em 3.11.2014, em que a Eminentíssima Ministra Relatora Cármen Lúcia afirma: ‘(...) A solução proposta pela recorrente passa necessariamente pelo que a doutrina convencionou denominar controle de convencionalidade, ao admitir que a posição ocupada pelos tratados internacionais sobre direitos humanos, na hierarquia das normas no ordenamento jurídico pátrio, tem como consequência, em determinadas hipóteses, a possibilidade que seja utilizado como parâmetro de comparação da compatibilidade material do teor da norma com as disposições constitucionais.’

²⁷ 1º Congresso Jurídico dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro realizado em 17 e 18 de novembro de 2014, na cidade do Rio de Janeiro.



CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, diversos são os fundamentos jurídicos que levam à possibilidade de se interpretar de forma sistêmica pela possibilidade de, diante da lavratura de um Auto de Prisão em Flagrante pela prática de delito apenado com pena máxima de até quatro anos, fixado o valor pela Autoridade Policial, sendo o indiciado reconhecidamente miserável, possa a liberdade ser restituída, sem o pagamento de valor que não dispõe, vinculando-se o indiciado às obrigações descritas no artigo 327 e 328 do Código de Processo Penal.

No mesmo sentido do que se expôs no presente texto e caminhando para adequar a legislação processual aos ditames constitucionais está o Projeto de Lei nº 156 de 2009²⁸, que originário do Senado Federal fora encaminhado à Câmara dos Deputados para votação em dezembro de 2010.

O texto final do referido projeto expressamente prevê, no artigo 568, §4º que o Delegado de Polícia poderá dispensar a fiança, quando o indiciado não tiver condições econômicas de efetuar o pagamento da fiança arbitrada e concedida em sede policial.

Destarte, verifica-se que o defendido no presente trabalho nada mais é que a adequação da norma aos ditames constitucionais, em específico ao princípio da igualdade, com forte repercussão na liberdade individual e na dignidade da pessoa.

²⁸ Projeto de novo Código de Processo Penal - Tramitação do PLS nº 156 de 2009 disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em 12.04.2015.



REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços* – 5. ed – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12.04.2015

_____. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 12.04.2015

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 12.04.2015

_____. Decreto-Lei 3.914, de 1941 – Lei de Introdução ao Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3914.htm>. Acesso em 12.04.2015

_____. Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4898.htm>. Acesso em 12.04.2015

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 - Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 12.04.2015

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em 12.04.2015

_____. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em 12.04.2015

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 18183, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12.04.2015.

BULUS, Uadi Lamego. *Curso de direito constitucional* – 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.



CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*, 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional* – 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NICOLLIT, André Luiz. *Manual de processo penal*. – 3.ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal* – 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 3.586 de 2001, de 21 de junho de 2001. Disponível em <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/407a5c1b832573fe03256a76005cbf1c?OpenDocument&Highlight=0,3586>>. Acesso em 12.04.2015

_____. Decreto-Lei nº 218 de 1975, de 18 de junho de 1975.

_____. Decreto nº 3.044 de 1980, de 22 de janeiro de 1980.





O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Fábio Lima de Almeida
Graduado pela Universidade Candido
Mendes. Advogado.

Resumo: O meio ambiente equilibrado apresenta-se como direito fundamental do homem, necessário ao desenvolvimento saudável desse, e, conseqüentemente, à observação da dignidade da pessoa humana. Sem que o referido direito seja protegido o homem sucumbirá sem ter o mínimo necessário a sua subsistência corpórea. Para que cada indivíduo possa perseguir aquilo que lhe é essencial, ou seja, aquilo que lhe confere dignidade, é necessário que anteriormente tenha todas as suas necessidades básicas supridas, e, para isso, é imprescindível que haja condições ambientais favoráveis. O atual cenário socioambiental clama, cada vez mais, atenção e atuação por parte dos operadores do direito de forma a efetivar os comandos constitucionais que visam proteger o meio ambiente. Agressões ao meio ambiente resultam em agressões ao ordenamento jurídico-constitucional, que preza pela existência de meio ambiente sadio a presente e futuras gerações.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Ambiental. Dignidade da Pessoa Humana. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Sadio.

Sumário: Introdução. 1. A Constituição. 2. Os Princípios Constitucionais. 2.1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2.2. O Princípio da Unidade da Constituição. 2.3. O princípio da Supremacia da Constituição. 3. Previsão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Carta de 1988. 4. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Sadio. 5. Direito ao Meio Ambiente Como Direito de Terceira Geração. 6. Panorama Atual do Meio Ambiente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a sociedade vive em um sistema de utilização expressiva dos recursos naturais do planeta para suprir suas necessidades, de modo a conferir condições dignas de existência ao homem, sem, contudo, se ater a necessidade da preservação ambiental.

O direito ao meio ambiente sadio foi inserido, no artigo 225, da Constituição da República de 1988, que por uma leitura sistemática e definido como direito fundamental do homem. A

dignidade da pessoa humana foi posta no artigo 1º, Inciso III como princípio master de modo a orientar a aplicação e interpretação das normas, bem como a produção legislativa infraconstitucional.

A interligação do direito ao meio ambiente saudável e a dignidade da pessoa humana, sobretudo no panorama atual de degradação ambiental, deve ser analisada de forma intensa, pois como será apresentado neste trabalho, para que se tenha a dignidade é preciso ter recursos naturais que permitam o pleno desenvolvimento da vida humana.

Assim, o atual trabalho de conclusão de curso será apresentado no âmbito do direito, com especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, tangenciando a situação atual do meio ambiente de modo a demonstrar a relação umbilical entre ambos.

1. A CARTA MAGNA DE 1988 E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO

O ordenamento jurídico pátrio possui como norma máxima a Constituição da República de 1988, logo, por estar assim hierarquicamente posicionada impõem sejam observados e respeitadas seus ditames.

O artigo 225 da CFRB preleciona acerca do meio ambiente sadio como direito do homem, e, em que pese não constar expressamente do artigo 5º ao 17 acerca dos direitos fundamentais, tal direito se perfaz como direito fundamental, pois ao realizar a leitura sistemática da Constituição, conforme art.5º, parágrafo 2º conclui-se que meio ambiente é um dos direitos fundamentais do homem, *in verbis*:

Art. 5º...
[...]



§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.¹

Assim, os direitos fundamentais não são apenas aqueles expressos no art.5º ou no título II, haja vista, o rol é meramente exemplificativo. Neste sentido expõe Antunes:

O próprio caput do art. 225 da Constituição Federal leva a conclusão de que o direito ambiental (meio ambiente sadio) é um dos direitos humanos fundamentais, informando, ainda, que o próprio art. 5º da CF faz menção expressa ao meio ambiente ao tratar da ação popular (inciso LXXIII). Sendo assim, conclui o referido autor: “Ora, se é uma garantia fundamental do cidadão a existência de uma ação constitucional com a finalidade de defesa do meio ambiente, tal fato ocorre em razão de que o direito ao desfrute das condições saudáveis do meio ambiente é, efetivamente, um direito fundamental do ser humano.”²

Resta clara a intenção do constituinte de 1988 que objetivou, ao de forma expressa tratar sobre a preservação do meio ambiente, alertar a sociedade acerca da importância desse direito não apenas à qualidade de vida do homem, mas também continuidade da vida humana.

Sendo então classificado então como direito fundamental de terceira geração, impõe-se ao Poder Público e a sociedade a proteção conjunta desse direito ímpar.

Verifica-se, assim, que o meio ambiente sadio é direito fundamental de extrema importância à pessoa humana, haja vista, há intrínseca relação de dependência do homem ao meio ambiente para a sua continuidade existencial, e, como será a seguir exposto o meio ambiente saudável é precursor da dignidade humana, devendo ser preservado pela atual geração para que as futuras possuam meios de existência sadia e digna.

2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.05.2003/CON1988.pdf. Acesso em 03 de Março de 2013.

² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.19.

Os princípios constitucionais podem ser considerados como instrumentos orientadores da interpretação normativa-hermenêutica, pois balizam a forma como a norma deve ser compreendida e aplicada ao caso concreto, adequando-a aos valores fundamentais salvaguardados pela Carta Maior. Esses princípios se revelam ainda de suma importância para preencher lacunas que porventura surjam das demandas sociais que se renovam rapidamente a cada dia.

Sob o olhar de Eros Grau, os princípios são parte imanente do sistema normativo, logo, não seriam alcançados fora do Direito, mas sim dentro do complexo normativo, como por ser deduzido das elucidações feitas pelo citado autor:

Os princípios gerais do direito são, assim, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento. E o são justamente porque neste mesmo ordenamento – isto é, no interior dele – já se encontravam, em estado de latência.

Não se trata, portanto, de princípios que o aplicador do direito ou intérprete possa resgatar fora do ordenamento, em uma ordem suprapositiva ou no Direito Natural. Insista-se: eles não são descobertos em um ideal de ‘direito justo’ ou em uma ‘idéia de direito’.

Trata-se, pelo contrário – e neste ponto desejo referir explicitamente os princípios descobertos no seio de uma Constituição –, não de princípios declarados (porque anteriores a ela) pela Constituição, mas sim de princípios que, embora nela não expressamente enunciados, no seu bojo estão inseridos. (...)

Insisto em que esses princípios, em estado de latência, existentes sob cada ordenamento, isto é, sob cada direito posto, repousam no direito pressuposto que a ele corresponda. Neste direito pressuposto os encontramos ou não encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem.³

Os princípios possuem ínsitos a sua estrutura, comandos que visam conceder maior efetividade quanto seja possível, o que possibilita serem aplicados de forma mais abrangente ou menos abrangente a depender das circunstâncias que possibilitem tal aplicação no mundo dos fatos. Pode ocorrer da utilização do princípio uma colisão, a ser desfeita pela ponderação justamente por possuírem o comando de otimização que foi assim definido por Robert Alexy:

Pela ponderação, portanto, há uma redução das possibilidades semânticas do enunciado do princípio, de modo que algumas das medidas que seriam faticamente admissíveis para

³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.p. 115-117.



sua otimização são afastadas, pois realizam apenas um dos princípios ponderados (o que obteve a preferência), desprezando inteiramente os demais.⁴

No ordenamento jurídico pátrio, que possui como Lei maior a Constituição, é possível se extrair inúmeras definições sobre determinado direito, contudo, o constituinte originário fez a escolha por determinada acepção ao apontar na Carta Maior os princípios como guia da interpretação normativa que devem ser observados sob pena de desrespeito a CFRB.

Assim, os princípios podem ser tidos como comandos otimizadores que visam interpretar e integrar as normas, conferido coerência e unidade a toda a norma constitucional, e, ao integrarem a Constituição são possuidores de força normativa que reclama sua observação.

3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é objeto de muitas discussões acerca de seu significado e alcance, pois possui acepção subjetiva que pode ter inúmeras compreensões a depender da pessoa ao qual se dirija. O que é essencial e necessário a dignidade de uma pessoa pode não ser para a outra.

As atrocidades da segunda guerra mundial, sobretudo com o nazismo, extinguiu o valor atribuído a vida humana, colocaram os Estados em posição de rever a importância e a tutela da vida humana. Após este período de flagelo, o mundo reagiu de forma a evitar que outras atrocidades como as vistas voltassem a ocorrer, alocaram, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana como vetor máximo a ser observado nas Constituições de inúmeros países. O Brasil, com a Carta Magna de 1988 o consagrou como princípio máster em seu art.1º, inciso III:

⁴ BARCELLOS, apud Alexy, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.120.



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 - a dignidade da pessoa humana;⁵

Entretanto, anterior ao advento da Constituição da República de 1988 a Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, promulgada pela Assembleia Constituinte Alemã, traz em seu artigo 1.1 a proclamação da dignidade da pessoa humana como princípio a ser observado pelo Estado e é por isso considerada como vanguardista neste sentido, que por sua vez se inspirou na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948.

Inúmeros países seguiram o mesmo caminho e incluíram o referido princípio em suas Constituições como pode ser observado, por exemplo, na Lei Maior da Itália, Portugal e Espanha.

Apesar disso, a história da humanidade já apresentava em muitos momentos a clara alusão ao valor do homem como fim em si mesmo, pode ser citado como exemplo as palavras ditas por Jesus Cristo, que ensinou que a salvação não era tão somente individual, mas deveria passar na valorização de todos os homens como ser digno de respeito. No evangelho segundo São Mateus, capítulo 22, versos 37 a 40 pode ser vista a forma pela qual o homem é valorizado no seio do cristianismo:

Amarás o senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu pensamento. Este é o primeiro e grande mandamento. E o segundo, semelhante a este, é: Amaras o teu próximo como a ti mesmo. Destes dois mandamentos depende toda a lei e os profetas.⁶

Como dito anteriormente, a concepção do princípio da dignidade da pessoa humana é abstrata, o que torna dificultosa a sua definição. No entanto, é imperioso traçar, no mínimo,

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op.cit.

⁶ A Bíblia. Disponível em <https://www.bibliaonline.com.br/acf/mt/22>. Acesso em: 03 de março de 2013.



parâmetros para situar o conteúdo jurídico do citado princípio. Assim, há certa concordância no meio jurídico que vincula este princípio aos direitos fundamentais, tornando a dignidade da pessoa humana como princípio que emerge da observância dos direitos fundamentais. Neste sentido, José Carlos Vieira de Andrade:

Realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.⁷

Sendo o direito ao meio ambiente sadio um dos direitos fundamentais do homem, este direito deve ser considerado como o primeiro a ser tutelado para que a dignidade humana seja alcançada. É preciso ressaltar que o ser humano, antes mais nada, urge ter suas necessidades corpóreas supridas - tais como alimentação, meio ambiente sadio etc, - para que depois se possa fazer o traçado do que seja dignidade para cada pessoa, pois se tais necessidades não forem supridas não haverá nada além que possa ser almejado.

Em virtude destas tantas definições possíveis ao princípio da dignidade da pessoa humana é que o hermenêuta deve se atentar ao interpretar a norma não frustrar os valores constitucionais alocados no corpo constitucional. Assim, deve a interpretação ser sempre guiada pelos princípios constitucionais, e, sobretudo, pelo princípio máster, o da dignidade da pessoa humana. Barcellos explica que: “Em suma: o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o interprete deverá orientar-se em seu ofício”.⁸

Em que pese a menção expressa no artigo 1º, III da CF/88 acerca da dignidade humana, há disposto no instrumento constitucional diversas outras normas que visam conceder condições materiais para efetivação da dignidade da pessoa humana, como por exemplo, o capítulo IV da CF/88 que preleciona sobre os direitos políticos, sociais e econômicos. Assim, além da previsão

⁷ BARCELLOS, op. cit., p. 111.

⁸ Ibid.p.146

expressa da dignidade humana há também mecanismos para que ela se materialize, o que importa em delimitação tanto da atuação quanto da omissão dos Poderes Públicos.

Contudo, podem surgir dificuldade dos Poderes para observar esse princípio em razão, como já dito, da indeterminação que ele possui, bem como também possuem os demais princípios em menor ou maior grau, é necessário que se delimite o objeto desse princípio.

Para que o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana seja definido há que se utilizar o consenso social e caso não seja delimitado, se não houve consenso e respeito a tal, a sociedade estará diante de uma crise ética e moral como preleciona Barcellos:

[...] Se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente. Se não é possível vislumbrar a indignidade em nenhuma situação, ou todos os indivíduos desfrutam de uma vida digna - e aí sequer se cogitar do problema -, ou simplesmente não se conhece mais a noção da dignidade.⁹

O núcleo essencial acima dito se revela como as condições mínimas para que a dignidade possa se estabelecer, sendo estas no entender da citada autor os meios materiais indispensáveis ao desenvolvimento da vida humana em todos os seus aspectos, nesse ponto há o contato entre a dignidade da pessoa humana e o direito ao meio ambiente sadio:

Conjunto de situações materiais indispensáveis a existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo- mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.¹⁰

A mencionada autora assevera ainda que não é possível determinar o *quantum* a norma irá produzir efeitos, e no caso aqui específico do princípio da dignidade, pois somente se pode delimitar o mínimo de efeitos a serem produzidos:

⁹ Ibid.p.194.

¹⁰ Ibid.p.198.



[...] existe um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra. Um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que se ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios: a dignidade terá sido violada, da mesma forma como a regra o são. Para além desse núcleo, a norma mantém a sua natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo em cada momento histórico.¹¹

Violar as condições materiais mínimas, essenciais para o desenvolvimento regular da vida humana, resulta em violar de forma direta a dignidade da pessoa humana sem que haja a possibilidade de ponderar ou otimizar a respeito de tais condições, ou seja, esse núcleo essencial deve ser respeitado previamente e em sua totalidade para que somente depois disso seja possível fazer qualquer juízo de valoração quanto ao referido princípio.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o vetor máximo interpretativo a orientar toda e qualquer atuação hermenêutica, pois se o referido princípio não for resguardado não serão concedidas as possibilidades mínimas para que o indivíduo se desenvolva física, mental e espiritualmente de forma sadia, restará por violado o princípio da dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, violada estará a Constituição Federal.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO

O meio ambiente sofre ao longo das décadas agressões de todos os tipos, fato este que leva o Estado a compartilhar com a sociedade a incumbência pela proteção ambiental.

A emergência com a qual se clama novas formas de proteção ao meio ambiente importa que institutos sejam criados para responder a tal demanda,. Assim, o Direito Ambiental

¹¹ Ibid.p.194.

representa um desses institutos, e, por meio dos seus princípios e regras visa contribuir para solucionar a crise ambiental enfrentada atualmente.

José Afonso da Silva a este respeito, dispõe:

O problema da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano [...] O que é importante é que se tenha consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo de tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade e como as de iniciativa privada.¹²

Em 1972, na “Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Humano”, realizada em Estocolmo, Suécia, foi elaborada a “Declaração do Meio Ambiente”, e possui como princípio primeiro:

Princípio 1 - O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.¹³

São 26 princípios ínsitos ao citado documento, vanguardista da intenção de proteção ambiental a nível global, que posteriormente contribuiu para a criação do PNUMA - Programa das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente.

Já em 1984 foi realizada conferência em San Marino na qual foi incluído pela ONU o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado no rol dos direitos humanos fundamentais.

O Direito ao Meio Ambiente foi declarado por Bobbio como direito de terceira geração, conforme abaixo transcrito:

¹² SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.p.28

¹³ Disponível em: <http://www.mudancasclimaticas.andi.org.br/download.php?path=1gqilxr7vo6uqtyaq4lq.pdf>. Acesso em: 25 Maio de 2013.



Primeira geração (representados pelos direitos civis; as primeiras liberdades exercidas contra o Estado) Segunda geração (representados pelos direitos políticos/sociais; direitos de participar do Estado), terceira geração (econômicos, sociais e culturais; e a mais importante seria o representado pelos movimentos ecológicos) e quarta geração (exemplificados pela pesquisa biológica, defesa do patrimônio genético etc.). Com essas classificações o autor conclui que os direitos surgem com o progresso técnico da sociedade, as gerações refletem as evoluções tecnológicas da sociedade, criando novas necessidades para os indivíduos.¹⁴

Cumprido ressaltar, contudo, que Bobbio¹⁵ afirma ainda ser direito de terceira geração que, “ao lado dos direitos, que foram chamados de direitos da segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos da terceira geração [...] O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”. Assim, confirma o referido ao autor ser o meio ambiente de extrema importância ao homem.

Justamente por ser de terceira geração, o direito ao meio ambiente, consiste num direito-dever, de forma que a pessoa conquanto o titularize deve também preservá-lo.

Após o ressalte conferido pela ONU ao meio ambiente, a Assembleia Constituinte Brasileira inseriu no corpo da Constituição Federal de 1988 um capítulo ao meio ambiente, no qual estabelece a sua imprescindibilidade ao ser humano e impõe ao Poder Público e à coletividade a obrigação quanto a sua preservação. A Constituição brasileira, em seu art. 225, *caput*, expressa, de forma clara que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos fundamentais conferidos ao homem, vejamos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, 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.¹⁶

¹⁴BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Disponível em: <http://pt.shvoong.com/books/1768229-era-dos-direitos/>. Acesso em: 02 de Junho de 2013.

¹⁵ Ibid

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.05.2003/CON1988.pdf. Acesso em: 03 de Março de 2013.

O Supremo Tribunal Federal corrobora ser o direito ao meio ambiente como de terceira dimensão, tal afirmativa é observada no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.164/SP de 30.10.1995. Veja-se parte da ementa:

[...] a norma inscrita no art. 225, parágrafo 4º, da Constituição não atua, em tese, como impedimento jurídico a efetivação, pela União Federal, de atividade expropriatória destinada a promover e a executar projetos de reforma agrária nas áreas referidas nesse preceito constitucional, notadamente nos imóveis rurais situados no pantanal matogrossense. A própria Constituição da República, ao impor ao Poder Público o dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental, não o inibe, quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada, de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio a necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (CF, art. 186, II), sob pena de, em descumprindo esses encargos, expor-se a desapropriação-sanção a que se refere o art. 184 da Lei Fundamental. A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração - princípio da solidariedade - o direito a integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164/SP, Tribunal Pleno, Rel.Min. Celso de Mello, j. 30.10.1995).¹⁷

Dessa forma, conclui-se que o meio ambiente sadio é direito fundamental ínsito a pessoa humana, haja vista, há intricada relação de dependência do homem ao meio ambiente. Considerado como direito de terceira geração e posto como direito fundamental, a proteção a este tipo ímpar de direito deve ser feita de forma conjunta pelo Poder Público.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>. Acesso em 03 de Março de 2013.



5. PANORAMA ATUAL DO MEIO AMBIENTE

Sem a ambição de exaurir o tema a respeito do atual estado ambiental do planeta, algumas considerações devem ser feitas para que se compreenda a necessidade de se atentar ao fato de que as agressões ao meio ambiente importam em desrespeito a Constituição da República.

Não apenas no Brasil, mas ao redor do globo, diversas organizações defensoras do meio ambiente vêm alertando a necessidade de frear o consumo mundial exagerado, de preservarmos os recursos naturais sob pena de extinção da vida no planeta.

O atual nível de consumo mundial alcançou níveis alarmantes, levando o planeta a produzir além da sua capacidade produtiva, como bem assinala a ONG WWF-Brasil no relatório planeta vivo de 2008 sobre os estudos do consumo mundial.

De acordo com o documento, o atual nível de consumo coloca em risco a futura prosperidade do planeta com impacto no custo de alimentos, água e energia. "Se a nossa demanda por recursos do planeta continuar a aumentar no mesmo ritmo, até meados dos próximos anos 30 (década entre 2030 e 2040) nós precisaremos do equivalente a dois planetas para manter o nosso estilo de vida", disse o diretor da WWF International, James Leape.¹⁸

Estamos usando as dádivas da natureza como se tivesse mais que um planeta à nossa disposição. Tirar dos ecossistemas e processos naturais mais do que pode ser repostos põe em perigo nosso próprio futuro. A conservação da natureza e o desenvolvimento sustentável andam de mãos dadas. Não se trata apenas da preservação da biodiversidade e áreas naturais, se trata também de proteger o futuro da humanidade – nosso bem-estar, nossa economia, nossa segurança alimentar, nossa estabilidade social, e nossa própria sobrevivência.

Inúmeros fenômenos climáticos têm sido observados devido as agressões ao meio ambiente, fenômenos tais como a chuva ácida, aumento da temperatura do planeta, degelo das calotas polares e etc., causam extremo mal a vida no globo. Estes e outros fenômenos climáticos põem em risco a continuidade na vida na terra devido ao desequilíbrio causado pela exploração dos recursos naturais sem que haja tempo da natureza os repor.

¹⁸ Disponível em <http://www.wwf.org.br/informacoes/biblioteca/?25500/Relatorio-Planeta-Vivo-2008>. Acesso: 20 de setembro de 2013.

Cumpra ressaltar que o homem tem seu corpo físico composto de aproximadamente 75% de água, ou seja, o homem depende diretamente da água para sobreviver, sem ela estaria sentenciado à morte, conforme expõe Miranda:

O corpo humano é composto de água, entre 70 e 75%. Na média, a proporção de água no corpo humano é idêntica a proporção entre terras emersas e águas na superfície do planeta Terra. Estranha coincidência. Melhor não tirar nenhuma inferência ou conclusão. O percentual de água no organismo humano diminui com a idade: entre 0 e 2 anos de idade é de 75 a 80 %; entre 2 e 5 anos cai para 70 a 75%; entre 5 e 10 anos fica entre 65 a 70%; entre 10 e 15 anos diminui para 63 a 65% e entre 15 e 20 anos atinge 60 a 63%. Aí vem um período de maior estabilidade, como na vida psíquica, mas sem muitas garantias: entre 20 e 40 anos esse teor de água no corpo humano fica entre 58 a 60%.

Entre os 40 e os 60 anos, essa percentagem cai para 50 a 58%. A seiva parece diminuir ou ficar mais concentrada. Acima de 60 anos, o humano segue sua desidratação. É como se nos idosos metade da existência fosse água e o resto, sólidas resíduas e recordações. No próprio corpo humano, os teores de água variam. Os órgãos com mais água são os pulmões (mesmo se vivem cheios de ar) e o fígado (86%). Paradoxalmente, eles têm mais água do que o próprio sangue (81%). O cérebro, os músculos e o coração são constituídos por 75% de água.

Como toda essa água entra no corpo humano? Menos da metade da água necessária ao corpo humano (47%) chega por meio de copos de sucos, cerveja, água mineral, água fresca da moringa etc. Uma parte significativa de água, o corpo absorve através da respiração celular (14%). O resto da água necessária à vida chega através dos alimentos (39%). Vegetais existem para ser bebidos e não comidos.¹⁹

Assim, não há como dissociar o homem do meio ambiente, ele não apenas encontra-se neste meio, como também é parte integrante de toda natureza terrestre. Deve, portanto, utilizar de forma consciente os recursos disponíveis para que a presente e futuras gerações disponham de meios de sobrevivência.

CONCLUSÃO

Não haveria outra forma de concluir este trabalho, senão no sentido de reconhecer o Direito ao Meio Ambiente Saudável como o principal direito humano, direito este

¹⁹ MIRANDA, E. E. de. *Água na natureza, na vida e no coração dos homens*. Campinas, 2004. Disponível em: <<http://www.aguas.cnpm.embrapa.br>>. Acesso em: 20 de Abril de 2014.



intrinsecamente ligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Auferindo a esse direito, o status de garantidor de toda vida existente, pois não há que se falar em dignidade da pessoa humana, tão pouco na constituição e manutenção da sociedade, se não existirem condições da vida humana se desenvolver de forma harmônica.

No Brasil, a Constituição da República se apresenta como ápice da organização normativa, ou seja, a Constituição está no topo da cadeia normativa, devendo ser observada por todos os poderes, bem como por todos os indivíduos da sociedade.

A dignidade da pessoa humana, elevada a princípio constitucional, está intrinsecamente interligada a existência do meio ambiente saudável que possibilite a continuidade da própria vida. Sem o mínimo existencial que permita a vida humana, o homem estará fadado à morte.

A Carta Magna prevê o direito fundamental ao meio ambiente em seu artigo 225, direito este de terceira geração, afirmando ser destinado a presente e futuras gerações. Logo, é responsabilidade tanto dos Poderes constituídos quanto da sociedade o uso consciente e a preservação do meio ambiente, sob pena de faltarem recursos para que a vida prossiga sob o globo.

Por isso, os preceitos constitucionais devem ser respeitados e efetivados de modo a preservar as condições básicas para a existência da vida no planeta, e, por conseguinte ocorrerá a preservação do meio ambiente saudável, onde a humanidade possa viver de forma digna.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

A BÍBLIA. Disponível em <https://www.bibliaonline.com.br/acf/mt/22>. Acesso em: 03 de março de 2013.



BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.05.2003/CON1988.pdf. Acesso em: 03 de Março de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>. Acesso em: 03 de Março de 2013.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Disponível em: <http://pt.shvoong.com/books/1768229-era-dos-direitos/>. Acesso em: 02 de Junho de 2013

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRANDA, E. E. de. *Água na natureza, na vida e no coração dos homens*. Disponível em: <<http://www.aguas.cnpm.embrapa.br>>. Acesso em: 20 de Abril de 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.



A EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL E O ÔNUS DA PROVA: PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A DINAMIZAÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO

Felipe Gonçalves Rangel

Graduado em Direito pela Faculdade Mackenzie-Rio. Advogado. Pós-graduando em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O processo de conhecimento lida com uma crise de incerteza e, por isso, a atribuição do ônus da prova possui o efeito de orientar a atuação das partes e a decisão do juiz. Apesar de o Código de Processo Civil ter adotado a concepção estática sobre a distribuição do ônus da prova, há outros mecanismos que permitem a busca do equilíbrio na relação jurídico-processual. A essência desse trabalho é abordar tais mecanismos e analisar a forma como estes contribuem para a construção de uma decisão justa, o que faz do processo um meio efetivo para a pacificação social de acordo com a realidade fática do jurisdicionado.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Prova. Ônus da Prova. Poderes Instrutórios do Juiz. Efetividade.

Sumário: Introdução. 1. Análise Histórica do Processo e da Prova. 2. Princípios Norteadores da Atividade Probatória. 3. Poderes Instrutórios do Juiz e a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil brasileiro, instituído pela Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973, adotou a Teoria Estática sobre o Ônus da Prova ao prever em seu artigo 333 que incumbe ao autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Contudo, a regra estática prevista no Código de Processo Civil pode conduzir a julgamentos injustos e atentar contra a efetividade processual, a qual não se limita a prolação de uma decisão e solução de um litígio, mas abrange também a ideia de uma solução justa.



Desse modo, surge o pensamento de que o juiz deve ter poderes para instrução do processo e relativização do encargo probatório previsto no Código de Processo Civil a fim de manter um equilíbrio na relação jurídica de direito processual,

Baseada em tais fundamentos, a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova tem seu marco inicial no final do século XX, quando juristas argentinos, sob a coordenação de Jorge W. Peyrano, delinearão e sistematizaram seus contornos, batizada de Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas.

Assim, o presente trabalho adota a metodologia do tipo descritiva bibliográfica qualitativa e busca desenvolver uma ideia contemporânea de efetividade processual, o que implica em uma postura mais ativa do juiz na fase instrutória do processo, inclusive com a relativização da regra sobre o ônus da prova prevista no Código de Processo Civil, com o objetivo de alcançar um resultado justo e capaz de contribuir para pacificação dos conflitos existentes na sociedade moderna.

No primeiro capítulo do trabalho é realizada uma abordagem da evolução histórica do processo, o que possibilitará uma reflexão acerca do verdadeiro objeto do processo e ajudará na compreensão do conceito de efetividade processual.

O segundo capítulo baseia-se na análise dos princípios norteadores da atividade probatória, no qual objetiva-se avaliar os principais fundamentos que orientam a conduta do magistrado para solucionar as crises de incertezas levadas à análise do Poder Judiciário.

No terceiro capítulo é realizada uma análise da importância da fase instrutória e da distribuição do ônus da prova para o processo civil, bem como uma análise da efetividade processual e a relação existente entre a fase instrutória e o processo como meio efetivo a pacificação social.

1. ANÁLISE HISTÓRICA DO PROCESSO E DA PROVA

A análise da evolução histórica do processo permite concluir que desde a Antiguidade pretendia-se que os conflitos existentes na sociedade fossem submetidos a julgamento por uma autoridade pública. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco¹, é possível verificar a existência de três fases metodológicas na história do processo, compreendidas em período de sincretismo, período autonomista ou conceitual e período teleológico ou instrumentalista.

¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 259.



O período de sincretismo foi marcado pelo estudo do processo como parte integrante do direito material. Não se reconhecia, neste período, a independência do direito processual em relação ao direito material e os conhecimentos eram puramente empíricos, sem conceitos próprios e sem definição de um método².

No segundo período, denominado como autonomista ou conceitual, buscou-se aprimorar os conceitos já existentes acerca do processo, definir novos institutos e construir uma estrutura ordenada.

O período autonomista foi marcado pela divergência a respeito da *actio* romana existente entre dois juristas alemães, Bernardo Windscheid e Teodoro Muther. Para Windscheid, ação significava direito à tutela jurisdicional, o qual decorria da violação de outro direito. Contudo, para Muther, poderia haver ação sem direito, eis o poder conferido aos magistrados de decidir até mesmo contra a lei e, assim, era mais importante a decisão do juiz do que o que constava no direito objetivo³.

A divergência entre os dois juristas permitiu reconhecer ao direito processual um caráter autônomo em relação a direito material, inclusive como ciência autônoma, com “método e objetos próprios, de modo a libertá-lo, por completo, da sua até então incômoda condição de mero apêndice do Direito Privado”⁴.

O terceiro período é marcado pelas ideias desenvolvidas por alguns estudiosos que passaram a ver o direito processual não só como uma ciência autônoma, mas também como um meio que busca alcançar objetivos certos baseados na efetiva prestação jurisdicional pelo Estado.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco⁵

Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de alguns estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional – o que abriu o caminho para o realce hoje dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual, ao valor do acesso à justiça e, numa palavra, à instrumentalidade do processo.

Mauro Cappelletti⁶ afirmou que o direito processual deveria buscar a ampliação de mecanismos de assistência judiciária ao jurisdicionado, o desenvolvimento de

² Ibidem. p. 260.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do Código de Processo Civil brasileiro. *Revista do Curso de Direito da FUMEC*, Porto Alegre: v. 2, p. 10-15, jan. 2000.

⁵ DINAMARCO, op. cit., 2013, p. 262.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12



instrumentos de legitimação e tutela aptos a assegurar os interesses difusos, além da facilitação do acesso à justiça, o que englobava as ideias anteriores e incluía uma tentativa de atacar as barreiras que impedissem o acesso à justiça.

Assim, é possível verificar que o terceiro período é preocupado com uma ideia de efetividade processual, mas também busca equilibrar os dois períodos anteriores a fim de não retornar ao pensamento de que o processo é mera parte integrante do direito material e superar o segundo período que se baseava somente no estudo do processo como ciência autônoma sem se atentar para o objetivo maior: a tutela jurisdicional.

Em relação às provas, sua análise história permite concluir pela significativa mudança do instituto na medida em que rompeu com ideias ligadas à religião, existente na antiguidade, para estabelecer critérios objetivos (meios de prova) e subjetivos (influência da prova no convencimento do julgador).

Conforme aborda João Batista Lopes⁷, na época da sociedade medieval, a prova dos fatos era fortemente influenciada pela religião, ou seja, a proteção divina era invocada na busca da verdade.

Ensina Humberto Theodoro Júnior⁸ que

Após a queda do Império Romano, houve, além da dominação militar e política dos povos germânicos, a imposição de seus costumes e de seu direito. Aconteceu, porém, que os germânicos, também chamados de *bárbaros*, possuíam noções jurídicas muito rudimentares e, com isso, o direito processual europeu sofreu enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana. (...) Numa segunda etapa, houve enorme exacerbação do fanatismo religioso, levando os juízes a adotar absurdas práticas na administração da Justiça, como os “juízos de Deus”, os “duelos judiciais” e as “ordálias”. Acreditava-se, então, que a divindade participava dos julgamentos e revelava sua vontade por meio de métodos cabalísticos.

João Batista Lopes⁹ comenta que a busca da verdade através das ordálias, também chamadas de julgamentos ou juízos de Deus, consistia no emprego de expedientes cruéis e até mortais que culminavam em um castigo ao mentiroso. Se o suposto infrator saísse ileso ou se recuperasse rapidamente, seria considerado inocente. Mas caso sofresse com a medida adotada na produção da prova, seria considerado culpado. A sociedade medieval entendia que Deus protegia o inocente por meio de um milagre, o que o livraria do mal causado pela prova.

⁷LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 14

⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil I*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 10.

⁹LOPES, op. cit, p. 15



Lopes¹⁰ cita, a título de exemplo, a prova das serpentes, na qual o acusado era lançado no meio delas e considerado culpado se fosse mordido pelos répteis; e a prova do fogo, na qual o acusado era obrigado a caminhar descalço sobre ferros quentes. Se saísse ileso de queimaduras seria considerado inocente.

Em relação às ideias primitivas e fanáticas da sociedade medieval acerca da prova, Humberto Theodoro Júnior¹¹ comenta que:

O processo era extremamente rígido (formal), e os meios de provas eram restritos às hipóteses legais, nenhuma liberdade cabendo ao juiz, que tão-somente verificada a existência da prova.

O juramento, outro meio de prova dos mais antigos, ainda sobrevive em vários países. Consiste em invocação da divindade como testemunha da verdade, do que decorre a imposição de castigo ao acusado, na hipótese de mentira¹².

O duelo ou combate judiciário era o meio de prova pelo qual colocava-se em confronto físico os supostos infratores e que possuíam versões opostas para os fatos. O vencedor do duelo seria considerado inocente, já que a sociedade medieval acreditava que “Deus não permite a vitória do litigante desassistido de razão”¹³.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE PROBATÓRIA

Os princípios são normas com um maior grau de abstração e que estabelecem fundamentos normativos para a aplicação e interpretação do Direito. São pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível¹⁴.

Segundo Canotilho¹⁵, princípios “são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio”.

Na norma jurídica brasileira a tendência é de conferir ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios, independentemente da natureza jurídica da relação debatida no processo, seja ela material ou processual, sendo que tais poderes estão diretamente ligados ao respeito de alguns princípios, que seriam eles:

¹⁰Ibidem. p. 15-16

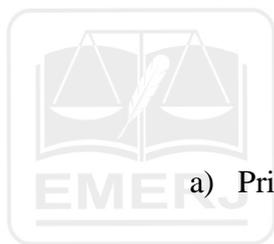
¹¹THEODORO JÚNIOR, op. cit, p. 10

¹² LOPES, João Batista, op. cit., p. 16

¹³ Ibidem.

¹⁴ ÁVILA apud KARL LARENZ, *Richtiges Recht*, München: Beck, 1979, p. 23, 26.

¹⁵ CRETILLA NETO, José. *Fundamento Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 24-25.



a) Princípio da Isonomia:

Também denominado de “princípio da igualdade perante a lei” ou “princípio da igualdade processual das partes”, o princípio da isonomia está insculpido no artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Tal princípio se subdivide em igualdade material e igualdade formal. A primeira expressa a igualdade efetiva perante os bens da vida. A segunda a igualdade perante as normas jurídicas.¹⁶

Segundo José Cretella Neto¹⁷,

a igualdade deve ser entendida como a equiparação de todos os homens no que diz respeito à fruição e ao exercício de direitos, assim como à sujeição a deveres e obrigações. Não consiste em uma igualdade de tratamento apenas perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.

A aplicação do princípio da isonomia no processo judicial dá origem à igualdade processual das partes, que norteia o processo civil, conforme prevê o artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil.

b) Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa:

O princípio do contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, traz em seu arcabouço três consequências básicas: a) a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores; b) só há relação processual completa após regular citação do demandado; c) toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.¹⁸

Humberto Theodoro Júnior¹⁹ afirma que o contraditório “consiste na necessidade ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo”

Desse modo, em regra, não se admite que uma decisão judicial seja proferida sem que seja oportunizada a oitiva das partes, o que representa uma garantia de participação destas na formação do convencimento do julgador.

Aliás, deve ser observado que o princípio do contraditório e da ampla defesa possui íntima ligação com a igualdade das partes e com o direito de ação, visto que a

¹⁶ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 517.

¹⁷ CRETELLA NETO, op. cit., p. 24-25

¹⁸ Ibidem, p. 34

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 33



Constituição Federal prever as referidas garantias para o direito de ação e para o direito de defesa.²⁰

Assim, autor e réu terão as mesmas oportunidades de influir na formação da decisão judicial.

No momento da produção de provas, é extremamente necessária a observância do princípio da ampla defesa, tendo em vista que uma vez cerceado poderá acarretar em sérios prejuízos e até mesmo na nulidade do processo.

Observe-se que a fase processual de colheita da prova é a mais suscetível à argumentação de cerceamento de defesa, eis a possibilidade de que o juiz não admita a produção de determinada prova previamente protestada pela parte interessada.

Sendo assim, o juiz deve agir com cautela a fim de não privar a parte do seu direito de defesa, o qual deverá ser exercido de forma ampla, não se justificando sua limitação de forma imotivada quando as circunstâncias assim não o exigirem.

c) Princípio da Proibição de Provas Ilícitas:

Tal princípio se encontra previsto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988, e veda a produção de prova ilícita no processo.

Para aferir a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova é necessário saber se o seu conteúdo, a forma como foi obtido o material probatório ou o meio através do qual ele é inserido no processo são lícitos.

Não se pode esquecer das provas ilícitas por derivação, a teoria dos frutos da árvore envenenada, onde provas lícitas são produzidas a partir de outras ilegalmente produzidas. Em tais casos, o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido de inadmissibilidade das provas ilícitas produzidas por derivação²¹.

d) Princípio Dispositivo:

O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão.

Para Ada Pellegrini Grinover²², o juiz não mais se limita a assistir inerte à produção de provas no processo civil, tendo em vista que pode e deve assumir a

²⁰ NERY, Nelson Junior. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8 ed., rev., atual., amp.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 170.

²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2 vol. 5. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 36-37.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; Cintra, Antonio Carlos Araujo. *Teoria Geral do Processo*. 28 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2012, p. 71.



iniciativa destas, conforme autoriza o disposto nos artigos 130 e 342 do Código de Processo Civil. Contudo, na maioria dos casos em que se está em debate direitos disponíveis, o juiz poderá satisfazer-se com a verdade formal, ou seja, aquela produzida pelas partes no processo.

e) Princípio da Imparcialidade:

O princípio da imparcialidade diz respeito ao fato de que a atitude do juiz não deve ensejar em favorecimento de tratamento a nenhuma das partes, o que não quer dizer que o juiz deve adotar uma conduta de indiferença em relação à condução e ao resultado do processo, mas que deve assegurar às partes igualdade de tratamento, nos termos do artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil.

Justamente por isso, a doutrina afirma que imparcialidade não se confunde com neutralidade. Juiz imparcial é aquele que conduz o processo sem conceder favorecimentos indevidos a qualquer das partes, como, por exemplo, a concessão a uma delas de oportunidade mais ampla para expor e sustentar suas razões. Juiz neutro é aquele indiferente ao êxito do processo. De certo, não se pode afirmar que o magistrado deve ser neutro, visto que um juiz zeloso não pode deixar de ter interesse no desfecho justo do processo. Em outras palavras, o juiz zeloso sempre terá interesse na vitória daquele que tem melhor direito.²³

f) Princípio da Aquisição Processual ou Comunhão da Prova:

Segundo tal princípio, a prova, uma vez produzida, desgarra-se daquele que a produziu e é incorporada ao processo, não podendo ser dele extraída ou desentranhada, salvo exceções, conforme artigo 1.215, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil.

A prova produzida no processo não tem mais ou menos valor em razão de quem a produziu. Ou seja, pouco interessa ao processo se a prova do fato constitutivo ou do fato extintivo, por exemplo, foi produzida pelo autor ou pelo réu. Isso porque, depois de produzida, a prova é comum às partes e pertence ao processo, e não a quem a produziu.²⁴

Sendo assim, cabe ao juiz considerar todo conteúdo probatório que tenha sido produzido no processo, sem se preocupar com quem exerceu tal mister, tendo em vista que a prova adere ao processo, sendo irrelevante quem a produziu²⁵.

²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz. In: *Temas de Direito Processual Civil*. 7. Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994, p. 19-30

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O juiz e a prova". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, n° 35, p. 181.

²⁵ DIDIER JR., op. cit., p. 26-27



g) Princípio do Ônus Objetivo:

O princípio do ônus objetivo orienta o julgador quando houver insuficiência de prova e, nesse caso, impõe a regra de julgamento desfavorável àquele que tinha o encargo de produzir a prova, mas não se desincumbiu do seu ônus²⁶.

Desse modo, após verificar que um fato não foi provado, o juiz imputará a uma das partes as consequências desfavoráveis decorrentes da falta da prova, o que terá por fundamento as regras de distribuição do ônus da prova.

h) Princípio da Cooperação:

De acordo com o princípio da cooperação, as partes têm o dever de se conduzir no processo com lealdade, probidade e boa-fé. Assim, a atuação das partes deve ser voltada para um auxílio com o órgão jurisdicional na busca da verdade dos fatos e, desse modo, na produção de uma sentença justa.²⁷

Tal princípio se fundamenta no fato do processo ser visto como um produto da atividade cooperativa das partes e do juiz a fim de que todos alcancem um objetivo comum, qual seja: o provimento jurisdicional adequado.

3. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

O poder instrutório do juiz na condução da marcha processual está previsto basicamente no artigo 130 do CPC. De acordo com o referido dispositivo, cabe ao juiz determinar a produção das provas necessárias ao processo, de ofício ou a requerimento das partes, e indeferir as inúteis ou protelatórias.

O artigo 342 do CPC prevê que o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa. O artigo 418, inciso I, do CPC prevê que o juiz pode ordenar de ofício a inquirição de testemunhas referidas nos depoimentos das partes ou das testemunhas. E, de acordo com o artigo 440 do CPC, o juiz pode, de ofício, inspecionar pessoas ou coisas a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Desse modo, verifica-se que o Código de Processo Civil atribui amplos poderes ao juiz na fase instrutória, que lhe permite a produção de provas independente do requerimento das partes.

²⁶ Ibidem, p. 31.

²⁷ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p.85



A atribuição de iniciativa probatória ao juiz tem por fundamento a igualdade material entre as partes, de modo a permitir um equilíbrio na relação jurídica processual e a busca de uma decisão justa. Tal não viola a imparcialidade do juiz porque, ao determinar a prova, o julgador sequer sabe quem será beneficiado com a sua produção.

Também não há que falar em violação ao disposto no artigo 333 do CPC, tendo em vista que o objetivo do referido artigo é orientar as partes na instrução processual a fim de que estas tenham ciência do que devem provar e os riscos que correm ao não cumprirem seu ônus. Assim, em um primeiro momento, o referido dispositivo prevê uma regra de instrução, a qual, somente em eventual falta da prova, será uma regra de julgamento a orientar o juiz em uma situação de dúvida invencível sobre as alegações de fato da causa.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni²⁸ afirma que

É mais do que evidente que um processo que pretenda estar de acordo com o princípio da igualdade não pode permitir que a “verdade” dos fatos seja construída indevidamente pela parte mais astuta ou com o advogado mais capaz. A necessidade de imparcialidade judicial não é obstáculo para que o juiz possa determinar prova de ofício. Imparcialidade e neutralidade não se confundem. (...) A existência de normas sobre o ônus da prova, entendidas como regras de julgamento, tampouco impedem o juiz de instruir de ofício o processo, isso porque só se legitima o julgamento pelo art. 333, CPC, se, exauridas todas as possibilidades probatórias, o órgão jurisdicional ainda não se convence a respeito das alegações de fato das partes.

Ademais, se a solução do litígio está nas mãos do Estado, na visão de um “Estado-social”, o juiz não pode se contentar com a atividade apenas das partes, eis que tal representa uma posição passiva e conformista, que poderá levar a uma decisão injusta e que não corresponda a realidade fática submetida a julgamento²⁹.

Através da análise do artigo 131 do CPC, observa-se que o Direito Brasileiro adotou o Princípio do Livre Convencimento Motivado, segundo o qual, na apreciação da prova o juiz formará livremente seu convencimento, condicionado aos fatos e circunstâncias constantes no processo³⁰, devendo motivar sua decisão, até mesmo em cumprimento ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Em relação à distribuição do encargo probatório, o Código de Processo Civil adotou uma concepção estática do ônus da prova, na qual o encargo probatório é distribuído *a priori*, visto que o artigo 333 do CPC determina que incumbe ao autor

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 180.

²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 107-109.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 426



provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor.

Desse modo, verifica-se que o artigo 333 do CPC prevê uma distribuição do encargo probatório que tem por premissa a natureza dos fatos a serem provados³¹.

Contudo, a regra prevista no artigo 333 do CPC não impede que o juiz verifique a inviabilidade da distribuição estática do ônus da prova e adote outros critérios para a atribuição do encargo probatório. Isso porque, apesar da clareza do referido dispositivo legal, tal regra pode se afigurar insuficiente para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, devendo o juiz, no cumprimento de seu dever de auxílio com as partes, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar³².

A dinamização do encargo probatório é baseada na Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova, que teve seu marco inicial no final do século XX, quando juristas argentinos, sob a coordenação de Jorge W. Peyrano, delinearão e sistematizaram seus contornos, batizada de Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas.³³ Seu objetivo é complementar as atuais normas acerca do encargo probatório, visto que admite a flexibilização da regra do artigo 333 do CPC, quando esta se apresentar inadequada ao caso concreto.

Segundo Humberto Theodoro Júnior³⁴,

A dinamização do encargo probatório manifesta um abrandamento do rigor da literalidade do artigo 333 do CPC, o qual depende das condições particulares do caso concreto e não tem por objetivo revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-los a luz de princípios inspirados na ideal de um processo justo.

Ao distribuir o encargo probatório, a teoria da carga dinâmica leva em consideração a facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, com o objetivo de possibilitar que ela seja efetivamente produzida no processo, contribuindo para o esclarecimento da controvérsia e solução do litígio. A dinamização importa na atribuição do ônus de provar àquela parte que tem maior facilidade probatória³⁵.

Aliás, conforme exposto no capítulo anterior, a fase instrutória é norteadá pelo Princípio da Cooperação, segundo o qual o processo deve ser visto como uma atividade

³¹ MARINONI, op. cit., p. 336

³² Ibidem. p. 337.

³³ CREMASCO, op. cit., p. 71.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 432.

³⁵ MARINONI, op. cit., p. 337.



cooperativa das partes e do juiz para que se alcance o provimento jurisdicional justo e adequado.

Nesse sentido, a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova visa a implementar essa cooperação a fim de que o julgador não fique limitado às regras estabelecidas aprioristicamente no artigo 333 do CPC e possa distribuir o encargo probatório de forma diversa do disposto no referido artigo, quando a situação posta a análise assim o recomendar.

Luiz Guilherme Marinoni³⁶ afirma que não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Segundo o autor, em determinados casos a distribuição fixa pode se afigurar insuficiente para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, situações nas quais o juiz tem o dever de dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontra em melhores condições de provar, em razão de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova.

A ideia de efetividade processual condiz com o pensamento de que o processo não deve ser visto como um fim em si mesmo, mas como um instrumento apto a tutela justa e adequada do direito material³⁷.

Portanto, apesar de o Código de Processo Civil não possuir regra expressa que permita a dinamização do ônus da prova, esta é possível em observância ao dever de colaboração e à ideia de que o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva passa pelo direito ao provimento jurisdicional justo, condizente com a realidade fática.

Não por outro motivo, Fredie Didier Jr.³⁸ afirma que a distribuição dinâmica do ônus da prova decorre dos princípios constitucionais da igualdade (artigo 5º, *caput*, CR/88 e artigo 125, inciso I, CPC), visto que entre as partes deve haver uma paridade real de armas e equilíbrio substancial entre elas; do devido processo legal (artigo 5º, inciso XIV, CR/88), eis que processo devido é aquele que produz resultados justos; e do acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, CR/88), o qual garante uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

Deve ser observado que a distribuição dinâmica do ônus da prova é uma medida excepcional, motivo pelo qual somente deve ser adotada quando as

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 64.

³⁸ DIDIER JR., op. cit., p. 97-98.



peculiaridades da situação concreta do processo assim a recomendarem, após a constatação da inviabilidade na aplicação do disposto no artigo 333 do CPC.

Assim, para a correta dinamização do ônus probatório, faz-se necessária a observância de dois requisitos. Um de natureza material. Outro de natureza processual.

O requisito material consiste na constatação de que a parte encarregada pelo artigo 333 do CPC se encontra em uma situação de hipossuficiência probatória em relação ao seu adversário, o qual detém em seu poder as provas necessárias à instrução do processo (ex.: médico que detém o prontuário e os exames do paciente)³⁹.

O requisito processual (ou formal) exige que seja oportunizada a produção probatória ao novo onerado e a motivação da decisão que dinamiza o encargo probatório⁴⁰, até mesmo pela regra do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

De certo, por se tratar de uma medida excepcional, não poderá o juiz surpreender as partes com a dinamização do ônus da prova no momento da sentença, sem que antes tenha oportunizado a produção probatória, eis que tal conduta violaria o contraditório, a ampla defesa e o dever de colaboração.

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, também atribui poderes instrutórios ao julgador, o que foi expresso, basicamente, no artigo 370 do NCPC, que prevê que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

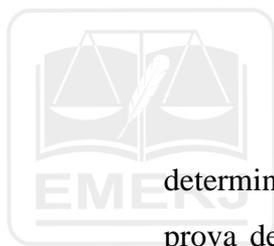
O artigo 373 do Novo Código de Processo Civil reproduz a mesma regra do artigo 333 da Lei 5.869/73 – atual CPC – ao prever em seus incisos I e II que incumbe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Contudo, pela análise do §1º do artigo 373 do Novo CPC, verifica-se que este acolheu a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova ao prever que, nos casos previstos em lei ou diante das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo de acordo com a distribuição estática do ônus probatório ou diante do maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso do estabelecido nos incisos I e II do artigo 373.

Aliás, verifica-se que o referido dispositivo legal também adotou o requisito material e o requisito formal para a dinamização do encargo probatório. Isso porque

³⁹ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 187.

⁴⁰ MARINONI, op. cit., p. 338.



determina que sejam analisadas as condições do caso concreto para atribuir o ônus da prova de modo diverso e determina que tal medida se dê por decisão fundamentada, conferindo à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Desse modo, verifica-se a preocupação do legislador em possibilitar um efetivo acesso à justiça sem afastar por completo a regra estática sobre a distribuição do ônus da prova. Em outras palavras, no novo CPC foram reproduzidas as regras atuais sobre a distribuição do encargo probatório, mas também foi expressamente acolhida a possibilidade de dinamização de tal encargo em observância aos critérios já desenvolvidos pela doutrina brasileira.

CONCLUSÃO

Realizadas as considerações acerca do momento da produção da prova no processo e sua importância para a efetividade processual, espera-se ter atingido o objetivo de demonstrar que um processo efetivo é aquele baseado em um resultado justo, que corresponda à realidade fática do jurisdicionado.

Apesar de o Código de Processo Civil vigente, Lei 5869/73, adotar a Teoria Estática do Ônus da Prova, tal não representa óbice a uma postura mais ativa do juiz e sensível à situação das partes, de modo a permitir que em determinado caso concreto seja afastada a regra prevista no artigo 333 do CPC e seja determinada a dinamização do encargo probatório.

Além do mais, conforme já analisado, o novo Código de Processo Civil adotará expressamente a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova, a qual terá os mesmos requisitos formais e materiais que hoje já vêm sendo adotados pela doutrina e pela jurisprudência.

Constata-se que os poderes probatórios atribuídos ao juiz são essenciais para a busca de um processo justo, visto que não se pode admitir uma postura indiferente do magistrado quando este verificar a necessidade da produção de determinada prova, sendo certo que a ideia de juiz ativo tem por fundamento o princípio da isonomia e não viola imparcialidade do magistrado, eis que antes de determinar a prova o juiz sequer sabe quem será beneficiado com a sua produção.

Desse modo, conclui-se que o ideal de processo como um instrumento de Justiça deve ser norteado pela busca da realidade fática e aperfeiçoamento dos



mecanismos necessários para tanto, os quais têm como principal fundamento o princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 5. ed., rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

ÁVILA *apud* KARL LARENZ, *Richtiges Recht*, München: Beck, 1979.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do Direito Material sobre o Processo*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

CRETELLA NETO, José. *Fundamento Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2 vol. 5. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O Projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz. In: *Temas de Direito Processual Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil I*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.



SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR: UMA REFLEXÃO SOBRE OS LIMITES DE PROTEÇÃO DO VULNERÁVEL.

Felipe Lopes Fernandes Mattos

Graduado em Direito pela Faculdade da Cidade – Univercidade. Pós-graduando no Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – Emerj.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo conceituar o consumidor, o superendividamento ativo e o passivo, traz as responsabilidades das instituições financeiras e do marketing agressivo e o uso da má-fé no tratamento dos seus produtos e serviços. Por fim e não menos importante, traz os limites de aplicação do instituto do superendividamento aos consumidores, uma vez que, só haverá sua aplicação aos consumidores que estiverem de boa-fé.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Superendividamento. Consumidor. Vulnerabilidade. Lei 8.078/90.

Sumário: Introdução. 1. Conceito e linhas gerais do Superendividado. 2. Responsabilidade das instituições financeiras e do *Marketing* agressivo. 3. Limites de sua aplicação aos consumidores. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O superendividamento é um fenômeno extremamente atual que se tornou um problema multidisciplinar, que gera a exclusão total do consumidor do mercado de consumo, parecendo uma nova espécie de morte civil, como dizem alguns doutrinadores.

O trabalho apresentado aborda o tema da necessidade de tutela jurídica no ordenamento pátrio acerca do fenômeno do superendividamento do consumidor frente o processo de complexização das relações de consumo em face do aumento da publicidade de massa, posto que ainda não foi tratado pela lei brasileira de maneira específica. Apesar disso, o aplicador da lei pode se amparar no Código Civil e no Código de Proteção e Defesa do Consumidor a fim de proteger a vítima do superendividamento.

Pretende-se, também, por meio deste artigo demonstrar as formas já existentes, embora insuficientes, de proteção ao consumidor superendividado, quais sejam, os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social dos contratos, bem como os preceitos autorizadores de revisão contratual, de controle de publicidade e de cláusulas abusivas, assim como o combate à onerosidade excessiva dos contratos.



O presente trabalho ainda, visa a demonstrar a necessidade de elaboração de uma legislação específica sobre o superendividamento, de modo que se criem prazos de reflexão, ampliem o direito ao arrependimento e também criem planos de renegociação, dentre outras medidas que serão analisadas para que haja uma maior prevenção e solução do superendividamento.

Para tanto, utiliza-se o método de procedimento histórico, que busca explicações nos acontecimentos do passado e verifica as influências nas sociedades posteriores, e o método bibliográfico, por meio do estudo de obras doutrinárias e documentos já publicados acerca do tema.

1. CONCEITO E LINHAS GERAIS DO SUPERENDIVIDAMENTO

Primeiramente, se faz necessário identificar e delimitar quem é consumidor, para com isso, verificar ou não a real necessidade de aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. O artigo 2º da Lei 8.078/90 nos traz o conceito de consumidor, *in verbis*:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.¹

Vale mencionar também a teoria aplicada pelo STJ, quanto à inclusão das pessoas no conceito de consumidor, ele faz uso da teoria finalista mitigada, ou seja, há a aplicação da teoria finalista, mas o tribunal superior irá analisar também a questão da vulnerabilidade, seja técnica, jurídica, econômica, dentre outras. Portanto, pode-se constatar que tanto pessoa física quanto jurídica, podem figurar no conceito de consumidor.

Quanto à questão do superendividamento, é possível afirmar que existem vários conceitos acerca do tema, mas todos envolvem a mesma ideia central, qual seja, a impossibilidade do devedor de pagar todas as suas dívidas. Vale mencionar, à título de

¹ BRASIL. Lei 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 27 de abril de 2015.



curiosidade, que o termo superendividamento, também é conhecido na doutrina portuguesa como falência ou insolvência, também não há na legislação portuguesa a definição de superendividamento, o que restou para a doutrina essa responsabilidade.

A autora mais respeitada no assunto é a Claudia Lima Marques, que junto com o Ministro Herman Benjamin e Bruno Miragem trazem o conceito de superendividamento, qual seja, “o superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo, excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e alimentos, em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio”.²

Analisando o direito comparado, chega-se à conclusão de que a doutrina europeia divide o superendividamento entre passivo e ativo. O primeiro, engloba os consumidores que não contribuíram de forma direta a sua insolvência, podemos citar como exemplo, a perda do emprego, doença etc; já a segunda, a ativa, abarca os consumidores que usaram e abusaram dos seus créditos e acabaram consumindo além dos seus rendimentos, sem a necessidade aqui, pelo menos nesse primeiro momento, de aferir se houve ou não a má-fé.

Deve-se abordar um pouco mais o caso do superendividamento ativo. Em regra, ele se dá em decorrência de uma falha nos cálculos das suas despesas, aliado a isso, pode-se perceber também, a influência do marketing agressivo, que será tratado mais adiante e até mesmo, a má-fé indireta das instituições financeiras, ao conceder de forma irresponsável o crédito. Não há que se falar, necessariamente, em má-fé a esse tipo de superendividado.

É importante mencionar que no caso dos superendividados conscientes, esses ficam de fora do tratamento do superendividamento, pois, contrataram de má-fé, desde o início não tinha a intenção de pagar suas dívidas no vencimento.

² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1.051.



Deve-se abordar agora, os motivos, as razões que fazem com que os consumidores se endividam. O maior culpado de todos, é justamente a liberação do crédito, mas pode-se apontar, de forma mais específica, algumas abordagens distintas.

A primeira seria a desregulamentação dos mercados de crédito, que compreende a falta de uma redução nos sistemas de controle dos bancos e a ausência de um limite de juros.³ Outra questão, ou melhor, outra abordagem a ser feita, é quanto a redução do bem estar social, ou seja, o país que não oferece um serviço hospitalar digno, uma educação pública de qualidade, acaba onerando de forma agressiva o orçamento das pessoas.

Outra abordagem a ser feita, é quanto ao excesso de crédito disponível e a sua concessão desenfreada, a instituição financeira acaba concedendo o crédito mesmo sabendo que o endividado não tem como pagá-lo. Alguns perguntariam, se eles sabem que o pagamento será dificilmente satisfeito, por que o fazem? A resposta é muito simples, o crédito liberado a essas pessoas acaba se tornando de alto risco, e portanto, os juros que incidem são muito altos.

De fato, há diversos outros fatores que acabam influenciando o superendividamento. Uma situação sinalizada, é a teoria volitiva, chamada de controle de impulso, os consumidores se acham na necessidade de consumir desesperadamente, o mais importante, sem o menor planejamento para isso, entre a opção de consumir hoje ou juntar e economizar, esses consumidores acabam optando pela primeira alternativa.

Outra abordagem a ser considerada, é a falta de informação e de educação financeira. Em regra, ninguém ensina essas matérias às crianças ou até aos adolescentes, eles acabam aprendendo na prática. Essa ótica é tão importante, que já estudos e até mesmo aplicação na prática de matérias na educação básica, para ensinar os primeiros passos na educação financeira.

³ Diante do propósito do presente artigo, não será explicado a fundo cada abordagem. Em relação à limitação dos juros, o professor Flávio Tartuce explica muito bem esse ponto em sua obra Manual de Direito do Consumidor.



Pode-se ainda citar algumas outras abordagens quanto ao tema, como uso de cartão de crédito, que segundo alguns estudos, é o principal responsável pelo superendividamento nos Estados Unidos, pois, é muito fácil a sua utilização e muito perigosa, uma vez que os limites são previamente concedidos e a partir do seu uso, os limites são majorados sem o pedido do titular do cartão, para fazer uso dessa modalidade, é preciso muita responsabilidade e controle financeiro.

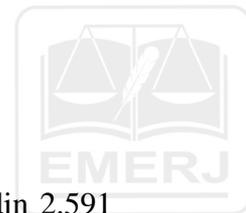
Outro vilão da sociedade atual, é a facilidade dos canais e acesso aos bancos, hoje tem-se a possibilidade de contratar empréstimos de forma eletrônica, seja na boca do caixa, caixa eletrônico, pelo internet banking ou por meio dos smartphones e tablet's. É muita facilidade para se conseguir um empréstimo bancário nos dias atuais, sem contar a falta de informação, aqui entendida de forma ampla, no momento da contratação do empréstimo.

Enfim, é fácil relacionar alguns motivos ou razões ao superendividamento nessas abordagens realizadas, sem, contudo, de excluir outras inúmeras causas que faz com que as pessoas cheguem a essa situação.

2. RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E DO *MARKETING* AGRESSIVO

Como visto no capítulo anterior, um dos maiores vilões na questão do superendividamento, é a instituição financeira, em suas diversas facetas, quais sejam, a falta de uma limitação na aplicação dos juros, a extrema facilidade na contratação de créditos, a total ausência de boa-fé na concessão desses créditos entre outras atitudes ou mesmo, a omissão de atitudes com o objetivo de se prevenir as dívidas em um contexto macro.

Quanto à falta de limitação na aplicação dos juros, o maior problema é político, de todos os Poderes, diante de um forte *lobby* exercido pelas instituições financeiras, pois, é de



fácil constatação o absurdo no tratamento dessa questão. Após o julgamento da Adin 2.591 pelo Supremo Tribunal Federal, ficou determinado que o Código de Defesa e Proteção do Consumidor deve ser aplicado às instituições financeiras e diante dessa conclusão, em virtude de todas as proteções trazidos pelo código, chega-se à conclusão que a Lei de Usura deve ser aplicada no tocante à aplicação dos juros imposta pela instituição, o que não ocorre na prática, seja pelo Poder Executivo, pela mão do Bacen, seja pelo Poder Judiciário, pela mão dos nossos julgadores, jurisprudência predominante ou majoritária⁴, que determinaram à aplicação do Código às instituições financeiras, mas deixaram de fora, a aplicação da Lei de Usura, a jurisprudência entende que as instituições podem fixar os juros de acordo com as regras de mercado, julgado citado abaixo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. (...) Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese. [...]

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.061.530/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801199924&dt_publicacao=10/03/2009. Acesso em: 27 de abril de 2015.



A facilidade na contratação do crédito é outra vertente que precisa ser analisada. Nos dias atuais, está muito fácil realizar esse tipo de contrato, pode-se ser realizada de diversas maneiras, como por exemplo, de forma pessoal com o seu gerente, por meio do caixa eletrônico, computador, celular, tablet, telefone. Não é criado nenhum obstáculo ao consumidor para realizar esse contrato, que por sinal, é muito perigoso, tendo em vista a falta de instrução, no sentido de economia doméstica ou de finanças pessoais. É preciso que haja uma maior preocupação e responsabilidade na concessão de créditos, pois, a maior parte dos consumidores brasileiros não faz ideia real das armadilhas desse contrato e do valor real que irão pagar de juros e outras tarifas. Pode-se citar aqui a frase popular, “empréstimo de dinheiro é muito caro”.

No tocante à má-fé, deve ser observado que as instituições não estão muito preocupadas com esse instituto, pois, o maior e único interesse é a arrecadação de dinheiro, não importando para tal, como é feito.

As instituições simplesmente concedem crédito sem ao menos verificar se aquele determinado consumidor possui condições financeiras de arcar com as parcelas, não é difícil entender essa situação, basta cada consumidor conferir o seu *Internet Banking*, em regra, o consumidor já possui empréstimos pré aprovados em um valor muito mais alto que conseguiria suportar, sem levar em conta os limites do cheque especial, dos inúmeros cartões de crédito fornecidos pela própria instituição. É uma verdadeira armadilha, indução do consumidor a sua morte civil.

No que diz respeito ao *markentig* agressivo, pode-se abordar essa questão sob a prisma das instituições financeiras, como também, da indústria dos produtos e serviços. No tocante às instituições financeiras, pode-se citar a forma com que elas nos oferecem os seus incontáveis serviços de crédito, como por exemplo, ao fazer uso de um caixa eletrônico, para qualquer transação, antes mesmo de um bom dia na tela, o que vemos sempre é uma



enxurrada de informações, avisos, convites etc, para nos fazer a aderir a algum tipo empréstimo, há uma incansável disposição dos bancos para nos entupir de propagandas (uso aqui o termo em sentido amplo) de concessões de crédito. Pode-se citar ainda, como exemplo, as cartas recebidas pelos correios, mensagens de texto, e-mails, mensagens pelo *whatsapp* e até mesmo propaganda no rádio e televisão, nessa época do ano (1º quadrimestre) é comum ouvirmos a expressão: “antecipe a sua restituição de imposto de renda”.

Já no tocante à indústria de produtos e serviços, o que se pode afirmar que é um setor da sociedade altamente lucrativo, sempre à busca desenfreada de lucros, é um mundo capitalista, com seus olhos direcionados ao consumismo.

Isso é de fácil percepção, é só olharmos na direção do *marketing* e da publicidade, essa área é uma verdadeira ciência que tem por objetivo fazer com que as pessoas consumam os produtos e serviços, mesmo que não estejam precisando daquilo naquele momento. É utilizado diversas técnicas para enganar ou iludir os consumidores, adultos ou crianças, como o uso das cores, no caso da ativação do cérebro no tocante à fome (geralmente as cores amarelo e vermelho, daí os logos do Habib's e Mc Donald's entre outras).

Há também a questão do uso ilegal e imoral de hipnose nas publicidades veiculadas na televisão, o caso mais famoso da televisão brasileira, é o do chocolate batom, que durante a publicidade as pessoas ficavam dizendo “compre batom, compre batom”, havia a mensagem subliminar de indução real às pessoas comprarem o chocolate, foi constatado essa prática ilegal e imoral, o que ocasionou a retirada da publicidade do ar.

A questão do apelo social, no sentido de fazer com que as pessoas se sintam excluídas no meio social se não possuírem um determinado produto ou fazer uso de um determinado serviço. É comum, ouvir que uma determinada pessoa se sente excluída por não possuir um *smartphone* de última geração ou por não usar roupas e acessórios de marca.

3. LIMITES DE SUA APLICAÇÃO AOS CONSUMIDORES

Pode-se iniciar o assunto fazendo uma análise ao direito comparado. O procedimento francês sempre é iniciado em um procedimento numa Comissão de Superendividamento, com uma fase conciliatória administrativa, em que será verificado a sua admissibilidade com a verificação da existência dos requisitos ou condições da abertura do procedimento.

Essas condições são iguais a todas as espécies de superendividamento, ou seja, não importa o valor ou a causa que levou o consumidor a se superendividar. Como visto anteriormente, somente as pessoas físicas podem se superendividar.

O maior e mais importante requisito que se deve levar em consideração à aplicação do superendividamento a um consumidor é se esse está de boa-fé. Entende-se aqui, a boa-fé como ausência de má-fé, a imprevidência ou negligência do comportamento do consumidor são insuficientes para caracterizar a má-fé, devendo esta ser entendida somente no caso do consumidor que tinha a consciência de criar ou agravar o seu superendividamento para fraudar credores.

Há uma discussão doutrinária no sentido da verificação da boa-fé, se deve ser considerada da fase contratual ou processual. Há doutrina que entende que o consumidor deve estar de boa-fé durante a fase do endividamento, ou seja, durante a fase contratual, no momento da concessão do crédito, antes da fase do procedimento.

Essa verificação é mais fácil de se visualizar quanto aos superendividados ativos, pois, quanto aos passivos, vale lembrar que são os que sofreram algum tipo de acidente durante a vida, como por exemplo, um divórcio, desemprego entre outros, há uma presunção natural de boa-fé, não precisando que sejam realizadas maiores investigações acerca da sua conduta.



Pelo fato dos superendividados ativos estarem nessa situação por um descuido ou por não saberem calcular o impacto de um empréstimo no seu orçamento e acabaram gastando mais do que ganhavam, é preciso haver uma investigação mais detalhada, para apurar se realmente houve boa-fé, se realmente foram vítimas de uma “espiral de endividamento infernal”, de um sistema pernicioso de estímulo ao consumo.

CONCLUSÃO

Após a análise do presente trabalho, verifica-se a necessidade, em um primeiro momento, com o objetivo de aplicação do instituto jurídico do superendividamento, de verificar se a pessoa física, pode ser enquadrada no conceito de consumidor, conforme o artigo 2º da Lei 8.072/90 e às teorias aplicadas pelo STJ.

O superendividamento tem como conceito a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo, em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio.

O superendividamento pode ser dividido entre ativo e passivo, onde se entende como ativo os consumidores que não contribuíram, de forma direta a sua insolvência, pode-se citar como exemplo, a demissão, a ocorrência de uma doença, já no segundo caso, do superendividamento passivo, acaba por abarcar os consumidores que, por quaisquer motivos, acabaram sem um controle financeiro regular, contrair mais créditos do que a possibilidade de adimpli-los.

O artigo também tratou da responsabilidade das instituições financeiras, aqui entendidas de forma ampla, onde devem sempre conceder os créditos aos consumidores com boa-fé, analisando caso a caso, se o consumidor pode realmente arcar com a concessão do crédito. Leva-se em conta também, a responsabilidade do marketing agressivo, tanto dos



produtos como dos serviço, e mais uma vez, é citado a figura da instituição financeira, pois, em todos os meios possíveis, oferece aos consumidores de forma impulsiva e reiteradas, os seus serviços de concessão de créditos.

Por fim, é tratado no presente artigo o limite de aplicação desse instituto aos consumidores. É pacífico na doutrina e no direito comparado, que para o enquadramento do consumidor como superendividado, é preciso que ele haja sempre pautado na boa-fé, ou seja, não será aplicado o instituto, aos consumidores que agirem ou aos que contraíam os créditos de forma livre e plenamente consciente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 27 de abril de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.061.530/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801199924&dt_publicacao=10/03/2009. Acesso em: 27 de abril de 2015.

LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1.051.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor. Direito Material e Processual*. V. único. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.



A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS FRENTE À CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Fernanda dos Santos Coutinho

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: O presente trabalho versa sobre a crise do sistema penitenciário brasileiro e a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos frente a esse cenário. Inicialmente, faz-se uma viagem histórica, a fim de se constatar a evolução dos direitos humanos ao longo do tempo. Em seguida, analisa-se o funcionamento do sistema interamericano de proteção, de maneira que seja possível compreender amplamente o papel desempenhado por seus órgãos, para, ao final, proceder-se ao exame dos casos de violações a direitos humanos perpetrados no âmbito do sistema penitenciário brasileiro que chegaram ao conhecimento dos referidos organismos internacionais. Através desta avaliação, permite-se tirar importantes conclusões e, por conseguinte, propor algumas soluções para os problemas atualmente vivenciados.

Palavras-chave: Direito Penal. Direitos Humanos. Sistema Penitenciário Brasileiro.

Sumário: Introdução. 1. A Evolução Histórica dos Direitos Humanos. 2. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. 3. O Papel do Sistema Interamericano de Proteção Diante da Crise do Sistema Penitenciário Brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O móvel do presente trabalho consubstancia-se na crise do Sistema Penitenciário brasileiro e as sistemáticas violações de direitos humanos perpetradas em seu âmbito, em verdadeira afronta à dignidade dos indivíduos que se encontram sob a custódia do Estado. Diante desse cenário, analisar-se-á a atuação dos órgãos do Sistema Interamericano de proteção, detalhando o papel da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos concretos envolvendo o Estado Brasileiro.

Assim é que, no capítulo de abertura, faz-se um breve esboço acerca da evolução histórica dos direitos humanos, a fim de que se possa entender como foram desenvolvidos os atuais mecanismos de proteção destes direitos.

No segundo capítulo, é realizado um estudo pormenorizado do Sistema Interamericano de salvaguarda dos direitos humanos, com destaque para os papéis desempenhados pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na análise de denúncias individuais. Busca-se, nesta parte do trabalho, explicar como os casos práticos de ofensa aos direitos fundamentais chegam ao conhecimento dos aludidos organismos internacionais de controle.

No terceiro e derradeiro capítulo, procede-se à análise do Sistema Penitenciário Brasileiro, por meio do estudo dos casos emblemáticos de violações a direitos humanos perpetradas em seu âmbito. Tais casos foram levados ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, posteriormente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais determinaram a adoção de medidas cautelares e medidas provisórias, com vistas a tutelar a vida e a integridade física dos detentos.

Conclui-se, por conseguinte, que o escopo precípuo do presente trabalho é demonstrar, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que, quando uma pessoa comete um crime e é privada de sua liberdade, tão somente esse direito pode lhe ser suprimido, de forma que os demais direitos a ela inerentes devem ser estritamente observados e, conseqüentemente, respeitados pelas autoridades públicas e pelos demais indivíduos da sociedade.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS



Para que se possa compreender de forma plena o tema em questão, é preciso, inicialmente, empreender uma breve análise acerca de como se deu a evolução dos direitos humanos ao longo da história, perpassando necessariamente pelo desenvolvimento da noção de igualdade e do próprio conceito de ser humano.

Foi no período compreendido entre os séculos II e VIII a.C. que nasceu a ideia de igualdade essencial entre todos os homens. Nessa época, os homens, de forma generalizada, passaram a ser vistos, pela primeira vez, como seres dotados de liberdade e razão, muito embora se reconhecesse que os indivíduos são essencialmente diferentes entre si, em razão de diversos fatores, tais como sexo, cor, raça e religião¹.

Posteriormente, na Idade Média, em virtude da crescente influência da Igreja, os direitos humanos ganharam maior relevância, ainda que de forma bastante tímida².

No fim da era medieval, assistiu-se ao que se convencionou chamar de “crise da consciência europeia”, a qual culminou com a eclosão da Revolução Francesa, em 1789, fruto da insatisfação da burguesia e das camadas populares da sociedade. Nessa atmosfera reacionária, foi editada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que preceitua, em seu artigo 1º, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”³.

Não obstante a importância de tal revolução e dos documentos dela resultantes, não havia, ainda, nesse momento, um reconhecimento e respeito efetivos aos direitos humanos. Como bem observa a professora Patrícia Glioche⁴,

[...] apesar de todo o desenvolvimento dessas ideias relativas à igualdade dos seres humanos, em razão de sua própria natureza, durante muitos anos ainda houve a legitimação da escravidão, a diferenciação de direitos das mulheres e a visão diferenciada para os povos colonizados.

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

² GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

³ *Ibidem*, p. 27.

⁴ BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Os Direitos Humanos e a Violência Descrita nos Tipos Penais*. 2005. 287 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 18.



Posto isso, continuando no curso da história, tem-se que, após as grandes revoluções do século XVIII, deu-se o surgimento do sistema capitalista. As Revoluções Industriais e o capitalismo, nesse momento, incrementaram as desigualdades sociais entre a classe detentora dos meios de produção e a classe trabalhadora, não contribuindo em muito para a evolução no campo dos direitos humanos.

Em oposição à lógica capitalista, eclodiu a Revolução Russa, no início do século XX, com o escopo de propagar o socialismo e, por via de consequência, trazer à baila a questão da efetivação dos direitos humanos, que, como visto, encontrava-se em segundo plano.

No entanto, é com pesar que se verificou, no ano de 1914, o início da I Guerra Mundial, a qual representou uma grande regressão na tutela dos direitos do homem e do cidadão. Após o seu término, foram empreendidos esforços no sentido de se tentar amenizar os efeitos deletérios da guerra, o que se materializou por meio da assinatura do Tratado de Versalhes, bem como pela criação da Liga das Nações.

Conquanto se tenha experimentado, nesse ponto, um certo avanço na salvaguarda dos direitos humanos, infelizmente, em 1939, eclodiu a II Guerra Mundial, durante a qual o mundo assistiu, atônito, às barbaridades perpetradas por nazistas e fascistas. Ao fim do conflito bélico, reconheceu-se a premente necessidade de criação de mecanismos de tutela efetiva dos direitos humanos, de modo a evitar novas atrocidades. Foi então que em junho de 1945 foi criada a Organização das Nações Unidas, e, em 1948 foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Os direitos humanos passaram, assim, a ser reconhecidos positivamente, impondo-se o seu respeito em âmbito interno e internacional⁵. A partir desse marco, cada vez mais, o tema

⁵ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 2.



vem ganhando relevância mundialmente, reconhecendo-se as questões sensíveis e buscando-se ampliar os mecanismos de tutela dos direitos do homem e do cidadão⁶.

Dentro desse contexto de evolução dos direitos humanos, tanto sob o prisma conceitual, quanto sob o ponto de vista de suas formas de proteção, impõe-se a análise de um dos meios mais modernos de defesa de tais direitos: os sistemas regionais de proteção, dando-se enfoque ao Sistema Interamericano, do qual o Brasil faz parte.

2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em âmbito internacional, existem dois regimes de proteção dos direitos humanos. O primeiro deles corresponde ao sistema universal, encabeçado pela Organização das Nações Unidas. Ao lado deste, há os sistemas regionais, idealizados com o propósito de melhor administrar a questão dos direitos humanos na esfera local, por meio da reunião de países com as mesmas bases históricas, culturais e econômicas, e, por conseguinte, com problemas, em sua maioria, semelhantes. Assim é que, hoje, existem os sistemas europeu, interamericano e africano, e, mais recentemente, os sistemas árabe e asiático.

No que tange ao sistema interamericano, ao qual o Brasil é vinculado, é de relevo mencionar que o seu principal instrumento normativo consiste na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, em vigor desde 1978.

Os principais órgãos de fiscalização e implementação dos direitos humanos no continente americano são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a Internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 32.



Com sede em Washington, nos Estados Unidos, a Comissão é órgão permanente e representa todos os Estados da Organização dos Estados Americanos (OEA). É composta por sete membros, eleitos pela Assembleia Geral da OEA, para o exercício de mandato com duração de quatro anos. Suas principais atribuições são: (i) a emissão de relatórios anuais, os quais se prestam a monitorar a situação dos direitos humanos em cada país signatário do Pacto de San José da Costa Rica; e (ii) o recebimento de denúncias que versem sobre violações a direitos fundamentais, apresentadas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou, ainda, por entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da OEA, nos termos do artigo 23 do Regulamento da Comissão⁷.

Cumprê enfatizar que, as denúncias apresentadas perante a Comissão passam por um juízo de admissibilidade, em que se verifica, basicamente, a presença ou não dos requisitos enumerados no artigo 46 do Pacto de San José da Costa Rica: (i) que tenham sido interpostos e esgotados os recursos na jurisdição interna; (ii) que a denúncia seja apresentada dentro de seis meses, a contar da notificação acerca da decisão definitiva proferida no plano interno do respectivo país. (iii) que não haja litispendência internacional; e (iv) finalmente, o requisito formal de que a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura de quem está a submeter a petição ao crivo da Comissão.

Convém salientar, por oportuno, que a Comissão tem, ainda, competência para instituir medidas cautelares, a serem deferidas em casos de urgência e gravidade, em que há risco de danos irreparáveis, conforme autoriza o artigo 25 de seu Regulamento⁸.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por seu turno, tem sede em São José, na Costa Rica, e é composta por sete juízes, nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos

⁷ REGULAMENTO da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 13 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

⁸ REGULAMENTO da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 13 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2015.



para o exercício de um mandato de seis anos, permitida uma recondução (artigo 52 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)⁹.

Assim como a Comissão, a Corte tem competência para estabelecer medidas provisórias, em caráter cautelar, quando verificar situação de premente necessidade. Com efeito, é interessante notar que esta é uma atribuição bastante peculiar, eis que tal competência conferida aos órgãos de controle só existe no sistema interamericano de proteção, não encontrando nenhum outro paralelo no mundo¹⁰.

A Corte possui, ainda, o encargo de emitir pareceres consultivos, a pedido de qualquer Estado membro da OEA, a fim de dirimir eventuais dúvidas que possam surgir acerca da interpretação do Pacto de San José da Costa Rica e dos demais tratados atinentes ao tema direitos humanos nas Américas.

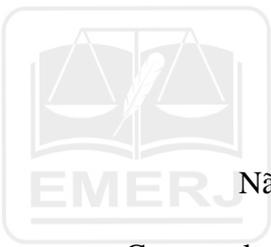
Conquanto tais funções sejam relevantes, é na apreciação de denúncias individuais que a atuação da Corte assume maior destaque. Nesse aspecto, faz-se mister tecer duas principais considerações, de modo a possibilitar um melhor entendimento a respeito da atuação da Corte.

Em primeiro lugar, tem-se que, para que um Estado possa ser processado e condenado pela Corte, é indispensável que ele tenha expressamente reconhecido a competência do referido órgão. O Estado deve, assim, voluntariamente se submeter à jurisdição da Corte, com o fito de ser por ela julgado, no caso de eventual desrespeito aos direitos humanos em seu território.

Nesse viés, é de se notar que o Brasil reconheceu a competência da Corte em 1998, podendo ser, por ventura, responsabilizado internacionalmente, caso haja, no plano interno, alguma mácula aos direitos básicos dos cidadãos.

⁹ CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 17 de mar. 2015.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2010, p. 19.



Não se pode olvidar, ainda, nesse tocante, que as vítimas não têm acesso direto à Corte, pelo que devem endereçar suas denúncias à Comissão, e esta, quando julgar pertinente, encaminha o pleito para a Corte.

Por fim, avulta em importância assinalar que as decisões da Corte são definitivas e, portanto, inapeláveis. As partes podem, no máximo, formular pedido de esclarecimento sobre o sentido ou alcance da decisão, na forma do artigo 67 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹¹.

3. O PAPEL DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DIANTE DA CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Na esteira das ponderações feitas acima, impende sublinhar que a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos atuam de forma bastante significativa no sentido de reprimir as transgressões ocorridas no âmbito do sistema prisional brasileiro, o qual é pano de fundo para os mais patentes atentados aos direitos humanos no país.

Segundo dados coletados pelo *International Centre for Prison Studies* (ICPS), na Inglaterra, em dezembro de 2013, o Brasil somava uma população carcerária total de 581.507 presos, ao passo que o número oficial de vagas existentes nas prisões brasileiras era de aproximadamente 348.321 vagas, nos 1.482 estabelecimentos prisionais espalhados pelo país¹². Como deflui do exposto, a realidade brasileira é permeada pela superlotação, dela decorrendo outros problemas igualmente graves, como a eclosão de rebeliões, a corrupção de agentes penitenciários despreparados e mal remunerados, a propagação de doenças, a ausência de separação entre presos provisórios e presos cujas condenações já são definitivas etc.

¹¹ CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 18 de mar. 2015.

¹² INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. *World Prison Brief: Brazil*. Londres, 2013. Disponível em: <<http://prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em: 18 mar. 2015.



Em face dessa situação alarmante, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos já foram instadas a se manifestar em seis casos relacionados a contínuas violações de direitos humanos, cujas vítimas são pessoas privadas de sua liberdade.

O primeiro e mais emblemático caso submetido ao crivo do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos envolveu a Casa de Detenção José Mário Alves, popularmente conhecida como Penitenciária Urso Branco, localizada em Rondônia. Construída no fim da década de 90, tinha capacidade inicial para abrigar 420 presos, caracterizando-se por ser a maior unidade prisional da região norte do país. No entanto, chegou a contar com aproximadamente mil internos¹³, o que propiciou a eclosão de reiteradas rebeliões.

A situação tornou-se insustentável em janeiro de 2002, quando, em um episódio de revolta dos presos, 45 internos foram assassinados. À vista de tal situação, em 4 de março de 2002, a Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho, juntamente com a ONG Justiça Global, requereram, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a adoção de medidas cautelares, a fim de resguardar a vida e a integridade física dos internos da Penitenciária Urso Branco. As aludidas medidas foram deferidas, no dia 14 de março do mesmo ano. Porém, não foram cumpridas pelo Estado Brasileiro, o que foi determinante para que a Comissão encaminhasse um pedido de decretação de medidas provisórias à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse passo, em 18 de junho de 2002¹⁴, a Corte ordenou a adoção de medidas provisórias pelo Brasil, de modo a coibir os atos de violência ocorridos em Urso Branco. Todavia, é com pesar que se constata que as medidas impostas, mais uma vez, não foram

¹³ COMISSÃO DE JUSTIÇA E PAZ DA ARQUIDIOCESE DE PORTO VELHO; JUSTIÇA GLOBAL. *Presídio Urso Branco: a institucionalização da barbárie*. Porto Velho, 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_jg_ro_urso_branco_2007.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2015.

¹⁴ COSTA RICA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução de 30 de novembro de 2005. Relator: Alirio Abreu Burelli. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso Branco_se_01_ing.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.



respeitadas, mantendo-se o cenário de absoluto caos. Exemplo disso foi a rebelião ocorrida em abril de 2004, em que 300 pessoas foram feitas reféns em uma rebelião que começou no horário de visitação. O episódio durou 6 dias, ao longo dos quais foi cortado o fornecimento de água e energia elétrica, bem como foi suspensa a alimentação, o que obrigou os detentos a se alimentarem de gatos que viviam no presídio.

Diante disso, o Procurador-Geral da República formulou, perante o Supremo Tribunal Federal, pedido de intervenção federal no Estado de Rondônia (IF 5129). Em âmbito externo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos continuou a emitir diversas Resoluções, com a fixação de medidas provisórias a serem adotadas pelas autoridades brasileiras.

Apenas em 25 de agosto de 2011¹⁵, decidiu-se pelo levantamento das medidas provisórias, por se entender que a situação em Urso Branco foi estabilizada, com a redução de sua população carcerária e o conseqüente incremento na proteção à integridade dos presos.

O segundo caso, envolvendo o sistema penitenciário brasileiro, em que os órgãos interamericanos de proteção foram provocados a atuar, diz respeito à FEBEM¹⁶. A Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor foi criada em 1976, pelo governo do Estado de São Paulo, com vistas a reabilitar os menores infratores submetidos a medidas socioeducativas. O Complexo do Tatuapé, situado na zona leste da capital do Estado, era a principal instalação da FEBEM, contando com 18 unidades de internação.

A despeito de se tratar de uma instituição voltada para o amparo e assistência a adolescentes, a realidade da FEBEM não era diferente daquela experimentada nos estabelecimentos prisionais destinados a adultos: superlotação, rebeliões, castigos corporais, insalubridade, doenças, tentativas de fuga. Um cenário de completa entropia, no qual o objetivo de reeducação dos jovens ali presentes restava inteiramente frustrado.

¹⁵ COSTA RICA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução de 25 de agosto de 2011. Relator: Diego García-Sayán. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_10_ing.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.

¹⁶ Com a edição da Lei Estadual nº 12.469, de 22 de dezembro de 2006, a denominação da FEBEM foi alterada, passando a se chamar “Fundação CASA – Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente”.



A situação, entretanto, não fugiu ao olhar atento das ONGs voltadas para a defesa dos direitos humanos, as quais, em abril de 2004, requereram, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a adoção de medidas cautelares, tendo em vista a situação degradante a que eram submetidos os internos do Complexo do Tatuapé. As medidas foram outorgadas em 21 de dezembro de 2004, mas não foram observadas pelo Estado brasileiro. Essa postura fez com que a Comissão encaminhasse à Corte um pedido de adoção de medidas provisórias, com o propósito de resguardar a vida e a integridade física dos adolescentes da FEBEM.

Assim sendo, em 17 de novembro de 2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos acolheu o pleito da Comissão e editou Resolução¹⁷, impondo ao Brasil a adoção de providências imediatas. Sem embargo, as recomendações da Corte não foram atendidas pelo Brasil, o que deu azo à emissão de mais Resoluções com a indicação de medidas provisórias, ao longo dos anos de 2006, 2007 e 2008.

Somente em 25 de novembro de 2008, a Corte constatou ter havido o cumprimento das medidas por ela impostas, visto que o Complexo do Tatuapé foi completamente desativado e os jovens que ali se encontravam anteriormente foram transferidos para unidades de internação mais próximas ao domicílio de suas respectivas famílias¹⁸.

O terceiro caso em que a Comissão e a Corte Interamericana foram instadas a se manifestar, para dirimir conflitos existentes na seara penitenciária do Brasil, foi o caso da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, mais conhecida como Penitenciária de Araraquara. Os problemas mais sérios tiveram início quando, no ano de 2006, a facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) aterrorizou o Estado de São Paulo, ordenando

¹⁷ COSTA RICA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução de 30 de novembro de 2005. Relator: Antônio Augusto Cançado Trindade. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_02.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.

¹⁸ COSTA RICA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução de 25 de novembro de 2008. Relator: Cecília Medina Quiroga. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_06.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.



uma série de ataques e rebeliões. Nesse contexto, eclodiu um motim no Centro Provisório de Detenção da Penitenciária de Araraquara, que resultou na destruição total deste pavilhão da unidade. Sendo assim, os detentos que ali se encontravam foram transferidos para os pavilhões principais do complexo prisional, o qual tinha capacidade para 750 presos, mas, desde então, passou a abrigar 1.600 internos.

Novas rebeliões ocorreram e os pavilhões principais também foram depredados, ao que os detentos foram deixados em um pátio aberto, sem energia elétrica, submetidos a uma temperatura de aproximadamente 10°C. A alimentação era arremessada pelos muros da prisão.

Em vista dessa situação degradante, ONGs de defesa dos direitos humanos, em julho de 2006, peticionaram junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pugnando pela adoção de medidas cautelares para preservar a vida e a saúde dos indivíduos custodiados na Penitenciária de Araraquara. Em razão da conjuntura de extrema gravidade, a Comissão requereu diretamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos a adoção das referidas medidas, as quais foram deferidas, no dia 28 de julho¹⁹.

Dois anos depois, após a edição de mais duas Resoluções, a Corte reconheceu, em 25 de novembro de 2008²⁰, que o governo brasileiro cumpriu suas imposições, determinando o levantamento das medidas, vez que a Penitenciária de Araraquara fora totalmente reformada e passou a funcionar dentro de sua capacidade.

Tem-se que o quarto caso a ser comentado envolveu a Unidade de Internação Socioeducativa de Cariacica, no Espírito Santo (UNIS). A instituição visa a promover a reeducação e a ressocialização de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas,

¹⁹ COSTA RICA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução de 28 de julho de 2006. Relator: Sérgio García-Ramírez. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_01.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.

²⁰ COSTA RICA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução de 25 de novembro de 2008. Relator: Cecília Medina Quiroga. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_05_ing.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.



como resultado da prática de atos infracionais. Não obstante, como parece ser de praxe nos estabelecimentos prisionais brasileiros, as condições a que os menores estão submetidos são desumanas, o que motivou o ONGs a enviarem uma petição para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 15 de julho de 2009, com a finalidade de requerer a adoção de medidas cautelares tendentes a salvaguardar os direitos dos internos da UNIS.

As medidas foram outorgadas em 25 de novembro de 2009, mas não lograram êxito em acabar com a brutalidade vivenciada da unidade de internação ora analisada. Tanto é assim que, em 31 de janeiro de 2011, agentes de segurança ingressaram na UNIS para conter uma tentativa de fuga e agrediram os adolescentes, ferindo gravemente cinco deles. Além disso, as entidades peticionárias descobriram a existência de jovens que eram mantidos algemados durante todo o dia no pátio central, porque eram ameaçados de morte pelos demais internos.

Por todo o exposto, a Comissão encaminhou à Corte um pedido de adoção de medidas provisórias, o qual foi acolhido em 25 de fevereiro de 2011²¹. Os comandos da Corte, porém, continuam a ser descumpridos, até hoje, pelo Brasil. Há notícias de que os adolescentes são duramente castigados pelos agentes de segurança. Muitos são os relatos de tentativa de suicídio e autolesão por parte dos internos.

Ante tais acontecimentos, a Corte editou mais sete Resoluções, sendo a última delas datada de 26 de setembro de 2014²², a qual previu a adoção de medidas provisórias com vigência até 1º de julho de 2015.

Por fim, não se pode olvidar que, recentemente, mais dois casos em que o Brasil figura como réu chegaram ao conhecimento da Comissão e da Corte Interamericana de

²¹ COSTA RICA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução de 25 de fevereiro de 2011. Relator: Diego García-Sayán. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_01_ing.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.

²² COSTA RICA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução de 26 de setembro de 2014. Relator: Humberto Antonio Sierra Porto. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_08.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.



Direitos Humanos, justamente por versarem sobre ofensas a direitos fundamentais de pessoas inseridas no sistema prisional.

O primeiro deles refere-se ao Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, também conhecido como Complexo de Curado, localizado na cidade de Recife, em Pernambuco. Em junho de 2011, organizações voltadas à defesa dos direitos humanos encaminharam à Comissão Interamericana um pedido de adoção de medidas cautelares para defender a vida e a integridade física das pessoas recolhidas à prisão em comento. Segundo consta, 97 detentos foram mortos entre os anos de 2008 e 2011, sendo 55 mortes violentas oficialmente contabilizadas.

Em julho de 2011, a situação atingiu o seu ápice, com a eclosão de uma rebelião que deixou dois mortos e 16 pessoas feridas. Face às inconteste e graves violações a direitos humanos, a Comissão deferiu as medidas cautelares requeridas, determinando que o Estado brasileiro tomasse as atitudes necessárias para restabelecer a ordem no local. Infelizmente, o pronunciamento da Comissão não surtiu efeitos, sendo certo que, no ano de 2013, nove internos morreram de forma violenta. Atenta a esses elementos, a Comissão submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 31 de março de 2014, uma solicitação de medidas provisórias, a qual foi atendida por meio de uma Resolução, expedida em 22 de maio de 2014, que impõe a adoção de medidas protetivas por parte do Brasil²³.

Por derradeiro, resta analisar o mais recente episódio de afronta aos direitos humanos em território brasileiro, levado ao conhecimento dos órgãos de controle do continente americano, que guarda relação com o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, situado na cidade de São Luís, no Maranhão. A preocupante situação da mencionada unidade prisional fez com que a Ordem dos Advogados do Brasil e a Sociedade Maranhense de Direitos Humanos encaminhassem à Comissão Interamericana de Direitos Humanos um pedido de adoção de

²³ COSTA RICA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução de 22 de maio de 2014. Relator: Humberto Antonio Sierra Porto. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_ing.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.



medidas cautelares. Segundo dados coligidos pelas entidades petionárias, apenas no ano de 2013, 41 detentos foram mortos no interior do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, e inúmeros outros ficaram feridos em confrontos entre facções rivais e em rebeliões resultantes da insatisfação dos presos com as precárias condições a que eram submetidos.

Posto isso, em 16 de dezembro de 2013, a Comissão deferiu as medidas cautelares solicitadas, conquanto as mesmas não tenham sido adotadas pelas autoridades pátrias. Por conseguinte, em 23 de setembro de 2014, a Comissão encaminhou o caso à Corte, e esta entendeu por bem impor ao Brasil a adoção das medidas provisórias por ela enumeradas, em Resolução exarada no dia 14 de novembro de 2014²⁴. Essa foi a última e mais recente manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange ao Estado brasileiro.

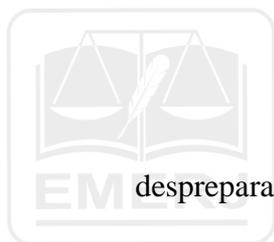
CONCLUSÃO

Diante das considerações tecidas, é possível perceber que os direitos humanos passaram por uma grande evolução ao longo dos anos, buscando-se criar cada vez mais mecanismos de proteção.

Atualmente, convivem harmonicamente o sistema global e os sistemas regionais de salvaguarda dos direitos humanos, sendo o mais relevante deles, para os fins do presente trabalho, o sistema interamericano, composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A partir de uma análise detida dos casos submetidos à apreciação da Comissão e da Corte, envolvendo o Brasil e o sistema penitenciário nacional, chega-se à inarredável conclusão de que o país vive uma grave crise, marcada por sistemáticas violações aos direitos dos detentos. Cadeias superlotadas, rebeliões, mortes, violência, agentes penitenciários

²⁴ COSTA RICA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução de 14 de novembro de 2014. Relator: Humberto Antonio Sierra Porto. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.



despreparados e mal remunerados são apenas alguns dos problemas que permeiam a realidade brasileira.

Tal situação denota a falta de compreensão de uma noção básica, no que toca à disciplina dos direitos humanos: é preciso ter em mente que, quando um indivíduo é privado de sua liberdade, apenas este direito lhe deve ser suprimido, mantendo-se o respeito aos demais direitos de sua titularidade. A pena privativa de liberdade imposta ao condenado é a reprimenda proporcional e suficiente, segundo o ordenamento jurídico vigente, para penalizá-lo e ressocializá-lo. Dessa forma, não é admissível, em um Estado Democrático de Direito, que a dignidade, a vida, a saúde e a integridade física dos presos sejam violadas quando da execução de suas penas. O Poder Público tem o compromisso de zelar por aqueles que se encontram sob sua custódia.

A fim de solucionar as referidas questões, imprescindível é que sejam feitos investimentos em infraestrutura, de modo a possibilitar a construção de novas penitenciárias, bem como a reforma das já existentes. Devem, ainda, ser proporcionadas boas condições de saúde e higiene, assim como disponibilizados programas de educação e trabalho para os internos.

Do ponto de vista processual, devem ser implementadas medidas despenalizadoras, como a composição civil dos danos, a transação penal, a suspensão condicional do processo e a aplicação de penas restritivas de direitos, com o objetivo de se evitar o encarceramento, o qual, nos moldes atuais, como visto, produz, em grande parte, efeitos deletérios sobre a pessoa do apenado.



REFERÊNCIAS

BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Os Direitos Humanos e a Violência Descrita nos Tipos Penais*. 2005. 287 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Direito dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LEAL, César Barros. *Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: viagem pelos caminhos da dor*. Curitiba: Juruá, 2010.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2010.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Vega, 1993.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 165-176, out. 2009.



A APLICAÇÃO DA TEORIA DO INADIMPLENTO ANTECIPADO COMO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DOS CONTRATOS

Fernanda Maria Gomes da Motta

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O direito contratual sempre foi regido pelo princípio da imutabilidade dos contratos. Com a evolução histórica e a introdução no Direito Civil de noções como a boa fé, começaram a surgir teorias revisionistas de mitigação do que antes era tido como verdade absoluta. Quanto ao *pacta sunt servanda*, corolário da imutabilidade dos contratos, não foi diferente. Surgiram várias teorias para relativizá-lo, dentre elas a teoria do inadimplemento antecipado. Neste trabalho, objetiva-se abordar os contornos dessa teoria, bem como demonstrar sua aplicabilidade na jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito dos Contratos. Teoria do inadimplemento antecipado.

Sumário: Introdução. 1. Evolução do princípio da imutabilidade dos contratos e sua mitigação. 2. Aplicação da teoria do inadimplemento antecipado no Direito Civil brasileiro. 3. A teoria do inadimplemento antecipado e a jurisprudência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito dos Contratos é regido por alguns princípios gerais como o da imutabilidade dos contratos, também chamado de princípio da força obrigatória dos contratos. Trata-se de princípio fundamental norteador desse ramo do Direito Civil, conhecido pela máxima do *pacta sunt servanda*, que traz aos contratos a ideia de segurança jurídica e de continuidade contratual, preconizando que o vínculo jurídico formado pelos contratantes deve ser respeitado.

Entende-se, assim, com base nesse princípio fundamental, que o Estado não deve interferir no que foi convencionado pelas partes, ficando, em regra, vedado que se altere judicialmente um contrato em benefício de uma de suas partes e, conseqüentemente, em detrimento da outra parte. Com a evolução jurídica, acompanhada pela evolução social e a



crescente preocupação pela tutela dos hipossuficientes, surgiram teorias revisionais que relativizam o *pacta sunt servanda*. A teoria do inadimplemento antecipado é, então, uma dessas teorias revisionais que surgiu na doutrina para proteger a parte contratual hipossuficiente de um contrato em especial, qual seja o de compra e venda de imóvel na planta.

Tal teoria é usada quando, faltando pouco tempo para a entrega do imóvel, as obras estão tão atrasadas que a entrega inevitavelmente não ocorrerá dentro do prazo e nem pouco tempo depois dele. A situação, assim, evidencia que a construtora irá inadimplir seu dever contratual de entregar a coisa construída, o que enseja o pedido de desfazimento do contrato antecipadamente pelo comprador do imóvel.

Com o crescimento em progressões geométricas dos empreendimentos imobiliários no país, com destaque para a região metropolitana do Rio de Janeiro, em especial nas últimas duas décadas, é crescente o número de ações que inundam o Judiciário carioca questionando esse tipo de contrato. Uma das reclamações mais comuns é quanto ao atraso na entrega dos imóveis, o que, em alguns casos, pode implicar no desfazimento do contrato pela aplicação da teoria do inadimplemento antecipado.

Objetiva-se, então, através de pesquisa bibliográfica, exploratória e qualitativa, discutir a aplicação da teoria do inadimplemento antecipado no direito brasileiro, bem como delimitar seu âmbito de incidência através da evolução doutrinária acerca do direito contratual.

Isso através de uma breve evolução histórica desde a ideia de insindicabilidade do *pacta sunt servanda* até sua relativização, em especial pela teoria do inadimplemento antecipado, e defender a base legal da teoria no artigo 475 do Código Civil.

Pretende-se também delimitar os âmbitos de aplicação da teoria. Ela não se aplica só aos contratos de compra e venda ou alienação fiduciária de imóvel na planta, mas a todos os



contratos em que houver relação de hipossuficiência e em que se verificar faticamente de forma antecipada que a prestação de uma das partes não se realizará no prazo.

Por último, será analisada a fundamentação de algumas decisões judiciais que tenham aplicado a teoria do inadimplemento antecipado, a fim de que se extrair regras basilares de aplicação da teoria.

1. EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DOS CONTRATOS E SUA MITIGAÇÃO

Os contratos são regidos por princípios fundamentais. Dentre eles, destaca-se o da força obrigatória dos contratos ou princípio da imutabilidade dos contratos. É conhecido pela máxima da *pacta sunt servanda* que em breves palavras significa que o contrato cria vínculo jurídico que deve ser cumprido. É desse fundamento que advém toda a segurança jurídica e tranquilidade social do contrato.

Assim, o estado não deve interferir para modificar o contrato em prol de uma só das partes. Esse princípio continua sendo um dos pilares de sustentação dos contratos, mas foi mitigado pelas teorias revisionistas, como a da quebra da base econômica do contrato, da onerosidade excessiva, da imprevisão e do inadimplemento antecipado. Isso era impensável no século XIX e hoje é perfeitamente natural, principalmente após a Primeira Guerra Mundial com o nascimento da maioria das teorias revisionistas.

Nessa esteira de mitigação principiológica, leciona Carlos Roberto Gonçalves¹:

Ocorreu, em consequência, uma mudança de orientação, passando-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial no conteúdo de certos contratos, para corrigir os seus rigores ante o desequilíbrio de prestações. Acabou medrando, assim, no direito moderno, a convicção de que o Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante aplicação de leis de ordem pública em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.



contrato, modificando-o ou apenas liberando o contratante lesado, com o objetivo de evitar que, por meio da avença, se consuma atentado contra a justiça.

Em outras palavras, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho² resumem bem essa ideia da mudança da intangibilidade do *pacta sunt servanda*, dizendo que:

Enquanto predominaram as ideias liberais e individualistas do século XIX, era natural e até compreensível que, partindo-se da ideia (posteriormente reputada como equivocada) de que as partes são formalmente iguais, a vontade que delas emanasse poderia traduzir-se em lei imutável. Todavia, esse princípio da força obrigatória, manifestado especialmente na imodificabilidade ou intangibilidade dos termos do contrato, tornou-se um nefasto instrumento de opressão econômica.

Antes da Primeira Guerra, a teoria revisionista amparada na cláusula *rebus sic stantibus* tinha quase sumido pelo princípio da força obrigatória dos contratos. Esse princípio praticamente afastou essa cláusula. No fim da guerra que essa cláusula ressuscitou, fazendo surgir as teorias revisionistas.

Na França, a Lei Faillot, cujo nome se baseia no deputado da assembleia francesa que apresentou o projeto de lei, reavivou teoria revisionista que previa modificação unilateral de um contrato. A economia francesa estava quebrada e os grandes compradores de carvão não conseguiam pagar os contratos diante dessa deterioração econômica. O deputado Faillot, então, propôs lei que dilatava unilateralmente o prazo de pagamento desses contratos, propondo verdadeira revisão contratual unilateral para que, diante da crise, fato superveniente à realização dos negócios jurídicos, esses compradores de carvão conseguissem honrar o pagamento.

Já na República de Weimar, que sucedeu o Kaiser – regime imperial da Alemanha – com a renúncia de Guilherme II, a economia era caótica e a inflação contava quase três zeros por dia. Nesse clima de caos econômico, os contratos não podiam manter-se imutáveis. A equação econômico-contratual se modificava quase que diariamente. Como consequência natural, a teoria revisionista ressurgiu, permeando até hoje o direito contratual alemão.

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: contratos: teoria geral*. v. 4. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.



Evidente que as teorias revisionistas são exceções. O juiz só deve acatá-las, com base em pedido unilateral, diante de manifesta desproporção superveniente entre as partes do contrato. Dessa forma, o *pacta sunt servanda* continua sendo a regra. Uma vez obtido o consenso das vontades, ele deve ser mantido até o fim do contrato³.

No século XX os princípios clássicos que regem o direito dos contratos passaram a ser mitigados. Isso porque antes a presunção é que havia igualdade de força entre as partes contratantes, o que hoje se sabe não ser a regra⁴. Com a busca de relações contratuais mais fraternas e a necessidade de proteção da parte vulnerável, os princípios inabaláveis passaram a ser a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Desses princípios contemporâneos extrai-se a força das teorias revisionistas.

Nesse contexto de surgimento de teorias que mitigam princípios clássicos e tradicionais do direito contratual, surge a teoria do inadimplemento antecipado como uma exceção ao princípio da imutabilidade dos contratos. Mitiga esse princípio porque, quando aplicada, permite a resolução do negócio jurídico de forma unilateral.

No Brasil, a teoria do inadimplemento antecipado não é positivada, embora possa ser extraída do artigo 475 do Código Civil de 2002⁵ que diz que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Quanto à falta de previsão legal da teoria discorre Luis Tomás Alves de Andrade⁶:

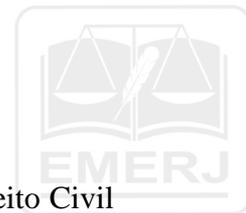
No ordenamento jurídico pátrio, não existe previsão expressa para o inadimplemento antecipado, de modo que o seu reconhecimento depende não somente de uma interpretação extensiva da lei, mas também de uma interpretação sistemática dos contratos, levando-se menos em conta o teor escrito das cláusulas contratuais, e dando-se mais importância ao comportamento das partes sempre norteado pelo princípio da boa-fé objetiva e da confiança entre os contratantes.

³ CAPANEMA, Sylvio. Aula ministrada ao CPIII A na Emerj em 29 mai. 2014.

⁴ MACHADO, André Roberto de Souza. Aula ministrada na Femperj em 21 nov. 2012.

⁵ BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁶ ANDRADE, Luis Tomás Alves de. *O inadimplemento antecipado no contrato no direito brasileiro*. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_145.pdf>. Acesso em 10 out. 2014.



Do supracitado dispositivo legal veio o enunciado 437 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal⁷ que cita expressamente o artigo 475 do Código Civil de 2002 e a teoria do inadimplemento antecipado, afirmando que tal teoria pode ser usada para resolver o contrato.

Tendo em vista o breve relato acerca da evolução do princípio da imutabilidade dos contratos que deu ensejo ao surgimento da teoria do inadimplemento antecipado e a possibilidade de aplicação da teoria com base no ordenamento jurídico brasileiro vigente, passa-se à análise da teoria em si.

2. APLICAÇÃO DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO ANTECIPADO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Conceitualmente, inadimplemento antecipado significa o não cumprimento da obrigação pactuada no prazo estipulado pelas partes. Daí a teoria do inadimplemento antecipado também ser chamada de teoria do inadimplemento anterior ao termo. Essa outra designação, de certa forma é mais elucidativa ao que se pretende dispor o instituto.

Como já dito no capítulo anterior, defende-se a base legal da teoria no artigo 475 do Código Civil Brasileiro de 2002. Pretende-se agora delimitar em que situações a teoria pode ser usada.

O primeiro passo para compreender a teoria do inadimplemento antecipado é entender sua finalidade. É um instrumento de tutela do credor de tão relevante importância, que não pode ter seu uso extrapolado, sob pena de se reverter a hipossuficiência do credor ao devedor.

⁷ Enunciado 437, CJF: “Art. 475: A resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer do inadimplemento antecipado.” 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: 10 out. 2014.



Explica-se: como toda teoria revisionista, a teoria do inadimplemento antecipado mostra-se meio de o credor se desfazer da obrigação que assumiu com o devedor em situações extraordinárias. É, portanto, um meio de proteção do devedor que, ao esperar pelo cumprimento da obrigação do devedor, verifica que ele não quer ou não poderá fazê-lo no prazo.

O credor, então, pode ser considerado, quando se vir nessa situação, hipossuficiente, uma vez que sem esse poderoso instrumento de tutela nada poderia fazer. Assim, a possibilidade de se declarar o inadimplemento anterior ao termo é uma forma de equalizar as partes do acordo. Superdimensionar tal instrumento, por via reflexa, implicaria em tornar o devedor hipossuficiente, pois ficaria à mercê unicamente da vontade do credor.

Nesse sentido, destaca-se conclusão de Aline de Miranda Valverde Terra⁸ acerca do âmbito de aplicação da teoria que não pode ser alargada para as hipóteses de probabilidade de inadimplemento:

Sendo assim, devem ser afastadas as situações em que se identifica mero risco de descumprimento. Risco de descumprimento é probabilidade de descumprimento, e não inadimplemento. Não se nega que tais hipóteses também requeiram atenção especial a fim de proteger o credor de um potencial descumprimento da prestação devida. Todavia, outra deve ser a disciplina a incidir sobre tais situações, com efeitos diversos daqueles produzidos nos casos de inadimplemento já configurado.

Partindo dessa finalidade, parte-se à análise das situações em que se pode aplicar a teoria. Nesse sentido entende-se haver duas possibilidades de inadimplemento: absoluto e parcial. O absoluto se dá quando a prestação avençada entre as partes não puder mais ser cumprida ou não mais interessar ao credor. Por sua vez, o inadimplemento parcial, chamado de mora, ocorre quando a prestação, embora não tenha sido cumprida conforme acordado pelas partes, ainda se mostre útil a produzir efeitos para o credor⁹.

⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 160.

⁹ *Ibid.*, p.161.



O que interessa para a teoria do inadimplemento antecipado é o inadimplemento absoluto, ou seja, quando se pretende desfazer o trato entre as partes. Desse inadimplemento extrai-se que se pode dar por vontade do devedor ou por circunstâncias que tornem inevitável o adimplemento no prazo. Tal vontade ou circunstância podem chegar ao conhecimento do credor de forma expressa ou tácita, desde que sejam inequívocas.

Aline de Miranda Valverde Terra¹⁰ cita dois exemplos bem elucidativos para diferenciar as situações de vontade do devedor e circunstâncias que lhe impeçam o adimplemento.

Quanto ao inadimplemento antecipado por vontade do devedor, a autora menciona um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo narrando o caso concreto de uma pessoa que celebrou contrato de promessa de compra e venda com uma incorporadora de imóvel a fim de ao final ter a casa própria; chegando perto da data de entrega do imóvel, as obras sequer tinham começado. Nessa hipótese, então, configura-se a possibilidade de resolução do contrato pelo credor pelo inadimplemento do devedor consistente na inércia em adimplir o avençado, ou seja, por não começar a obra em tempo hábil a terminá-la no prazo avençado em contrato.

Já, quanto ao inadimplemento antecipado por circunstâncias alheias à vontade do devedor, a referida autora cita o exemplo de um médico cirurgião plástico que agenda com sua paciente uma cirurgia para dali a dois meses. Faltando uma semana para a data avençada, o médico liga para o hospital para reservar o centro cirúrgico, mas o hospital lhe avisa que não tem vaga disponível para aquele dia. Sabendo que a sua cirurgia plástica não poderá ser realizada no dia e no local avençados com o médico, a paciente pode perfeitamente invocar a teoria do inadimplemento antecipado para desfazer o contrato.

¹⁰ Ibid. p. 166-169.



Diante das possibilidades nas quais a teoria do inadimplemento antecipado pode ser usada, verifica-se que não só nas obrigações de fazer que a teoria encontra respaldo. Em toda obrigação onde for possível aferir o inadimplemento anterior ao termo por vontade do devedor ou circunstância que o impeça de adimplir sua obrigação é possível usar a teoria. Assim, aplica-se o inadimplemento antecipado inclusive em obrigações de dar, como demonstra o artigo 234, *in fine* do Código Civil¹¹, que fala em perda da coisa antes da tradição por culpa do devedor, prevendo pagamento por ele do valor equivalente e mais perdas e danos, *in verbis*:

Art. 234, CC: Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

Pretende-se neste trabalho, entretanto, dar enfoque às modalidades de obrigação embutidas em contratos, razão pela qual não serão aprofundados todos os dispositivos legais – embora sejam muitos – que possibilitem a aplicação da teoria.

No que tange, ainda, aos requisitos de aplicação da teoria, deve-se atentar para um elemento subjetivo, qual seja a culpa do devedor. De certo, como já dito, a teoria do inadimplemento antecipado é um instrumento de tutela do credor, mas não pode ser – frise-se – um instrumento de reversão da situação de hipossuficiência. Não pode o devedor ficar a mercê da vontade do credor porque, embora se esteja aqui mitigando a máxima, a regra ainda é o *pacta sunt servanda*. É com o intuito de se equalizar essa mitigação, dando poder ao credor para desfazer o negócio que se exige, junto aos elementos objetivos já referenciados – quais sejam vontade do devedor ou circunstâncias que lhe impeçam o adimplemento no termo –, o elemento subjetivo da culpa.

¹¹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.



Aline de Miranda Valverde Terra¹² reforça a ideia de que a culpa aqui utilizada como elemento é a *strito sensu*. Isso significa que o devedor deve agir com dolo ou culpa, ou seja, ao menos por negligência tenha concorrido para a situação que enseja o inadimplemento anterior ao termo.

Nesse sentido, destaca-se ensinamento da referida autora¹³:

Indubitavelmente, na declaração expressa de não querer adimplir, identifica-se o dolo do devedor em não cumprir a obrigação. Todavia, em relação aos demais suportes fáticos objetivos, afigura-se suficiente a configurar o inadimplemento a conduta culposa do devedor. Em consequência, no que tange ao comportamento que impossibilita a prestação, não se faz necessário que o devedor objetive, com aquela conduta, inadimplir a obrigação; basta verificar se, com sua conduta culposa, contribuiu para o resultado.

Da citação depreende-se, então, que diante da vontade do devedor em inadimplir a obrigação no prazo só se pode extrair o elemento subjetivo dolo. Entretanto, quando se tratar de inadimplemento antecipado por circunstâncias que impeçam o adimplemento, basta que a conduta do devedor seja, ao menos, culposa em sentido estrito.

Conclui-se, pela análise dos elementos que dão azo à teoria, que não basta receio de inadimplemento do devedor para que o credor invoque o instrumento. Deve haver certeza, ou seja, exclui-se a possibilidade – ainda que grande – e trabalha-se apenas com o fato concreto de que o inadimplemento no termo – embora ainda não se tenha chegado a esse termo – é inevitável.

Vistos os elementos de cunho objetivo e o elemento de cunho subjetivo que combinados implicarão na teoria do inadimplemento antecipado, passa-se à análise do âmbito de aplicação da teoria.

Convencionou-se possível a aplicação do inadimplemento anterior ao termo em relações obrigacionais, contratos a termo e contratos bilaterais e unilaterais¹⁴.

¹² TERRA, op.cit., p. 182.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid, p. 195-208.



No que diz respeito às relações obrigacionais, a teoria só se aplica quando houver interesse patrimonial envolvido. Isso porque se fala em resolução com devolução dos valores já pagos e perdas e danos, diferente do que ocorre nas relações extrapatrimoniais quando a resolução da obrigação antes do prazo avençado pode implicar em uma obrigação de fazer, por exemplo¹⁵.

Já no que tange aos contratos a termo, destacam-se as obrigações em que o adimplemento não se dá por um único ato, mas por um conjunto organizado e sucessivo de atos que dão, ao final, cumprimento à prestação. São em contratos com esse tipo específico de obrigação que a teoria do inadimplemento antecipado se torna mais evidente. Cita-se como exemplo o contrato de promessa de compra e venda celebrado entre pessoa física que compra uma unidade em empreendimento imobiliário de condomínio edilício a ser construído pela incorporadora, a outra parte do contrato.

Por fim, quanto aos contratos bilaterais¹⁶ e unilaterais¹⁷, é igualmente possível a aplicação da teoria. Dentre os contratos bilaterais incluem-se os exemplos já citados de contrato de promessa de compra e venda de imóvel na planta. Já quanto aos contratos unilaterais, embora haja receio da doutrina, segundo Aline de Miranda Valverde Terra, é possível a aplicação da teoria do inadimplemento antecipado uma vez que, embora não haja o sinalagma entre as partes, há obrigações que – por exemplo, pelo instituto da expectativa de direito –, quando inadimplidas, gerariam dano patrimonial indenizável. Observa-se o exemplo¹⁸ da supracitada autora:

Admitida, portanto, a força obrigatória da promessa de doação, o promitente-doador que um mês antes do termo declara que não adimplirá, torna-se imediatamente inadimplente, a autorizar o promissário-donatário a executar o contrato. A ressalva à

¹⁵ Ibid., p. 198.

¹⁶ Contrato bilateral é contrato sinalagmático, ou seja, contrato pelo qual as partes assumem obrigações recíprocas e que se correspondem entre si. Isso nada tem a ver com a onerosidade, que é característica de todo contrato. (Ibid., apud. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Notas sobre a Promessa de Doação*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: v. 24, out./dez. 2005, p. 10).

¹⁷ Contrato unilateral é o contrato em que ambas as partes têm que cumprir prestações – tanto é que se trata de um contrato –, mas as obrigações não são recíprocas, interdependentes. (TERRA, op.cit., p. 198).

¹⁸ TERRA, op. cit., p. 208.



solução, se houver, por se tratar de promessa de doação, poderá se referir aos efeitos do inadimplemento (seja anterior ao termo ou não), uma vez que, nesse caso, parte da doutrina não admite a execução específica, mas apenas a execução pelo equivalente pecuniário.

Conclui-se, assim, que a teoria do inadimplemento antecipado tem diferentes possibilidades de aplicação no direito pátrio, tendo âmbito de aplicação diversificado, já que visa proteger o credor de relação obrigacional nas hipóteses já mencionadas. Passa-se, por fim, à análise de precedentes jurisprudenciais que se utilizaram da teoria do inadimplemento antecipado, a fim de se demonstrar a aplicação prática do instituto.

3. A TEORIA DO INADIMPLEMENTO ANTECIPADO E A JURISPRUDÊNCIA

Vistos os requisitos de aplicação da teoria do inadimplemento antecipado, bem como delimitadas as hipóteses em que a doutrina aceita sua aplicação, passa-se a destacar a utilidade prática dos temas, tendo em vista a jurisprudência pátria.

Volvendo a análise para a hipótese de aplicação da teoria nos contratos, destaca-se notícia¹⁹ de importante e recente decisão do Superior Tribunal de Justiça na qual o tema foi pacificado:

Atraso em andamento de obra já configura inadimplemento passível de rescisão contratual

O atraso no andamento da obra caracteriza o inadimplemento substancial do contrato antes mesmo do fim do prazo convencionado para a entrega do imóvel. Nessa hipótese, o comprador pode pedir a rescisão contratual e receber a devolução dos valores pagos, independentemente de notificação prévia.

Esse entendimento foi adotado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que rejeitou recurso especial de uma construtora.

(...)

“Em decorrência da mora, tem-se, na espécie, o inadimplemento substancial”, explicou (o Ministro Relator Raul Araújo).

¹⁹ Notícia publicada no dia 19 de março de 2015 do site do STJ. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Atraso-em-andamento-de-obra-j%C3%A1-configura-inadimplemento-pass%C3%ADvel-de-rescis%C3%A3o-contratual>. Acesso em: 29 mar. 2015.

Tal notícia relata a decisão da quarta turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.294.101, no qual uma construtora recorreu da sentença condenatória de primeiro grau, sentença essa mantida em segundo grau pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O ministro relator considerou corretas as decisões do juiz de primeiro grau e do tribunal de origem, mantendo a condenação ao argumento de que, faltando apenas dois meses para o termo do contrato, a construtora recorrente não teria tempo hábil para adimplir o contrato conforme avençado, o que justifica a rescisão.

Por unanimidade na turma o ministro relator foi acompanhado em seu voto. A importância do julgado justificou a notícia na página principal do site do Superior Tribunal de Justiça. Destaca-se não se ter colacionado aqui o julgado propriamente dito com o voto proferido pelo ministro relator por se tratar de decisão muito recente da qual sequer houve publicação. O recurso encontra-se com o referido ministro para a confecção do acórdão, conforme andamento processual.

Voltando ao mérito da decisão, é de se constatar que, claramente, nos moldes em que o tema foi delimitado neste trabalho, a teoria do inadimplemento antecipado ou teoria do inadimplemento anterior ao termo foi aplicada. Entretanto, a nomenclatura doutrinária não é usada pela jurisprudência. Isso, de certa forma, dificulta a pesquisa jurisprudencial acerca do tema.

No que tange aos requisitos, a notícia fala em “inadimplemento substancial”. Tal expressão significa tão somente evidência de inadimplemento, mesmo que não se tenha chegado ao termo contratual. O caso concreto do julgado explica: a parte que pretendia rescindir o contrato ingressou em juízo pleiteando tal rescisão dois meses antes de findo o contrato, ou seja, àquela altura já se sabia que o inadimplemento da construtora era evento futuro, certo e inevitável.



A notícia menciona também um julgado do qual o ministro relator fez referência quando proferiu seu voto. Trata-se do Recurso Especial n. 745.079 que, da mesma forma, aplica a teoria do inadimplemento antecipado sem, no entanto, mencioná-la expressamente. O referido julgado é um precedente que reforça o entendimento da quarta turma do STJ.

Da mesma forma que no STJ, o entendimento pela possibilidade de rescisão contratual antes do termo por inadimplemento de construtora é pacífico no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A decisão supramencionada é de processo originário do TJRJ, mas vale destacar ementa de outra decisão – Apelação Cível n. 1.425/2000²⁰ – no mesmo sentido:

Incorporação imobiliária. Promessa de compra e venda de unidade autônoma vinculada a fração ideal de terreno da edificação a ser construída. Inadimplemento culposo do contrato, por parte do incorporador que, inobstante o tempo decorrido desde a celebração do compromisso, não inicia obras que possam propiciar a sua conclusão até ao termo final previsto no contrato para a entrega da coisa prometida, circunstância que autoriza o promissário adquirente a cessar os pagamentos das prestações vincendas do preço ajustado, e pleitear a rescisão do negócio, com perdas e danos. Devida, a esse título, a restituição à parte lesada, dos valores por esta pagos, com sua expressão monetária corrigida, acrescidos de juros moratórios. Reforma do julgado. (sic)

Essa decisão consolida, apesar de ser do ano de 2000 e mesmo que não se refira expressamente aos nomes doutrinários da teoria aqui tratada, o entendimento do TJRJ em consonância com o que a quarta turma do STJ acabou de reforçar.

CONCLUSÃO

Viu-se que a regra que rege o direito contratual hodierno é o princípio da imutabilidade dos contratos, princípio esse consagrado pela máxima do *pacta sunt servanda*. Tal princípio, que antes era uma verdade absoluta, vem sendo mitigado por várias teorias revisionistas, dentre elas a teoria do inadimplemento antecipado.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 1.425/2000. Relator Des. Nascimento Póvoas. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003BEF636DD93A869EA16AFAAB7905384EFC5DBC30F3130>>. Acesso em: 29 mar. 2015.



Em linhas básicas foram vistos os contornos da teoria do inadimplemento antecipado ou teoria do inadimplemento anterior ao termo, conforme nomenclaturas mais usuais adotadas pela doutrina. Quando o credor se encontrar em relação de hipossuficiência em relação ao devedor, ele pode invocar tal instrumento mediante cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo impostos pela doutrina.

São requisitos objetivos a inadimplência por vontade do devedor ou por circunstâncias que tornem inevitável o adimplemento no prazo. Quando ocorrer uma dessas duas situações somadas à culpa do devedor, mais precisamente dolo na primeira hipótese e culpa estrito senso na segunda, é possível que o credor maneje a teoria para desfazer o contrato antes de seu termo.

Destacou-se a inevitabilidade do adimplemento no prazo como fator determinante, uma vez trata-se de hipótese excepcional e não um instrumento de arbitrariedade, mudando o pólo de hipossuficiência da relação contratual.

Quanto às possibilidades de relações em que se aplica a teoria, aventou-se ser possível em relações obrigacionais, contratos a termo e contratos bilaterais e unilaterais. Na primeira hipótese deve a relação envolver interesse patrimonial. Na segunda o requisito é o termo contratual predefinido. Já na terceira, quanto aos contratos bilaterais dá-se o exemplo do contrato a termo; quanto aos contratos unilaterais, há divergência doutrinária, mas para quem entende que cabe a aplicação da teoria, isso ocorre quando ocorre assunção de obrigações que gerariam dano patrimonial indenizável.

Focou-se o trabalho no exemplo de contrato a termo, mas especificamente no caso de contrato de promessa de compra e venda celebrado entre pessoa física que compra uma unidade em empreendimento imobiliário de condomínio edilício a ser construído pela incorporadora, a outra parte do contrato.



Com base nesse exemplo, colocaram-se duas decisões judiciais: uma do Superior Tribunal de Justiça e outra do STJ. Em ambas aplicou-se a teoria do inadimplemento antecipado, nos moldes em que a teoria foi delineada, mas não houve menção expressa às nomenclaturas adotadas pela doutrina.

Conclui-se ser o tema sensível, tendo em vista sua aplicabilidade usual pela jurisprudência, embora, repita-se, os nomes doutrinários não sejam mencionados. Isso se dá porque faz parte da evolução histórica do direito contratual a mitigação do princípio da imutabilidade dos contratos como forma de manutenção do equilíbrio das partes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luis Tomás Alves de. *O inadimplemento antecipado no contrato no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_145.pdf>. Acesso em 10 out. 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 14 set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 1.425/2000. Relator Des. Nascimento Póvoas. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003BEF636DD93A869EA16AFAAB7905384EFC5DBC30F3130>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

CAPANEMA, Sylvio. Aula ministrada ao CPIII A na Emerj em 29 mai. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: contratos*. v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito dos Contratos*. v. 4. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito civil: Contratos: teoria geral*. v. 4. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



MACHADO, André Roberto de Souza. Aula ministrada na Femperj em 21 nov. 2012.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WALD, Arnold. *Direito Civil: contratos em espécie*. v. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



PECULIARIDADES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO RIO DE JANEIRO E A REINSERÇÃO SOCIAL

Fernando Ferreira Duarte

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Pós graduado pela Fesudeperj. Servidor Público da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária.

Resumo: No histórico do sistema prisional do Estado do Rio de Janeiro, as peculiaridades que envolvem a situação criminal do estado direcionou para a necessidade de diferenciação em relação ao princípio da individualização e, também influenciou nas práticas de gestão, assim, colocando o Rio em situação ímpar no que tange aos demais entes federativos.

Palavras-chave: Direito Penal. Sistema Penitenciário. SEAP. Reinserção social.

Sumário: Introdução. 1. A Busca pela Gestão de Qualidade no Sistema Prisional do Rio de Janeiro. 2. Necessidade de Mitigação ao Princípio da Individualização da Pena. 3. A Busca pela Reinserção Social no Complexo de Gericinó (Bangu). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o Sistema Prisional do Rio de Janeiro e as peculiaridades que o diferencia dos demais entes federativos, a partir de breve análise histórica e evolutiva do sistema como um todo para melhor compreensão do contexto que envolve o sistema carcerário do Rio de Janeiro atual. O trabalho discorre acerca do desenvolvimento que culminou com a transformação do Departamento (Desipe) em Secretaria de Administração Penitenciária, a relevância do tipo de tratamento dado, e o que esse tratamento realmente objetiva em relação ao contexto em que estava inserido, assim, busca analisar se efetivamente é possível ver, positivamente, o caráter punitivo ou educativo.

Enfim, busca-se fazer um estudo histórico, não excessivamente detalhado e aprofundado, mas tendo como objetivo, o atual Sistema Prisional considerando os problemas e peculiaridades que são inerentes.

Este artigo científico também discorre acerca das parcerias estabelecidas entre a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro e outras organizações, no sentido de buscar uma melhor adaptação do egresso com à sociedade. Discorre



superficialmente sobre o PQRio (Programa Qualidade Rio), onde a SEAP RJ, busca um norte para a melhoria na gestão de qualidade para tentar aprimorar suas práticas de gestão.

1. A BUSCA PELA GESTÃO DE QUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL DO RIO DE JANEIRO

Na tentativa de evoluir em relação às práticas de gestão para atingir com melhor eficiência o fim a que se propõe a Secretaria como organização, a participação no Programa de Qualidade Rio teve como consequência efetiva melhora na forma da busca pela reinserção.

1.1. O PROGRAMA DE QUALIDADE – PQR

O PQRio consiste numa metodologia para diagnosticar o estágio atual de desenvolvimento gerencial, permitindo estabelecer planos de melhoria contínua do desempenho organizacional de acordo com os conceitos e princípios da Gestão pela Qualidade Total.

O PQRio foi inspirado no Prêmio Nacional da Qualidade – PNQ e no Prêmio Gaúcho da Qualidade e Produtividade - PGQP, este último, desde 1994, vem comprovando a sua eficácia como instrumento indutor para a utilização de Gestão pela Qualidade Total nas organizações do Rio Grande do Sul. O PQR tem o intuito de mobilizar a sociedade, através principalmente de parcerias, desdobrando sua proposta em diversas ações, executadas de maneira descentralizada, voltadas para a conscientização e motivação dos dirigentes das organizações, trabalhadores e consumidores. ¹

¹ PRÊMIO QUALIDADE RIO. Disponível em: <<http://portal.mbc.org.br>>. Acesso em 7 de maio de 2015



Representados pelos chamados “Qualis Regionais”, nas diversas regiões do Estado do Rio de Janeiro, os quais são coordenados por Organizações locais, o PQR estimula, ainda, o contínuo aperfeiçoamento das Organizações, reconhecendo e premiando esforços efetivos direcionados ao seu bom desempenho com base na aplicação de modelo de gestão atualizado. Uma das maneiras de demonstrar este reconhecimento é através do Prêmio Qualidade Rio – PQRio, sendo a outra através do Premio Top Empresarial – PTE, voltado exclusivamente para as micro e pequenas empresas, em parceria com a FIRJAN, o Sebrae e o Grupo Gerdau.

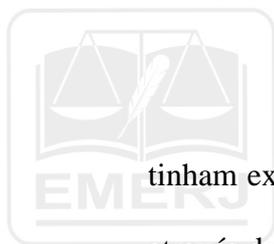
1.2. PRÊMIO DE QUALIDADE RIO E SEAP RJ

Lançado em 1999 pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, o Prêmio Qualidade Rio (PQRio), com o intuito de fazer com que a Cidade do Rio de Janeiro alcançasse considerável notoriedade não só pelo fato de ser a Cidade Maravilhosa com fulcro em suas belezas naturais mas, também, elevando o seu potencial no sentido de que, pudesse ascender em modernização e potencial econômico, visto que, o PQRio é inerente às instituições públicas e privadas. Em relação às unidades prisionais, tem como escopo primordial o desenvolvimento da gestão de qualidade.

A Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro (SEAP RJ), em 2005, iniciou-se o desafio de fazer com que unidades prisionais participassem deste prêmio de gestão de qualidade, à época, participou o Presídio Elizabeth Sá Rego, no complexo de Gericinó em Bangu, e Hospital Penitenciário Henrique Roxo que fica em Niterói.²

A participação dessas unidades se deu com o intuito de buscar refinamento das práticas de gestão, tendo como parâmetro as organizações de outros seguimentos que já

² FONTE: Relatório de Gestão de Qualidade - ciclo 2011, apresentado pelo Complexo de Gericinó, como exigência para participação no PQRio. Acesso ao relatório em 7 de maio 2015, na Coordenação de Gericinó. Bangu RJ.



tinham experiência por terem participado dos ciclos anteriores, assim, buscando nivelamento através de referenciais comparativos, dentro do que seria possível implementar, nesse sentido, tentando melhorar de alguma forma o Sistema Prisional do Rio de Janeiro que, como os demais entes federativos, possuem problemas a serem solucionados tais como, superlotação e a impossibilidade de se garantir de forma eficiente, a aplicabilidade do princípio da individualização da pena.

Operacionalizado pela iniciativa privada, O PQRio visa à melhoria organizacional de instituições públicas e privadas localizadas na Cidade do Rio de Janeiro, assim, as unidades prisionais e demais participantes da SEAP adaptaram suas práticas em relação às exigências dos avaliadores. É importante destacar que, o último ciclo em que as unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro participaram, foi o ciclo de 2011, ou seja, lamentavelmente foi interrompido um dos mecanismos de busca por uma gestão de constante refinamento de uma organização que deve sempre objetivar a reinserção social.

1.3. CRÍTICA AO ABANDONO NA PARTICIPAÇÃO DA SEAP/RJ NO PQRIO.

Infelizmente, a organização SEAP RJ deixou de participar do Prêmio Qualidade Rio, pois como foi anteriormente discorrido, era uma das formas de melhoria em relação ao fim que se propõe a Secretaria de reinserção social.

No ano de 2011, participaram 15 organizações que estavam inseridas na Secretaria de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro. É importante ressaltar que, nem todas as participantes da Secretaria eram unidades prisionais, ou seja, participaram também, por exemplo, o setor de informática e a Corregedoria da SEAP.

A Secretaria de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, à época, criou um núcleo para que seus participantes se organizassem para terem seus desempenhos os mais satisfatórios possíveis, este núcleo foi coordenado pela Dra. Maria de Lourdes Figueira de Oliveira que,



atualmente está aposentada, porém à época, também estava como Diretora da Colônia Agrícola Marco Aurélio Vergas Tavares de Mattos, unidade conhecida como Colônia Agrícola de Magé. Foram estas as participantes deste ciclo: a SEAP-AM - Colônia Agrícola de Magé; SEAP-SR Presídio Elizabeth Sá Rego; o SEAP-HR - Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Henrique Roxo; SEAP-SP - Sanatório Penal; SEAP-EB - Penitenciária Esmeraldino Bandeira; SEAP-TB - Penitenciária Talavera Bruce; SEAP-LP - Laércio da Costa Pelegrino (Bangu 1); SEAP-FN - Penitenciária Vieira Ferreira Neto; SEAP-IS - Instituto Penal Ismael Pereira Sirieiro; SEAP-FC - Casa de Custódia Franz de Castro Holzwarth; EGP - Escola de Gestão Penitenciária; SEAP-VM - Presídio Diomedes Vinhosa Muniz; SEAP-BM - Instituto Penal Benjamin de Moraes; Superintendência de Informática e; SISPEN.³

Estes participantes da SEAP/RJ adaptaram suas práticas para estarem próximos do que seria o ideal a ser alcançado no que diz respeito às exigências do PQRio, esta adaptação é inerente aos procedimentos que são adaptados, dentro do possível, aos padrões estabelecidos pela organizara, assim, por exemplo, numa linha de produção de indústria privada existem práticas específicas, nesse sentido, tratando-se de unidades prisionais, são implementadas as práticas de acordo com a realidade que envolve as unidades prisionais como organização.

Deixar de participar do PQRio, foi abrir mão de uma das formas de buscar uma melhora na qualidade de reinserção social, pois a participação da Secretaria proporcionava uma visão aos gestores das unidades prisionais, de que os internos, presos, eram o produto a ser trabalhado, eram os cliente e também, a força de trabalho.

1. NECESSIDADE DE MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

³ FONTE: Relatório de Gestão de Qualidade - ciclo 2011, apresentado pelo Complexo de Gericinó, como exigência para participação no PQRio. Acesso ao relatório em 7 de maio 2015, na Coordenação de Gericinó. Bangu RJ.



O princípio da Individualização da pena deve sofrer mitigação no Estado do Rio de Janeiro, pois considerando que geograficamente o Estado é dividido em facções, quando o réu vai cumprir a sua pena, deve ser levado em conta a região em que o indivíduo residia porque existem áreas que são consideradas de “domínio” da facção Comando Vermelho ou Terceiro Comando, ADA etc. Assim, as unidades prisionais têm facções distintas, nesse sentido, em observância à integridade do interno que é de sua responsabilidade.

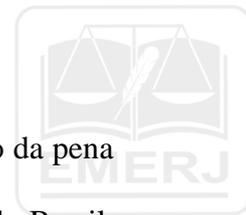
Os princípios penais estão previstos tanto na Constituição Federal de forma explícita e implícita, assim como na legislação infraconstitucional. Como já dito anteriormente, por se tratarem de limitações ao poder punitivo estatal vários princípios constitucionais foram consagrados como cláusulas pétreas, imunes a reduções ou supressões, como por exemplo, a legalidade, art. 5, inciso XXXIV da CRFB, retroatividade da lei penal mais benéfica, prevista no art. 5, inciso XL da CRFB, e individualização da pena, art. 5º, inciso XLVI da CRFB, dentre outros.⁴

A Constituição Federal de 1988 elencou vários princípios processuais penais, porém, no contexto de funcionamento integrado e complementar das garantias processuais penais, não se pode perder de vista que os Tratado Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil também incluíram diversas garantias ao modelo processual penal brasileiro. Nessa ordem, a Convenção Americana sobre Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), prevê diversos direitos relacionados à tutela da liberdade pessoal (Decreto nº 678/92, art. 7º), além de inúmeras garantias judiciais (Decreto nº 678/92, art. 8).⁵

1.1. A PROGRESSÃO DE REGIME NA LEGISLAÇÃO PENAL DO BRASIL

⁴ FONTE: Disponível em: <<http://jus.com.br/clausulas-penais-fixas-e-a-individualizacao-da-pena>>. Acesso em: 8 de maio de 2015

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 6



A primeira noção mais próxima do atual sistema progressivo de cumprimento da pena privativas de liberdade, ocorreu no Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, Decreto Nº 847, de 11 de Outubro de 1890. Em seu art. 50, previa que o indivíduo condenado à prisão celular, prevista no artigo 43, letra “a”, do referido Decreto 847, que tivesse sido condenado a pena superior a seis anos e já houvesse cumprido mais da metade da pena, poderia cumprir o restante da pena em penitenciária agrícola.

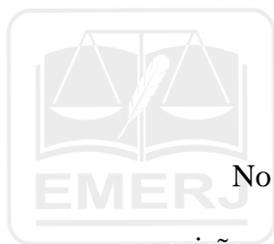
Adotou o referido código quatro tipos de penas, a saber: prisão celular; reclusão; prisão com trabalho obrigatório e; prisão disciplinar. É importante ressaltar que nesse Código Penal, também foi previsto o livramento condicional.

Na Consolidação das Leis Penais, Decreto Nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932, houve novamente uma noção do sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade, mas somente nos casos de prisão celular.

O Código Penal Brasileiro de 1940 permaneceu com o regime de reclusão e criou um novo regime de cumprimento denominado detenção. Adotou-se então uma espécie de sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, prevendo inicialmente o isolamento absoluto de sentenciado, por um período não superior a três meses, podendo, o condenado, após o inicial contato com o sistema, trabalhar dentro do estabelecimento penal ou em obras ou serviços públicos.⁶

A progressão, conforme configurado no Código Penal de 1940, em alguns casos, permitia que o condenado de bom comportamento fosse transferido para colônia penal, se houvesse cumprido metade da pena quando esta não fosse superior a três anos; ou, um terço da pena, quando esta fosse superior a três anos. Levava-se assim em consideração, pois, além dos critérios objetivos, critérios subjetivos relativos ao comportamento.

⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, *Dos Delitos e das Penas* – tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. – 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.15



No Código Penal de 1969, Decreto Lei Nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, houve a previsão em seu art. 38, do cumprimento das penas privativas de liberdade, reclusão e detenção, em estabelecimentos penais fechados e abertos, ou seja, não previu o autor qualquer possibilidade de progressão de regime, apenas criou uma nova condição de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Entretanto este mesmo Código Penal deixou expressa a possibilidade de regressão de regime, determinando que quando o condenado fugisse seria transferido para o regime fechado.

Com a Lei Nº 6.416, de 24 de maio de 1977, foi criado o regime semi-aberto e expressamente adotou-se o sistema progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade que, dentre outras disposições, alterou alguns dispositivos do Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, em especial o conteúdo do art. 30, que tratava como anteriormente falado, da execução penal, mais especificamente sobre a progressão de regime.

Prévia e referida alteração, a mesma possibilidade do isolamento absoluto inicial, por tempo não superior a três meses, com a finalidade declarada de conhecer a personalidade do condenado, sendo que esse isolamento inicial da pena privativa de liberdade passou a ser facultativo.

Ficaram, entretanto, a critério de Lei local, ou, à sua falta, por provimento de Conselho Superior de Magistratura ou órgão equivalente, a concessão de um dos três regimes, bem como a transferência e o retorno de um para outro. Todavia, algumas determinações gerais já estavam contidas na norma, pois os benefícios eram concedidos de acordo com a aquisição de critérios adotados de tempo de pena – requisitos objetivos – com os definidores de personalidade e comportamento – requisitos subjetivos – bem como as expressões caracterizadoras da ideologia do tratamento.

Percebe-se que no direito penal brasileiro, mais especificamente na execução das penas privativas de liberdade, o instituto da progressão de regime é deferido com base em



alguns requisitos, objetivos e subjetivos, do condenado, ou seja, requisitos temporais de cumprimento, objetivos, e de comportamento, subjetivos.

O Código Penal de 1940, já alterado em 1977, sofreu mais uma modificação em 1984, Lei Nº 7.209, de 11 de julho de 1984, dando nova redação à parte geral. Este novo diploma definiu três espécies de penas: as privativas de liberdade; as restritivas de direito e; as penas pecuniárias. Estabeleceu que, as penas privativas de liberdade seriam de reclusão, que poderiam ser cumpridas em regime fechado, semiaberto e aberto, exceto a hipótese de regressão de regime.

A atual redação da parte geral do Código penal, que foi determinada pela lei 7.209 de 11 de julho de 1984, bem como a Lei de Execução Penal – Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984, convergem no sentido de que o sistema adotado pela legislação brasileira, quanto à execução das penas privativas de liberdade, é o progressivo, caracterizando-se, ainda, a adoção da ideologia do tratamento para a reabilitação dos criminosos.

Outro aspecto importante é a fixação do regime inicial, de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Para a fixação do regime inicial, deve-se levar em consideração o disposto no parágrafo segundo e terceiro do artigo trinta e três da parte geral do Código Penal (Lei 7.209 de 11 de julho de 1984).

Cabe ressaltar que os requisitos concessivos dos benefícios da progressão de regime são, novamente, os critérios objetivos e subjetivos, e que estes últimos são mecanismos limitadores à concessão ou não do benefício.

Na Legislação Penal brasileira, há a vedação legal quando o crime praticado está previsto no parágrafo primeiro do artigo segundo da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990,



chamada lei dos crimes hediondos para os crimes definidos como hediondos ou a eles equiparados como o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo.⁷

Dentre os diversos institutos existentes na fase executiva da pena privativa de liberdade, livramento condicional, indulto, anistia e graça, a progressão de regime prisional exerce grande destaque na sua individualização, uma vez que permite, com base nos próprios méritos do indivíduo passar, por exemplo, do regime fechado ao regime semiaberto.

O princípio da individualização da pena integra o discurso de ideologia penal dominante, pois, desde a Escola Positiva já se preconizava justamente a necessidade da determinação da pena. Por meio da prevenção especial e da aplicação individualizada da pena que se alcançam duas de suas finalidades que são: a de tornar inócua o delinquente incorrigível e incurável e; reeducá-lo, se emendável e curável, para a vida social.

2. A BUSCA PELA REINserÇÃO SOCIAL NO COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE GERICINÓ EM BANGU

A Coordenação das Unidades Prisionais de Gericinó, em conformidade com a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária busca permanentemente alcançar a melhoria de sua gestão pelo aperfeiçoamento de suas práticas.

Durante os anos de 2008, 2009 e 2010, realizou melhorias no sentido discorrido anteriormente, e também no espaço físico proporcionando um local cada vez mais apazível para a força de trabalho, respeito e dignidade humana para a força de trabalho, nesse sentido, entende-se que uma força de trabalho respeitada dentro do que é possível fazer, desempenha melhor suas atribuições que tem como objetivo principal, a reinserção social.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.20



A Coordenação das Unidades Prisionais de Gericinó persegue uma gestão de qualidade com o objetivo principal de proporcionar a reinserção social daqueles que figuram como, produto, clientes e força de trabalho, ou seja, os apenados. A busca pela melhoria da gestão, ocorre através da harmonia entre a rigidez em relação à segurança e tentativa de um tratamento digno que deve ser dado ao ser humano.

A Coordenação possui prática de suma importância, que é a de combater de forma constante a entrada de materiais ilícitos nas Unidades Prisionais, identificando e prendendo em flagrantes visitantes, servidores e funcionários que tentam burlar a segurança das unidades prisionais que estão inseridas no Complexo de Gericinó.

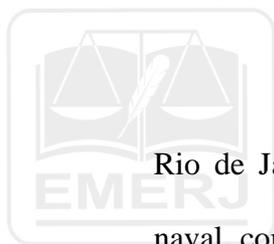
2.1. PARCERIAS ESTABELECIDAS

A Secretaria de administração Penitenciária do Rio de Janeiro, busca auxiliar o interno no sentido de que possa se colocar no mercado de trabalho, embora ainda exista um longo caminho para percorrer, tem se esforçado para que este ideal seja alcançado.

Parcerias estabelecidas com empresas, como com a INDUSPAN, possibilitou a realização de curso de Panificação em parceria também com a Fundação Santa Cabrini. Esta empresa (INDUSPAN), é responsável pelo fornecimento de pães para o desjejum e lanche noturno nas unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro. É importante esse tipo de trabalho cada vez mais estimulado pela SEAP, em parceria com empresas públicas e privadas para que o preso tenha maior capacidade e conseqüentemente condições de obter um emprego ao término de sua pena.⁸

A SEAP RJ, também realizou parceria com o estaleiro Mac Laren Oil, surgindo assim um importante convênio na área de formação profissional dos presos do sistema prisional do

⁸ FONTE: Relatório de Gestão de Qualidade - ciclo 2011, apresentado pelo Complexo de Gericinó, como exigência para participação no PQRio. Acesso ao relatório em 7 de maio 2015, na Coordenação de Gericinó. Bangu RJ.



Rio de Janeiro. Este convênio possibilita ao interno o aprendizado na área de construção naval, com formação em soldador, caldeireiro e maçariqueiro para apenados do sexo feminino e masculino. É importante ressaltar que serão montadas escolas técnicas nas próprias unidades prisionais e, após a formação o preso poderá ser empregado no estaleiro, ampliando assim, a possibilidade de reinserção social quando da liberdade do preso.

As parcerias e cursos são importantes para a reinserção social. É importante destacar que, além das parcerias anteriormente discorridas, a Secretaria também disponibiliza seus detentos para trabalharem na CEDAE, onde são beneficiados com a remissão de pena e, também recebem seus salários, assim, podem ajudar também seus familiares. Na Colônia Agrícola de Magé, alguns internos recebem remuneração, os que trabalham na padaria, na lavoura, na cozinha, enfim, todos são beneficiados neste sentido. É importante destacar que, a Colônia Agrícola de Magé não possui muros nem cercas e, a considerável extensão de terra em relação ao número de inspetores é bastante desproporcional, assim, os presos que lá estão, são contidos na Colônia pela sua própria consciência.⁹

2.2. O GARANTISMO EM BENEFÍCIO DA PENA

Em relação à aplicação da pena, o Garantismo que é uma teoria jusfilosófica, de Luigi Ferrajoli tendo seu advento no final do Século XX, mas com raízes no Iluminismo do Século XVIII.

É importante entender os desdobramentos do Garantismo e sua relevância no que tange ao condenado, nesse sentido, pode ser entendido de três formas distintas, mas correlacionadas: tem o papel de normatização do Direito, ou seja, no sentido de se observar a legalidade como forma de evitar excessos do Estado; como uma teoria crítica do Direito,

⁹ FONTE: Relatório de Gestão de Qualidade - ciclo 2011, apresentado pelo Complexo de Gericinó, como exigência para participação no PQRio. Acesso ao relatório em 7 de maio 2015, na Coordenação de Gericinó. Bangu RJ.



assim, na aplicação deve haver questionamentos que direcionem à práticas voltadas para a evolução no que tange a subsunção do fato a norma, considerando contextos históricos e culturais em que a situação está inserida, e também na busca de harmonia entre legalidade e justiça e; como uma filosofia política, que de um modo geral abrange todos os aspectos anteriormente discorridos, numa forma constante de pensar o Direito como ciência em constante evolução.

No primeiro sentido, é um sistema de vínculos impostos ao poder estatal em garantia dos direitos dos cidadãos, sendo possível falar-se em níveis de efetividade do garantismo normatizado na Constituição de um determinado Estado nas práticas judiciárias desse Estado.¹⁰ Na segunda forma, é uma teoria jurídica da validade e da efetividade do Direito, fundando-se na diferença entre normatividade e realidade, isto é, entre Direito válido (dever ser do Direito) e Direito efetivo (ser do Direito), ambos vigentes. Neste segundo significado, permite a identificação das antinomias do Direito, visando a sua crítica. Por último, garantismo é uma filosofia política que impõe o dever de justificação ético-política (dita, também, externa) ao Estado e ao Direito, não bastando a justificação jurídica (também chamada de interna). Neste último sentido, pressupõe a distinção entre Direito e moral, entre validade e justiça, tão cara ao positivismo, e a prevalência desta última, a justificação externa.

A importância da análise das questões anteriormente discorridas, é pela inevitável convergência para o cerceamento da liberdade, que é o cerne do presente artigo, assim, se o Garantismo analisado sob todos os aspectos anteriormente mencionados direcionarem para uma evolução no que tange à aplicação das penas privativas de liberdade ou restritivas de direito, conseqüentemente, tal evolução terá um viés inversamente proporcional, ou seja, quanto maior a evolução menor o cerceamento, pois o Garantismo como filosofia política, deve entender a questão com observância aos aspectos norteadores que influenciam a

¹⁰ FRANZONI GIL, Lise Anne de Borba. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy*. Dissertação (mestrado) -Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2005



sociedade, ou seja, a manipulação da política criminal, o descaso no que tange aos direitos sociais, e principalmente, investimento prioritário para a educação.

CONCLUSÃO

Com fulcro nas informações sobre a atual situação do sistema prisional, com ênfase no sistema prisional do Estado do Rio de Janeiro, conclui-se que foram detectadas situações que traduzem óbice no que tange à busca de uma reinserção social efetivamente viável, nesse sentido, podemos citar como exemplo as estatísticas criminais muitas vezes manipuladas, o caráter criminoso determinado por características físicas (preconceito), o descaso das autoridades competentes, enfim, ações e omissões que direcionam para as consequências observadas no atual cenário prisional.

Assim, não só no Rio de Janeiro, mas de forma geral, observa-se que todos de algum modo têm uma parcela de culpa, seja por preconceito, seja por descaso, por ação negativa ou por omissão pura e simples. O mais importante foi mudar de ângulo e ver que algumas ações têm se destacado positivamente e, fazendo com que esta conclusão, tenha também um viés positivo, assim, mostrando que é possível a implementação de práticas para a melhora do Sistema Prisional, principalmente considerando as ações da Administração Penitenciária do Rio de Janeiro que foram percorridas ao longo deste trabalho e que infelizmente, não tiveram continuidade, por exemplo, a busca por uma melhoria na gestão de qualidade, em que impulsionava os gestores de unidades prisionais a terem compromisso com a satisfação da força de trabalho e, nesse contexto a inclusão dos internos e a preocupação em interagir com a sociedade, preocupação com a diminuição de impactos ambientais.

Por todo o exposto, o que se espera é a correta aplicação das penas e uma reinserção social de qualidade, com influência de todos os setores da sociedade, assim, com interação e



colaboração. Deve haver uma melhoria no sistema carcerário, com o retorno ao páreo da Secretaria de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, para que haja constante refinamento das práticas de gestão, com interação com a sociedade, preocupação, com a reciclagem e impactos ambientais e, parcerias com outras organizações para que haja a utilização da mão de obra carcerária como ajuda mútua, ou seja, benefícios fiscais para as empresas e aprendizado profissional para os internos.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos Delitos e das Penas* – tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CLÁUSULAS PENAIAS. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/clusulas-penais-fixas-e-a-individualizacao-da-pena>>. Acesso em: 8 de maio de 2015

FRANZONI GIL, Lise Anne de Borba. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy*. Dissertação (mestrado) -Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

PRÊMIO QUALIDADE RIO. Disponível em: <<http://www.portal.mbc.org.br>>. Acesso em 7 de maio de 2015.

RELATÓRIO DE GESTÃO DE QUALIDADE - ciclo 2011, apresentado pelo Complexo de Gericinó, como exigência para participação no PQRio. Disponível na Coordenação das Unidades Prisionais de Gericinó. Bangu. RJ.



RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA SEGURANÇA PÚBLICA: INCURSÕES EM COMUNIDADES CARENTES

Gabriel Rodrigues Miceli

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: O presente artigo se propõe a apresentar uma breve interpelação acerca da responsabilidade civil do Estado na segurança pública, em especial nas incursões em comunidades carentes, abordando ainda a famigerada “bala perdida”, oferecendo um compêndio introdutório com conceitos, versando sobre colisão entre princípios e aplicação das normas do texto constitucional, no sentido de mensurar esta responsabilização, buscando uma solução coerente e dotada de senso de justiça. Apresenta ainda, as causas que excluem esta obrigação de indenizar o lesado pelo evento danoso proveniente desta atividade estatal, sempre pautando a discussão na proporcionalidade e razoabilidade.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Operações em Favelas. “Bala perdida”. Responsabilidade Estatal.

Sumário: Introdução. 1. Das peculiaridades da teoria do risco nessas incursões. 2. Responsabilidade civil do Estado nas operações bélicas em comunidades. 3. Responsabilidade nos casos de “bala perdida”. 4. Nexos de causalidade necessário para embasar a responsabilidade estatal. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O tema abordado no presente trabalho tem por objetivo aclarar as controvérsias e divergências acerca da responsabilidade civil do Estado, fixando-se nas questões relativas à segurança pública, nos danos causados por atos e omissões de seus agentes durante as operações realizadas em comunidades carentes, tendo como diretriz o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, que aduz explicitamente sobre a responsabilização do Estado, além do artigo 43 do Código Civil e dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o Privado, entre outros.

Muito se discute acerca dessa responsabilização, pois de um lado está o Estado, que é responsável pelo bem coletivo, com todo o seu poder e privilégios administrativos e, do outro lado, o particular, suscetível e vulnerável, à mercê de agentes incapazes e incapacitados treinados por um Estado desinteressado e falido (principalmente no que tange às instituições garantidoras da segurança pública), tendo muitas vezes seu direito à incolumidade física, à intimidade ou à liberdade violados por quem tem o dever legal de protegê-lo, alegando fazê-



lo, de forma arbitrária, com base no Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Cabe ressaltar que os verbetes constantes dos artigos supramencionados são muito amplos, sem limitações evidentes, sendo dever do intérprete analisar cada caso concreto, devendo fazê-lo de maneira que esta resulte conforme a norma constitucional à qual está subordinada, aplicando-o aos casos particulares que se molduram à hipótese geral prevista explicitamente, nada podendo acrescentar ou dispensar desta norma expressa, pois o Estado não pode ser um garantidor universal conforme ensina o Ministro Gilmar Mendes.

Devido a essa ausência de limitações normativas, têm-se diversas interpretações sobre o mesmo diploma legal, gerando assim decisões divergentes acerca do mesmo tema, acabando por criar uma grande insegurança jurídica no mundo do Direito e, como consequência, violando direitos sociais expressos na Constituição Federal.

Debater-se-á, dentre outras incertezas, qual o melhor modo de solucionar este conflito de princípios, expondo as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente a do Supremo Tribunal Federal, juntamente com uma interpretação sistemática das normas que conduzem este tema, para que possam ser conjugadas harmoniosamente com a Magna Carta que rege esta pátria.

Neste trabalho verificar-se-á também a importância do nexo de causalidade para essa responsabilização, em especial nos casos de “bala perdida”, suas peculiaridades e conjunturas que podem, inclusive, isentar a responsabilidade do Estado, interpretações doutrinárias, além das circunstâncias quando o Estado não for o único responsável pelo evento danoso.

A responsabilidade civil nada mais é do que a obrigação de reparar danos patrimoniais e extra-patrimoniais e que se haure com o pagamento de justa indenização. Por possuir esta natureza, a responsabilidade civil independe da esfera criminal e da administrativa, podendo coexistir com ambas, sem se confundirem. Sendo, portanto, a responsabilidade civil do Estado nada além da obrigação imposta à Fazenda Pública de compor os danos causados a terceiros por agentes públicos, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

A doutrina e jurisprudência acerca desse assunto evoluíram muito no decorrer das diversas Constituições que regeram esta pátria, tendo a atual Carta Magna reconhecido a vulnerabilidade da parte mais frágil, legitimando assim a cidadania e concretizando o princípio da igualdade material.



A presente explanação fundamentar-se-á em livros e artigos de doutrinadores sobre o tema abordado, além do atual entendimento e jurisprudência dos tribunais superiores a respeito do tema.

Pretende-se, portanto, ao discorrer acerca deste tema, colaborar para uma melhor compreensão no tocante à obrigação que o Estado possui de reparar os danos causados a terceiros em função dos erros de seus agentes nas operações bélicas realizadas em comunidades carentes, que é executada de forma desarrazoada e cesarista, sujeitando os cidadãos daquelas comunidades a todo tipo de situação exorbitante.

1. DAS PECULIARIDADES DA TEORIA DO RISCO NESSAS INCURSÕES

Esta abordagem inicia-se com um conceito simples e moderno sobre o atual direito, o de que esse é uno e indivisível, indecomponível, ou seja, deve ser analisado e estudado como um grande sistema aonde uma norma não pode ser analisada separadamente, devendo harmonizar-se com o conjunto legislativo ao qual pertence, nunca afrontando seu esteio legal, a Constituição Federal, bem como tece alguns comentários acerca dos princípios pertinentes à Administração Pública.

Dessa sorte, o princípio da legalidade é a base para todo Estado Democrático de Direito, sendo posto pela atual Carta Magna como o alicerce do sistema jurídico do país, através do qual fica garantida a liberdade e a segurança jurídica do cidadão, garantindo, assim, um ordenamento justo e racional.

Para o doutrinador Pedro Lenza, esse princípio, no tocante à Administração Pública, indica que essa deve andar nos “trilhos do trem”, corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not of men*. Trata-se do princípio da legalidade estrita, que, por seu turno, não é absoluto. Existem algumas restrições, tais como as medidas provisórias, o estado de defesa e o estado de sítio.¹

Segundo o jurista Luís Roberto Barroso, a doutrina tem construído em torno desse princípio uma teorização mais sofisticada, onde fala-se de reserva legal absoluta quando se exige do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que vão aplicá-la, sendo

¹LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147



relativa a reserva legal quando se admitir a atuação subjetiva do aplicador da norma ao dar-lhe concreção.²

Ao exposto, verifica-se que o Estado tem suas atividades restritas pelas leis que o regem, principalmente no tocante à Segurança pública, logo, se um agente público, no exercício de sua função, realizar alguma prática não autorizada em lei, cometerá um ato ilícito, devendo o órgão ao qual está subordinado responder civilmente pelo dano causado.

Embora a Carta Magna em seu art. 37 § 6º tenha disciplinado uma responsabilidade objetiva onde as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos causados por seus agentes, não constitui ato ilícito aquele praticado no exercício regular de um direito, conforme art. 188, inciso I do Código Civil.

O Estado é um ente público que desenvolve suas atribuições através de seus servidores, que investidos pelo poder concedido por este, cumprem suas funções objetivando sempre o bem comum. Dentre essas atribuições está a segurança pública, que visa à manutenção da ordem interna, assegurando assim, o bem estar geral, sempre pautada na legalidade e nunca violando os direitos individuais e fundamentais dos cidadãos.

Sérgio Cavalieri Filho ensina que, a partir da Constituição Federal de 1946, a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita de culpa, mas, tão-somente, da relação de causalidade.³

Para a teoria do risco administrativo, a concepção de culpa é permutada pela de nexos de causalidade entre o desempenho do serviço público e o dano sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Legítima, portanto, a responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos, culpa ou dolo.

É chamada teoria do risco, porque parte da noção de que a laboração estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Acarretado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo.

Provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, de falta anônima do serviço. O dever de indenizar da Administração opor-se-á por força do

² BARROSO, Luís Roberto. Princípio da legalidade. Delegações legislativas. Poder regulamentar. Repartição constitucional das competências legislativas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, p. 15, 1997.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47



dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos público.

No que tange à segurança pública, centralizado esse trabalho nas operações em comunidades carentes, esta responsabilização entra em um campo nebuloso, com grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. Tem-se o exemplo do oficial do BOPE que ao confundir uma furadeira com uma arma durante uma operação da Polícia Militar no Morro do Andaraí, na zona norte, em 19 de maio de 2010, atirou e matou o senhor Hélio Barreira Ribeiro, que estava no terraço de casa pregando uma lona com sua furadeira, para proteger o local da chuva.

Outro caso também de grande divulgação foi o do menino Juan, que fora baleado e havia sumido em junho de 2011, numa ação policial num beco da Favela Danon, em Nova Iguaçu, onde morava. São casos semelhantes que envolvem a mesma situação, na qual houve dano ao particular durante tais incursões, legitimamente autorizadas. Porém, tais eventos são distintos em sua essência, dadas as situações em que cada um ocorreu, onde de um lado está, aparentemente, uma das excludentes desta responsabilização e do outro, uma evidente demonstração de incompetência e falta de preparo, além do mau caráter destes agentes.

A conduta representa um dos requisitos essenciais para incidência da responsabilidade civil, sendo preponderante em qualquer de suas espécies. Consoante Sérgio Cavalieri filho, conduta é conceituada como “o comportamento humano, voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade, o seu aspecto psicológico”⁴.

Seguindo com sua lição, Cavalieri ensina que: “Ação consiste em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo. Já a omissão, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida. Vieira dizia, com absoluta propriedade que, é aquilo que se faz não fazendo.”⁵

O dano destaca-se como outro pressuposto da responsabilidade civil, independentemente de sua espécie, pois pode haver responsabilidade civil sem culpa, mas nunca poderá haver responsabilidade sem dano. Esse dano nada mais é do que a lesão de um bem jurídico, podendo ser de natureza patrimonial ou moral, a depender da casuística.

É certo que tais incursões sempre resultarão em algum tipo de dano. Em regra, tais localidades são subjugadas por um poder paralelo existente no Estado do Rio de Janeiro. A

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 151

⁵ *ibid.*, p. 24



existência desse poder paralelo, um Estado de crime organizado, sustentado, essencialmente, pelo tráfico de armas e drogas, é culpa da desídia governamental, que permitiu sua instalação e acomodação durante longos anos, tornando-se na situação caótica hoje exposta e conhecida por todos.

Logo, a presença estatal perturba e intimida esse poder paralelo, fazendo com que os agentes públicos sejam recebidos a tiros pelos elementos integrantes dessa associação criminosa, ação esta com o fito de repelir essa entrada estatal e manterem-se no comando daquela localidade.

A decorrência lógica desse embate é a resposta à altura e legítima para repelir essa injusta agressão, qual seja, a conhecida troca de tiros, clássico exemplo de legítima defesa. Ou seja, essa incursão que caracteriza um exercício regular de direito por parte da Administração Pública, visando trazer a ordem e a paz para aquela comunidade, passa a configurar legítima defesa ao haver tal embate entre agentes públicos e criminosos. A Legítima defesa autêntica demonstra-se quando a circunstância de agressão injusta está efetivamente ocorrendo no mundo real, ou seja, quando existe realmente uma agressão injusta que pode ser repelida pela vítima, atendendo-se aos limites legais.⁶

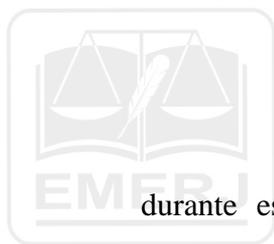
Por óbvio, essa colisão entre “Estados” acaba por acarretar em danos de toda e qualquer natureza. Durante esse entrechoque armado, os projéteis disparados por ambas as partes apenas paralisam-se ao encontrarem alguma matéria, atingindo casas, objetos e, infelizmente, seres humanos.

Quando atingem bens materiais apenas, a discussão, apesar de menos significativa, uma vez tais incursões, lamentavelmente, acabam com a morte de inocentes, como nos casos de “bala perdida” a ser abordado mais adiante, ainda é considerável, pois deve haver, além de conduta e dano, o famigerado nexos de causalidade a fim de configurar a responsabilização civil.

O particular não pode responsabilizar-se e escorar tal prejuízo, pois em nada contribuiu para aquele ocorrido, apenas morando naquela localidade por absoluta necessidade, dada a sua condição financeira.

Porém, embora a responsabilidade estatal seja objetiva, baseada na Teoria do Risco, o Estado não pode ser considerado garantidor universal. Se assim fosse, ou seja, o Estado sendo um segurador universal, a cada incidente, que ocorrem muitas vezes, senão sempre,

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 8. ed. , São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012, p. 231



durante estas atividades, o Estado fosse obrigado a indenizar o particular, estaria se construindo uma situação insustentável, que levaria à falência do ente estatal.

Nota-se que seria extremamente dispendioso e infactível onerar, a já sobrecarregada máquina estatal, com tamanha monta, impelindo, com tal conduta, a bancarrota do Estado.

Deste pensamento decorre que a Administração Pública não deve assumir um dever geral de indenizar, não sendo responsável por qualquer fato ou ato, comissivo ou omissivo no desempenho dessas incursões, direta ou indiretamente, senão o Estado transformaria em um garantidor universal.

Isto posto, entende-se que não se pode conferir tal extensão à responsabilidade do Estado. Alegando que, com base unicamente na competência ampla de garantidor da segurança pública não é possível se argüir a responsabilidade estatal, sob pena de impossibilitar-se o próprio desempenho funcional do Poder Público.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NAS OPERAÇÕES BÉLICAS EM COMUNIDADES

Antes de adentrar nessa seara, mister se faz analisar o quê seriam tais operações bélicas. A teor da Lei nº 5.315/67, que traz o conceito de ex-combatente, restringe-se àqueles que efetivamente tenham participado de operações bélicas no período da Segunda Guerra Mundial, não se enquadrando nesse conceito os que participaram em missões de vigilância e patrulhamento no litoral brasileiro. Ou seja, nota-se uma associação dessas operações com situações de guerra. Mas vivemos em meio a alguma guerra?

A resposta é clara e objetiva: sim, vive-se em meio a uma guerra civil não declarada. O Rio de Janeiro, a cidade maravilhosa, é sitiada pelo chamado poder paralelo anteriormente mencionado, que não conta apenas com traficantes comandando comunidades, mas também com milicianos, que são policiais civis e militares, dispensados da corporação em sua grande maioria, entre outros agentes públicos.

O tráfico e a milícia arrecadam taxas dos comerciantes, intimidam moradores, designam candidatos a serem votados por aquela população, estabelecem seus próprios tribunais e ignoram qualquer lei que vale para o resto da cidade. Agora, pelo menos por parte das milícias, tentam estender seus tentáculos à política formal, recomendando candidatos. Para reduzir essa bancada de traficantes e milicianos, o Supremo definiu que a ficha limpa se aplica a fatos que ocorreram antes de a lei entrar em vigor e não viola princípios da



Constituição, como o que considera qualquer pessoa inocente até que seja condenada de forma definitiva.

Tal situação é resultado de uma fracassada política pública e de um Estado corrompido pela corrupção de seus membros. Ademais, tal guerra civil vitimiza não apenas a população local, mas atinge principalmente os agentes públicos de segurança, que são a linha de frente dessas operações. A discrepância entre os números referentes ao Estado do Rio de Janeiro e os demais Estados da federação é latente.

A taxa anual de mortalidade de um policial em serviço no Estado de São Paulo no 4º trimestre de 2013 foi de 41,81 por 100 mil policiais, praticamente 4 vezes a taxa prevalente na população em geral, de 11 por 100 mil. Mantida essa taxa, um policial em cada 2.400 será morto por ano. Ao longo de 25 anos de carreira a mortalidade esperada de um policial paulista será de 1,1 para 100.⁷

Já no Rio de Janeiro, o número de policiais assassinados – em serviço ou em folga – é de 1 para 377 neste ano de 2014, ou de 265 homicídios por 100 mil. No Rio de Janeiro especialmente, os criminosos não têm feito, quando atacam policiais, a sutil diferenciação entre militar em serviço ou de folga. A taxa de homicídios na população em geral no Estado é de 28,9 por cem mil – nove vezes inferior à enfrentada pelos policiais. Em suma, mantida essa taxa, um policial militar do RJ que conseguir sobreviver aos 25 anos de carreira observará que a tropa terá perdido 1 membro para cada 14, o equivalente a uma mortalidade de 7%.⁸

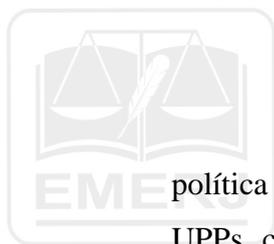
A atual política de segurança pública de instalação de UPPs (Unidades de Polícia Pacificadora) é uma tentativa desesperada de consertar, ou ao menos minimizar, o descaso e erro das antigas políticas que, sob um olhar mais crítico e realista, sequer ocorreram, dada a sua ineficiência e ineficácia.

A especialista em direitos humanos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) Maria Helena Moreira Alves⁹, numa entrevista ao site Carta Capital, afirma que tal política é desacertada e nociva àquela população carente, havendo uma contradição entre a proposta das UPPs, que encampa essa questão bélica, e o Pronasci (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania), que buscava uma proposta não letal quando o discurso do governo era o de comunidades tomadas pelo tráfico nas quais deveriam ser usadas uma

⁷ BRASIL, Governo Federal Disponível em: < <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/12/04/mortes-de-policiais-no-brasil-por-quem-os-sinos-dobram>>. Acesso em: 25 maio. 2015

⁸ Ibidem.

⁹ Entrevista de Maria Helena Moreira Alves Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/upp-um-caminho-para-a-guerra-civil-1035.html>>. Acesso em: 25 maio. 2015



política de guerra para reconquistá-lo. Esta proposta bélica foi implementada por meio das UPPs, com a participação do Bope, que invade a comunidade primeiro e depois estabelece uma sede da PM na favela, para ocupá-la permanentemente.

Porém, para coibir ou reduzir os conflitos, o Estado efetiva o seu poder de coerção por intermédio das forças policiais, que são os agentes encarregados da fiscalização dos deveres impostos pela lei ao grupamento social, e, para tanto, estão também condicionados ao respeito e as garantias fundamentais do cidadão, previstos no artigo 144, da Carta Constitucional de 1988.

O Bope, mencionado pela especialista, é uma força de intervenção da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ), responsável por atuar em situações críticas, sendo a reserva tática de pronto emprego da Corporação. Seu efetivo é voluntário, formado por policiais de elevado preparo técnico, tático e psicológico. Em outras palavras, o Bope é a tropa de elite da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro.

Por isso, em operações de invasões de comunidades, para retirar o tráfico dominante local para a instalação das UPPs, ou qualquer outra situação que necessite de incursões dentro dessas localidades, a opção escolhida é, quase sempre, pelo Batalhão de Operações Policiais Especiais (Bope).

Logo, a maior parte dos casos que serão aqui abordados, terão como sujeitos ativos, os oficiais do Bope.

Para que esses agentes possam cumprir de modo satisfatório a função que lhes fora dada, são concedidos alguns privilégios, como o uso de armas de fogo, algemas e outros instrumentos utilizados na proteção da segurança coletiva.

Consoante o pensamento de Yussef Cahali, o policial ainda que investido da função de preservar a segurança e manter a ordem social, portando arma de fogo, natural instrumento perigoso, não está autorizado ao manuseio disparatado ou imprudente da mesma; de sua má utilização, resultando danos para os particulares, resulta para o ente público a obrigação de indenizar¹⁰.

Para que fique configurada a responsabilidade desses agentes, são necessários três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do evento gerador do dano, considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Mesmo que o agente atue fora de suas funções, mas na

¹⁰ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 105



alegação de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (culpa in elegendo) ou pela má fiscalização de sua conduta (culpa in vigilando).

O segundo pressuposto desta responsabilidade é o dano. É indiferente, para a responsabilização da máquina estatal, a natureza do dano, sendo indenizável tanto o dano patrimonial como o dano moral.

E, fechando a cadeia de pressupostos, encontra-se o nexo causal entre o fato e o dano, pressuposto esse que será pormenorizado mais adiante. Ou seja, o terceiro lesado deve demonstrar que o prejuízo sofrido partiu de uma conduta estatal, independentemente de dolo ou a culpa. Inexistindo o fato administrativo, não haverá, por óbvio, o nexo causal. Essa é a motivação pela qual não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos cidadãos.

3. RESPONSABILIDADE NOS CASOS DE “BALA PERDIDA”

No que tange à segurança pública, esta responsabilização entra em um campo nebuloso, com grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Para coibir ou reduzir os conflitos, o Estado efetiva o seu poder de coerção por intermédio das forças policiais, que são os agentes encarregados da fiscalização dos deveres impostos pela lei ao grupamento social, e, para tanto, estão também condicionados ao respeito e as garantias fundamentais do cidadão, previstos no artigo 144, da Carta Constitucional de 1988.

A famosa “bala perdida” adentra o cenário, conhecida por todos, em especial pelos cariocas, sempre vem ilustrando as capas de revistas e jornais, explanando a incompetência e despreparo da polícia brasileira. Mas como saber se este projétil saiu da arma de um policial ou de um meliante? Quem se responsabiliza frente ao particular vítima do fato?

Essa atual realidade, principalmente das grandes cidades e, particularmente, do Rio de Janeiro, vem reanimando a discussão jurídica sobre a responsabilidade civil do Estado quando ocorre o fenômeno de “bala perdida”. A questão é de grande complexidade e deve ser examinada em seus múltiplos aspectos, de modo a balizar com rigor os limites dessa responsabilidade.

Recentemente, no dia 15 de março de 2015, conforme veiculado na mídia, uma mulher de 63 anos morreu após ser atingida por uma bala perdida em Del Castilho, no Subúrbio do Rio, neste domingo. Maria Helena dos Santos estava sentada na porta de casa quando foi baleada. Ela era deficiente visual e chegou a alertar os vizinhos sobre o tiroteio,



mas não teve tempo de se proteger. Maria Helena foi socorrida e levada para o Hospital Municipal Salgado Filho, no Méier, mas não resistiu aos ferimentos.¹¹

Além de Maria, uma criança de 10 anos também foi atingida por uma bala perdida na barriga. Gabriel Pereira também foi levado para o Hospital Salgado Filho. Segundo parentes, o estado de saúde do menino é grave. Ele estava soltando pipa na laje de casa, no bairro Engenho da Rainha, quando foi atingido. Segundo a Polícia Militar, não houve nenhuma operação da corporação na região e ainda não é possível dizer de onde partiu o tiro. Nenhum suspeito foi preso até o momento.¹²

Note que no caso supramencionado não há qualquer indício de que o projétil disparado e causador do dano fora proferido durante alguma atividade estatal, razão pela qual não há que se responsabilizar o Estado, tendo em vista que esse, conforme já mencionado nesse trabalho, não pode ser considerado como um segurador universal.

Porém, a grande controvérsia reside quando tal projétil, mesmo sem haver qualquer indicação de qual arma fora disparado, é proveniente de uma incursão em comunidades carentes, nas quais sempre ocorre resistência do poder paralelo local, resultando em trocas de tiro, que acabam por ferir, quase que continuamente, pessoas inocentes.

Segundo Rui Stoco:

São comuns hoje os confrontos entre policiais e marginais nas favelas, na via pública ou interior de estabelecimentos e residências. Nesses casos, embora os policiais possam ter como moderação e cometimento, procedido segundo as normas de conduta estabelecidas para as circunstâncias do momento, responderá o Estado, objetivamente pelos danos que essa ação legítima causar a terceiros.¹³

Demonstra o autor que em qualquer hipótese, envolvendo a atividade policial, o Estado será responsável por todos os infortunos oriundos dessa ação, sendo essencial para a determinação dessa responsabilidade apenas que o agente da administração haja praticado o ato ou omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Se a condição de agente do Estado houver colaborado de alguma forma para a prática de ato lesivo, ainda que apenas lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória.

A responsabilidade civil do Estado, conforme já demonstrado, é objetiva, não sendo necessária a comprovação de culpa. Porém, isso não torna essa pessoa jurídica de Direito Público, uma garantidora universal como propõe o autor mencionado.

¹¹ G1 Rio. Disponível em: < <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/03/mulher-morre-e-crianca-esta-internada-vitimas-de-bala-perdida-no-rio.html>>. Acesso em: 14 abril. 2015

¹² Ibidem.

¹³ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.1068.



Contudo, embora para a caracterização seja irrelevante o exame da culpa, nem por isso fica a vítima dispensada da prova da conduta funesta do agente, do evento danoso e do nexos causal entre eles existente. Portanto, inexistindo na situação apontada comprovação de que o projétil de arma de fogo causador do ferimento sofrido pela vítima tenha partido de uma das armas utilizadas pelos Policiais participantes do confronto ensejador da lesão, não há como se imputar ao Estado a responsabilidade por dano causado. Ou seja, não restando estabelecido o nexos, impossível a cogitação acerca de eventual responsabilidade desse ente.

Porém, a existência ou não desse nexos é algo subjetivo, sendo por isso que a jurisprudência sobre o tema é de extrema relevância, pois cabe ao julgador dizer se há ou não a presença de tal requisito caracterizador da responsabilidade estatal.

Logo, conclui-se que o requisito nexos de causalidade é de suma importância, razão pela qual será analisado em capítulo à parte, a fim de eliminar qualquer dúvida restante.

4. NEXOS DE CAUSALIDADE NECESSÁRIO PARA EMBASAR A RESPONSABILIDADE ESTATAL.

Tem-se o exemplo do oficial do BOPE que ao confundir uma furadeira com uma arma durante uma operação da Polícia Militar no Morro do Andaraí, na zona norte, em 19 de maio de 2010, atirou e matou o senhor Hélio Barreira Ribeiro, que estava no terraço de casa pregando uma lona com sua furadeira, para proteger o local da chuva. Veja outro exemplo, o caso do menino Juan, que fora baleado e havia sumido em junho de 2011, numa ação policial num beco da Favela Danon, em Nova Iguaçu, onde morava.

São casos semelhantes que envolvem a segurança pública, porém muito distintos em sua essência, dada a situação em que cada um ocorreu, onde de um lado está uma das excludentes desta responsabilização e do outro, uma evidente demonstração de incompetência e falta de preparo, além do mau caráter destes agentes.

No caso do senhor Hélio Barreira Ribeiro, há clara culpa da vítima, pois era claro e sabido por todos daquela comunidade que estava havendo uma incursão do Bope na referida localidade, razão pela qual foi de grande imprudência desse senhor subir no terraço de sua casa, com uma furadeira, que se assemelha muito com uma arma de fogo, ainda mais vista à distância, para pregar uma lona durante um confronto entre policiais e marginais.

Já no evento ocorrido com o menino Juan, há outra situação, pois Juan desapareceu no dia 20 de junho 2011, logo após um confronto entre policiais militares do 20º BPM (Mesquita) e traficantes da Favela Danon, onde o menino morava. O corpo do garoto



apareceu dez dias depois, às margens do Rio Botas, em Belford Roxo, na Baixada Fluminense. Ora, é axiomática a hedionda inaptidão daqueles agentes públicos, que inclusive foram condenados, em 2013, pelo assassinato desse menino, sendo a sentença proferida pela 4ª Vara Criminal de Nova Iguaçu, na Baixada Fluminense. Restou demonstrado que os 4 (quatro) policiais militares, acusados e condenados por homicídio doloso qualificado, foram desacertados em suas escolhas que resultaram na morte de uma criança de 11 (onze) anos.

A responsabilidade do Estado, ainda que objetiva em razão do disposto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, exige a comprovação do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano. Não havendo nos autos prova de que o ferimento causado à vítima tenha sido provocado por disparo de uma das armas utilizadas pelos policiais, não há a obrigação indenizatória do Estado, nota-se esse entendimento no recente julgamento, datado de 4 de fevereiro desse ano, da apelação cível do TJRJ de nº 0010652-98.2005.8.19.0001, onde o relator, o Desembargador Gabriel Zefiro proferiu a seguinte decisão: “Ausência de prova a corroborar que a bala que ceifou a vida da vítima é proveniente de arma da polícia. Parte autora que não logrou produzir a prova mínima capaz de comprovar a tese de que houve inércia ou atividade comissiva estatal apta a inaugurar e concluir o nexo de causalidade.”¹⁴

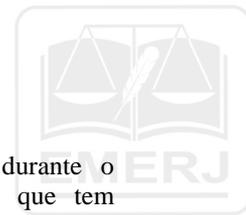
Entretanto, há posicionamentos diferentes quanto à necessidade de demonstrar o dito nexo de causalidade, há julgados, inclusive no mesmo tribunal da apelação supramencionada, que demonstram este outro posicionamento, conforme a decisão pronunciada na apelação cível nº 0383351-09.2008.8.19.0001, de relatoria do Desembargador Paulo Maurício Pereira:” A configuração do nexo de causalidade em caso de tiroteio entre policiais e meliantes atingindo vítima inocente, não exige prova direta de projétil de arma do agente público, sendo suficiente a demonstração do embate entre eles, causa necessária dos danos injustos perpetrados a terceiro. Antecedentes jurisprudenciais.”¹⁵

A transcrição de parte do voto do Desembargador Antonio Iloizio B. Bastos, na apreciação da Apelação 0098016-45.2004.8.19.0001, julgada recentemente, em 15 de março deste ano, corrobora tal entendimento:

A CRFB/88, em seu art. 37, §6º, prestigiou a teoria do risco administrativo como fundamento para a responsabilidade civil do estado, seja por ato ilícito da administração pública, seja por ato lícito. A troca de disparos de arma de fogo efetuada entre policiais e meliantes, conforme prova dos autos, impõe à administração pública o dever de indenizar, sendo irrelevante a origem da

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0098016-45.2004.8.19.0001, da 4ª Câmara Cível. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 14 maio. 2015.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0383351-09.2008.8.19.0001, da 4ª Câmara Cível. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 14 maio. 2015.



bala. Em relação ao nexo de causalidade, o fato ocorreu durante o desenvolvimento de atividade de risco exercida pelo estado, que tem responsabilidade pelos danos causados ao cidadão inocente.¹⁶

Para essa corrente minoritária na ação que tenha por fundamento fático dano causado a terceiro no decorrer de confronto entre policiais e meliantes, não é imprescindível, para responsabilização objetiva da Administração, a prova de que o dano tenha sido diretamente causado por projétil oriundo de arma de fogo oficial. A responsabilidade objetiva do Estado também incide se, da conduta dos agentes públicos, ainda que indiretamente, sobrevier como consequência o fato danoso.

Perceba que há muita discussão acerca dessa matéria, havendo, inclusive, divergência jurisprudencial no mesmo Tribunal, conforme demonstrado.

Há julgados nesse sentido no Superior Tribunal de Justiça, como é o caso da decisão do Resp 1.236.412 - ES, da lavra do Ministro Castro Meira:

O próprio policial civil depoente confirma que a ação por ele empreendida foi equivocada, circunstância que, só por si, conduziria ao dever de indenizar pautado pela responsabilidade civil objetiva, porquanto, ao assim agir (efetuar disparos na direção de suspeito armado), deu ensejo à realização de 'troca de tiros' e, pois, do próprio evento danoso. Portanto, ainda que - por mero amor ao debate - o projétil que atingiu a cabeça da autora tenha sido desferido pelo fugitivo, tem-se que o evento foi desencadeado por ação policial mal planejada." A troca de disparos de arma de fogo efetuada entre policiais e bandidos deve ser comprovada e assim impõe à Administração Pública o dever de indenizar, sendo irrelevante a proveniência da bala. A conduta comissiva perpetrada, qual seja, a participação no evento danoso causando dano injusto à vítima inocente conduz à sua responsabilização, mesmo com um atuar lícito, estabelecendo-se, assim, o nexo causal necessário.¹⁷

Tanto a jurisprudência desta Corte Superior, como a doutrina, estabelecem que não se admite que o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado à vítima seja presumido, ao contrário, deve estar devidamente comprovado para fins de responsabilização civil. Contudo, a hipótese dos autos merece temperamentos.

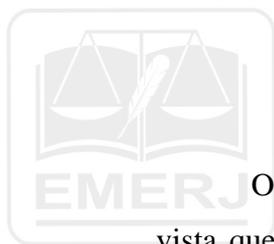
Para chegar a esta conclusão o Ministro Relator entendeu que cabe ao autor demonstrar o nexo de causalidade, porém, o Estado deve provar sua inexistência.

Ou seja, há posicionamentos para ambos os sentidos em todas as instâncias judiciais.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0010652-98.2005.8.19.0001, da 13ª Câmara Cível. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 14 maio. 2015.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.236.412 - ES, Segunda Turma, Brasília, DF, 6 dez. 1994. Disponível em:

<http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18614284&num_registro=201100300462&data=20120217&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 25 maio. 2015.



Os Tribunais Superiores não possuem muita jurisprudência sobre esse tema, tendo em vista que para concluir se algum agente público deu causa ao dano sofrido pela vítima, e estar presente o nexo causal, bem como o dever de indenizar, é imprescindível a reanálise dos fatos e das provas, em que se baseou o Tribunal a quo, o que é vedado tanto em sede especial (Súmula 7 STJ), como em sede extraordinária (Súmula 279 STF).

Nesta linha de pensamento, nota-se uma ampla e vistosa orientação no sentido de não assentir falhas nas tarefas ligadas à segurança pública, com críticas severas à imperícia policial e à inabilidade política do Estado. Com isso, nota-se uma evolução doutrinária, que muito lentamente vai renegando a noção de irresponsabilidade do Estado e introduzindo uma melhoria na qualidade deste serviço de segurança pública fornecido pelo Estado, mas até o presente momento, o nexo é exigido para responsabilizar-se o Estado nesses casos.

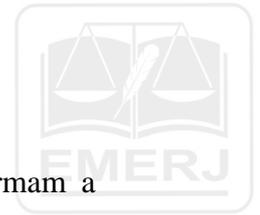
CONCLUSÃO

Procurou-se neste trabalho, ao dissertar acerca da responsabilidade civil do Estado na Segurança Pública, focando-se nas incursões em Comunidades Carentes, demonstrar a importância da limitação dessa responsabilização, já que o ente estatal não é um garantidor universal que deve responder por todos os infortúnios decorrentes dessa atividade, visto que onerar excessivamente o erário público, é o mesmo que onerar excessivamente o contribuinte, ou seja, todos os cidadãos.

Responsabilidade civil é a obrigação que a pessoa, física ou jurídica, tem de reparar o dano que causou a outrem, em que se procura determinar a responsabilização pelo dano ocasionado e em que medida estará obrigada a repará-lo. Quando o Estado, representado por seus agentes, é o causador desse evento danoso, deve-se verificar se tal malfeito é resultado de uma defeituosa prestação desse serviço e, ainda, a existência de uma das excludentes de ilicitude apresentadas no decorrer deste trabalho para, só então, mensurar a obrigação estatal.

A segurança pública é um direito do cidadão e dever do Estado, constante do art. 144 da Constituição Federal, que garante a ordem pública, ou seja, assegura um estado de serenidade, apaziguamento e tranquilidade pública, em consonância com as leis, os preceitos e os costumes que regulam a convivência em sociedade, além de preservar a incolumidade dos indivíduos e do patrimônio.

Observou-se que nos eventos danosos provenientes das ações da segurança pública a doutrina, em sua maior parte, adotou a teoria da responsabilidade objetiva, onde independentemente de dolo ou culpa, o Estado será responsabilizado e obrigado a indenizar o



administrado pelo dano causado, havendo também julgados nos tribunais que afirmam a necessidade de provar a culpa do agente para que seja configurada a responsabilização estatal, principalmente no referente aos casos concretos de “bala perdida”, assunto que demonstrou uma enorme divergência doutrinária e, singularmente, jurisprudencial.

Conclui-se que é necessária a precisa análise do caso concreto para que só então, o magistrado relator do processo possa mensurar a responsabilidade do Estado, pois o ente estatal apesar de promotor da segurança pública e garantidor da ordem pública, não pode ser responsabilizado por toda e qualquer desordem na ordem pública, visto que não é um segurador universal e que, caso fosse tratado assim, acarretaria na iminente falência estatal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Princípio da legalidade. Delegações legislativas. Poder regulamentar. Repartição constitucional das competências legislativas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, p. 15, 1997.

BRASIL, Governo Federal. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/12/04/mortes-de-policiais-no-brasil-por-quem-os-sinos-dobram>>. Acesso em: 25 mai 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.236.412 - ES, Segunda Turma, Brasília, DF, 6 dez 1994. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado>>. Acesso em: 25 maio. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0098016-45.2004.8.19.0001. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 14 maio. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0383351-09.2008.8.19.0001. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 14 maio. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0010652-98.2005.8.19.0001. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 14 maio. 2015.

CAHALI, Yusef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



Entrevista de Maria Helena Moreira Alves. Disponível em:
<<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/upp-um-caminho-para-a-guerra-civil-1035.html>>.
Acesso em: 25 maio. 2015.

G1 Rio. Disponível em:< [http:// http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/03/mulher-morre-e-crianca-esta-internada-vitimas-de-bala-perdida-no-rio.html](http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/03/mulher-morre-e-crianca-esta-internada-vitimas-de-bala-perdida-no-rio.html)>. Acesso em: 14 abr 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



A CONTROVÉRSIA ACERCA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Guilherme Becker Atherino

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: A ineficiência da polícia judiciária, hoje, na persecução penal, coloca em xeque a sua atuação exclusiva nesta seara. O Ministério Público, como destinatário do inquérito policial e único legitimado a propor a ação penal pública seria o maior interessado no bom andamento das investigações, sobretudo nos casos em que o alvo destas é a própria polícia. Do mesmo modo, como órgão constitucionalmente responsável pelo controle externo da atividade policial, a sua função investigatória seria inerente à sua própria atuação. De outro lado, grande parte da doutrina rechaça esse entendimento, afirmando que não há qualquer autorização constitucional nesse sentido, além de questionar a imunidade do Parquet, em relação às mesmas mazelas que assolam a polícia judiciária. Instado a se manifestar, o STJ entende cabível o atuar do parquet nesta senda. Já o STF, apesar de longo período sem se manifestar sobre o tema, período este em que o tema foi alvo de inúmeras controvérsias, recentemente, decidiu pela possibilidade de o Ministério Público realizar investigações, em procedimento próprio, de forma autônoma e independentemente da atuação da polícia.

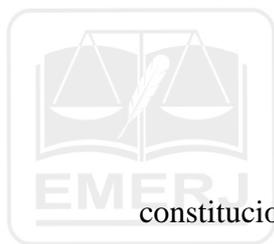
Palavras-chave: Processo Penal. Ministério Público. Poder Investigatório.

Sumário: Introdução. 1. Argumentos favoráveis à função investigatória desempenhada pelo parquet. 2. Argumentos contrários ao poder investigatório do MP. 3. A jurisprudência atual acerca da investigação direta realizada pelo MP. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a temática da controvérsia acerca da existência do poder investigatório do Ministério Público, à luz da recente jurisprudência do STJ e do STF, que tende a admiti-lo, em oposição a parcela doutrina, apoiada pela classe policial, que reluta em aceitar o atuar do órgão ministerial nesta seara.

Para tanto, adota-se como premissa a reflexão acerca da ineficiência e precariedade que hoje assolam toda a estrutura policial do país, no exercício de sua atividade fim, dada a insuficiência de recursos disponibilizados pelo próprio Estado, realidade que, em tese, justificaria a atuação ministerial, sem, contudo, deixar de atentar para os entraves



constitucionais e legais levantados por parcela da doutrina, acerca do tema. Neste sentido, a possibilidade de o Ministério Público, instituição independente e autônoma, dotada de maiores recursos orçamentários e tecnológicos, exercer seu poder investigatório, concretizaria, em tese, verdadeira solução à problemática que envolve as instituições de segurança pública do país como um todo, as quais, hoje, deixam a desejar quando o assunto é persecução penal. Resta saber, desse modo, se este Poder Investigatório do MP se mostra realmente eficiente e apto a sanar os vícios hoje presentes nas investigações criminais, principalmente, quando se trata da Polícia investigando seus próprios agentes. Do mesmo modo, questiona-se se o Parquet seria imune a estes mesmos males, que assolam as polícias do país, bem como se esta recente jurisprudência de nossos Tribunais Superiores se coaduna com a real vontade do legislador constituinte.

Neste sentido, o trabalho ora proposto se mostra relevante na medida que busca discutir a controvérsia acerca da constitucionalidade do poder investigatório do MP, face à jurisprudência dos Tribunais Superiores, que tendem a respaldá-lo, sem deixar de atentar para os posicionamentos doutrinários que tendem a rechaçar a sua existência. Com este objetivo, buscar-se-á, em cada capítulo, tratar sobre os diversos argumentos, a favor e contra a autorização constitucional dada ao MP para investigar em procedimento próprio.

No primeiro capítulo, serão analisados os argumentos a favor desta função investigatória, levando-se em conta a Constituição da República e a legislação infraconstitucional pertinente. No segundo capítulo, apresentar-se-á argumentos contrários, defendidos por uma parcela da doutrina. Neste capítulo, serão abordados argumentos históricos, constitucionais e infraconstitucionais acerca do tema.

Por fim, o terceiro capítulo abordará a temática à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, de forma a evidenciar



o entendimento predominante que, durante muito tempo ensejou diversas controvérsias, mas hoje, em recente decisão do STF, acabou por restar pacificado.

O estudo proposto seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória.

1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À FUNÇÃO INVESTIGATÓRIA DESEMPENHADA PELO PARQUET

Muitos são os argumentos que podem ser extraídos do texto constitucional a justificar a investigação direta por parte do Ministério Público na seara criminal. Um primeiro fundamento defendido por parcela da doutrina e, pelo próprio Ministério Público, em especial o do Estado do Rio de Janeiro, invoca o fato de não ter, a Constituição da República, em seu artigo 144¹, ou qualquer outro dispositivo, garantido, de forma expressa, o monopólio da investigação criminal nas mãos da Polícia Judiciária.

O exemplo mais claro acerca da inexistência desse monopólio, seria o artigo 58, §3º da CRFB/88, que traz a possibilidade de instauração das chamadas Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais possuem plenos poderes investigatórios, à exceção daqueles cuja própria Constituição estabeleceu a chamada reserva de jurisdição.

Assim dispões o artigo 58, §3º da CRFB/88²:

As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos os regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.



Dessa forma, se a Constituição não outorgou o monopólio da investigação criminal a um único órgão, não haveria impedimento algum ao desempenho desta função por parte do MP.

Outro precioso argumento pode ser extraído diretamente do próprio artigo 129 da CRFB/88³, artigo este que elenca as atribuições do órgão ministerial. Esse outro argumento leva em conta uma combinação dos incisos VII e VIII deste dispositivo e a chamada Teoria dos Poderes Implícitos.

Dispõe o inciso VII do art. 129 que compete ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar. Já o inciso VIII do mesmo artigo 129, dispõe que compete ao Parquet requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

De acordo com a chamada Teoria dos Poderes Implícitos, notoriamente difundida no âmbito do Direito Constitucional, aquele a quem é dado fazer o mais, também é dado fazer o menos.

Sendo assim, pelo texto constitucional, o Ministério Público é o responsável pelo controle externo da atividade policial, podendo requisitar diligências investigatórias, quando achar necessário. Dito isso, seria um consectário lógico dessas duas atribuições a possibilidade deste órgão realizar investigações de forma direta. Se o MP exerce o controle externo da atividade policial, o inquérito policial, presidido pelo delegado de polícia, é controlado por este órgão, ou seja, em última análise, a investigação criminal seria um procedimento sujeito às suas atribuições.

Um outro importante fundamento para se defender o poder investigatório do MP, encontra amparo nos incisos VI e VII do art. 129 da Constituição da República. Como falado acima, o inciso VII do art. 129 prevê o controle externo da atividade policial sendo exercido pelo MP. Já o inciso VI do mesmo artigo autoriza o membro do Ministério Público a expedir

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.



notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar. Neste caso, o controle externo da atividade policial é exercido, dentre outras maneiras, por meio de procedimentos administrativos presididos pelo promotor de justiça. Para instruir tais procedimentos, o membro do Parquet dispõe de poderes de requisição direta. Em última análise, neste caso, o Ministério Público estaria investigando de forma direta, sobretudo no caso de infrações praticadas por agentes policiais, pois neste caso, a própria Constituição determina que o controle da polícia seja, por ele, efetivado. Essa é uma postura ativa do MP buscando a prova e, portanto, investigando.

Com efeito, uma quarta argumentação utilizada, citada inclusive em decisões da 1ª e 2ª Turmas do STF⁴, trata da interpretação analógica do art. 129, III da CRFB/88. Para quem defende esta corrente, se a Constituição concedeu ao Ministério Público a atribuição para promover o inquérito civil público, que tem como objetivo a propositura de uma ação civil pública, *mutatis mutandis*, concedeu também o poder de investigar a fim de conferir justa causa a uma futura ação penal, isso porque ambas possuem uma dimensão transindividual, tutelando direitos indisponíveis. Neste sentido, a linha divisória entre os procedimentos seria tão tênue que, não raras as vezes, peças de informações apuradas no inquérito civil público são usadas no processo penal.

A analogia se pauta no clássico brocardo de que se aplica a mesma disposição de direito onde houver a mesma razão. A ação penal pública e a ação civil pública buscam tutelar interesses transindividuais, objetivando, sobretudo, a efetivação do bem comum na sociedade. Deste modo, se o Parquet pode investigar para dar azo à ação civil pública, ele também pode investigar para propiciar a ação penal pública, pois em ambos os casos estará tutelando

⁴ Supremo Tribunal Federal. HC n. 94173/BA. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28legitimidade+e+minist%E9rio+e+p%FAblico+e+investiga%E7%E3o%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pjib4vp>>. Acesso em: 06 jan. 2015.



interesses, direitos indisponíveis, missão esta, a ele conferida, pela Constituição da República, conforme preceitua o seu artigo 127.⁵

A quarta argumentação constitucional é extraída também do artigo 129 da Carta Magna⁶, mas do seu inciso I, que atribui privativamente a ação penal pública ao Parquet, conjugado com seu inciso IX, que permite ao MP o exercício de outras atividades que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade. Os dispositivos constitucionais mencionados, permitem que o legislador confira ao órgão ministerial outras atribuições, desde que compatíveis com a sua finalidade institucional. Se uma de suas atribuições institucionais, como prevê o inciso I do art. 129 da CRFB/88, é a propositura da ação penal pública, seria perfeitamente possível, eis que compatível com esta finalidade, a investigação criminal, diretamente por ele realizada.

Por fim, um dos argumentos contrários ao poder investigatório do MP, residia no fato de que a este órgão incumbia o controle externo da atividade policial, inexistindo órgão que fiscalizasse a sua própria atividade investigatória.

Nesta linha, André Nicolitt⁷, que não rechaça a possibilidade de vir a existir o exercício da investigação direta pelo Parquet em casos específicos, desde que legalmente regulamentada, pondera:

Dessas premissas cremos que a investigação realizada pelo Ministério Público no atual sistema legal em vigor não possui amparo. Entendemos, por outro lado, que não haveria qualquer inviabilidade de o legislador atribuir ao MP essa atividade, desde que fossem estabelecidas regras relativas às hipóteses de cabimento e à forma de condução, bem como um órgão de controle que não fosse o Judiciário, vez que esta função é incompatível com a jurisdição. A possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público não pode prescindir de controle sob pena de violar a Constituição (art. 129, VII da CRF)

Como se pode verificar, o autor menciona a necessidade de vir a existir um órgão independente que exerça um controle externo sobre essa atividade investigativa do MP, nos

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

⁷ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 74.



mesmos moldes que este órgão o faz, em relação às polícias. Essa argumentação, no entanto, parece não mais subsistir, uma vez que, com o advento da Emenda Constitucional n. 45, este controle ficou a cargo do Conselho Nacional do Ministério Público, nos moldes do art. 130-A, §2º, II da CRFB/88⁸.

Por fim, é válida a menção à recente rejeição da chamada PEC 37⁹, a qual previa a inclusão de um parágrafo ao art. 144 da Constituição, com o intuito de assegurar, de forma expressa, o monopólio da investigação criminal nas mãos da Polícia Federal e das Polícias Cíveis dos estados. Embora a sua rejeição tenha grande ligação com os movimentos populares que se desencadearam no país naquele ano de 2013, fato é que isto significou uma maior solidificação dos poderes investigatórios do Ministério Público.

Analisados os fundamentos constitucionais autorizativos do exercício direto da atividade investigativa por parte do MP. Passa-se a analisar as nuances infraconstitucionais a respeito do tema.

A investigação direta por parte do Ministério Público não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de haver divergência a respeito da autorização constitucional para que esta instituição desempenhe esta função, a legislação infraconstitucional prevê, esta possibilidade.

A exemplo disso, observa-se o disposto no art. 4º, parágrafo único, e no artigo 27, ambos do Código de Processo Penal¹⁰. O parágrafo único do art. 4º estabelece, expressamente, que a competência para apurar infrações penais não é exclusiva da polícia judiciária, ao passo que o art. 27, dispõe que qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa direta do

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 jan. 2015.

⁹ Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional n. 37 de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

¹⁰ Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08 jan. 2015.



Ministério Público, evidenciando-se, assim, a possibilidade de apuração direta dos fatos, pelo Parquet.

A estes dispositivos legais, importante combinar, ainda, o art. 47 do mesmo diploma legal, que permite ao MP, diretamente, requisitar, de quaisquer autoridades ou funcionários que possam ou devam fornecer, documentos, esclarecimentos ou qualquer outro elemento apto a formar a sua convicção.

Nada obstante, atenta-se ainda para a previsão do art. 46, §1º do CPP que, expressamente, prevê a dispensabilidade do inquérito policial para a propositura da ação penal, ou seja, o Ministério Público não está obrigado a se utilizar do inquérito policial para formar a sua *opinio delict* a respeito do fato, podendo propor a ação pertinente, mesmo que aquele não tenha sido instaurado.

Dessa forma, o que se verifica é uma postura proativa do Ministério Público no que tange à investigação criminal, postura essa positivada no Código de Processo Penal, há muito em vigor no ordenamento jurídico pátrio.

Além do CPP, outros diplomas normativos infraconstitucionais trazem previsões a respeito do poder investigatório do MP. Podemos citar, como exemplo, o art. 29 da Lei n. 7492/86¹¹, que dispõe sobre os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Este dispositivo prevê, expressamente, a possibilidade de o órgão do MP requisitar, diretamente, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa a prova dos crimes previstos naquela lei.

Nesta linha, o art. 8º, V da Lei Complementar n. 75 (Lei Orgânica do Ministério Público da União)¹² anuncia, de maneira categórica, que uma das atribuições do Ministério

¹¹ BRASIL. Lei n. 7492, de 16 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17492.htm>. Acesso em: 08 jan. 2015.

¹² BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 08 jan. 2015.



Público da União é a investigação criminal. Assim, o poder investigatório do MP, a nível infraconstitucional, para os que defendem a sua existência, está previsto nesta lei.

Neste ponto, um esclarecimento se faz necessário. Apesar de a LC 75/93 fazer alusão apenas ao MPU, deve-se ter em mente que, à luz da Carta Magna, mais especificamente em seu artigo 127, §1^o¹³, o Ministério Público é regido pelos princípios da unidade e indivisibilidade. Assim, as atribuições conferidas a um ramo do MP, que no caso seria o MPU, devem ser estendidas a todos os outros.

Por fim, vale ser feita menção aos incisos I, “a” e “b”, II e V do artigo 26 da Lei n. 8625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)¹⁴. Tais dispositivos, apesar de não expressarem de forma contundente o poder investigatório do MP na seara criminal, asseguram diversos meios e prerrogativas passíveis de serem por ele utilizadas no exercício dessa atividade. A exemplo disso temos, no inciso V, a possibilidade de o membro do MP praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório.

Conclui-se, portanto, que a possibilidade de o Parquet investigar, diretamente, na esfera criminal, nunca foi novidade em nosso ordenamento jurídico, mas sim uma tradição. Partindo dessa premissa, o Conselho Nacional do Ministério Público e o próprio Ministério Público Federal editaram duas resoluções que regem o tema, a resolução n. 13 do CNMP¹⁵ e a resolução n. 77 do MPF¹⁶. Tais resoluções buscam esmiuçar a atividade investigatória do MP, através da regulamentação da tramitação do procedimento investigatório, o que não é o objeto do presente trabalho.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 jan. 2015.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 8625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 08 jan. 2015.

¹⁵ Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 13, de 09 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/2915-resolucao-1>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

¹⁶ Conselho Superior do Ministério Público Federal. Resolução n. 77, de 14 de setembro de 2004. Disponível em: <http://csmpf.pgr.mpf.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resol_77_set_2004.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.



Verificados os argumentos a favor do poder investigatório do MP, passa-se, agora, a analisar os argumentos contrários a esta tese.

2. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MP

Em sentido oposto ao explicitado no capítulo anterior, existe uma corrente doutrinária, atualmente minoritária, que defende a impossibilidade de atuação direta do Ministério Público na investigação criminal. Para os adeptos dessa corrente, como o ex-ministro do STF, Nelson Jobim, o argumento mais forte nesse sentido seria o de que o constituinte, em momento algum autorizou o Parquet a atuar nesta senda. Para essa linha de pensamento, o intuito do legislador constituinte ao se calar foi, na realidade, proibir a investigação direta realizada pelo órgão ministerial, caracterizando assim, verdadeiro silêncio eloquente.

A Constituição da República, em seus artigos 144 e 129¹⁷, teve a oportunidade de conferir poderes ao Ministério Público para que realizasse a atividade investigatória direta, em sede criminal. Entretanto, embora tenha lhe concedido o poder de promover o inquérito civil (art. 129, III), calou-se com relação à investigação criminal. Do mesmo modo não agiu o legislador constituinte ao tratar das Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais possuem os seus poderes investigatórios expressamente previstos no art. 58, §3º da CRFB/88¹⁸.

A tese acima ventilada pode ser extraída do voto do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 81.326-7¹⁹:

Na Assembleia Constituinte (1988), quando se tratou de questão do Controle Externo da Polícia Civil, o processo de instrução presidido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO VOLTOU A SER DEBATIDO. (...) quando da elaboração da Constituição de 1988, era pretensão de alguns parlamentares introduzir texto específico no sentido de criarmos, ou não, o processo de instrução, gerido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 jan. 2015.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 jan. 2015.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 81.326-7/ DF. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília. DJU 1.8.2003.



Isso foi objeto de longos debates na elaboração da Constituição e foi rejeitado [...]

Posteriormente, teriam sido oferecidas propostas de emendas constitucionais com o objetivo de garantir ao Parquet, expressamente, a possibilidade de investigar, as quais teriam, todas, sido rejeitadas. A exemplo disso poderia ser citada a Proposta de Emenda Constitucional n. 197/2003²⁰, apensada à PEC n. 109/1995²¹, que pretendia alterar a redação do art. 129 CRFB/88, tornando a investigação criminal, atribuição do Ministério Público.

Dessa forma, o objetivo do legislador constituinte foi calar-se, proibindo a investigação direta do MP, justamente para afastá-lo da atividade repressiva e preservar o seu maior objetivo, o de garantir a ordem jurídica.

Partindo-se da premissa de que houve este silêncio eloquente do legislador constituinte, não seria cabível a aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos, uma vez que não se pode entender pela existência de poderes implícitos quando a real intenção do legislador foi a de não conferir tais poderes.

Nesta linha é o entendimento do ilustre professor Fernando da Costa Tourinho Filho²²:

[...] só cabe falar em poderes implícitos, tal como na interpretação extensiva, quando possível alegar que quem pode o mais pode o menos. Se a Constituição da República se limitasse a conferir ao Ministério Público o poder de promover a ação penal pública, poder-se-ia dizer: se pode promover a ação penal, nada o impede de investigar... No nosso ordenamento, o art. 129 da Lei Maior, tratando das funções institucionais do Ministério Público, cuidadosamente elenca uma série delas (...) E o art. 144 §4º, reza que “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvadas a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares

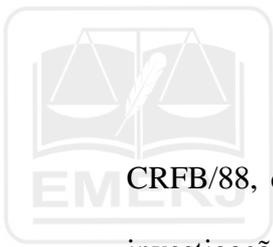
Assim, se já está explícito o poder de investigar, não se pode dizer, sem forte dose de absurdidade, que há poderes implícitos onde estiverem explicitados.

Como se pode verificar, o ilustre doutrinador nega a possibilidade de se utilizar a Teoria dos Poderes Implícito para respaldar o poder investigatório do MP, afirmando que

²⁰ Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional n. 197 de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=142415>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

²¹ Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional n. 109 de 1995. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14394>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. I. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 343



CRFB/88, de forma exaustiva, já elencou as suas atribuições, sem nada falar a respeito da investigação.

André Nicolitt²³, corroborando o entendimento acima, explica:

Ainda no plano constitucional, a teoria dos poderes implícitos deve ser vista com cautela, pois nem sempre quem pode o mais pode o menos. Para exemplificar, o juiz pode condenar o acusado (que seria o mais), mas não pode pedir a condenação (que seria o menos). Isto porque estamos diante de funções incompatíveis. A teoria dos poderes implícitos só é aplicável quando estivermos lidando com funções compatíveis entre si. No caso em exame, o múnus do controle externo da atividade policial é incompatível com a de investigar, pois se quem tem o dever de controlar a investigação é quem investiga, a investigação fica sem controle, contrariando a vontade constitucional.

Com relação à rejeição da chamada PEC 37, o renomado autor²⁴ ainda preconiza:

Nem se pode imaginar que a rejeição da PEC 37, por via oblíqua, tenha dado ao MP o poder de investigar. Na verdade, o texto pretendia tão somente incluir um parágrafo (§10) no art. 144 deixando expreso a exclusividade investigativa pelas polícias. Desta forma, a rejeição da PEC 37 não preenche o vazio normativo para atribuir ao MP poder que não tem e nunca teve a partir da Constituição de 1988. Para nós, toda investigação direta, pautada na resolução 13/2006 do CNMP é ilegal e nula.

Assim sendo, se não houve autorização constitucional para que o Parquet exercesse a atividade investigativa em sede criminal, todos os argumentos infraconstitucionais, inclusive a Resolução n. 13 do CNMP²⁵, não se sustentariam, uma vez que seriam contrários ao que a própria Carta Magna estabelece. Dessa forma, a investigação realizada pelo MP, e prevista em âmbito infraconstitucional deveria se restringir à esfera civil.

Nessa linha, para estes autores, com relação à legislação infraconstitucional, deveria ser realizada uma filtragem constitucional. Quando o art. 4º, PU do CPP afirma que outras autoridades administrativas possuem atribuição para investigar, o MP estaria excluído. Do mesmo modo, quando o art. 47 do CPP estabelece a possibilidade de requisição, por este órgão, de novas diligências, o MP não estaria investigando, mas ordenando a investigação.

²³ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 74.

²⁴ *Ibidem*

²⁵ Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 13, de 09 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/2915-resolucao-1>>. Acesso em: 12 jan. 2015.



Outro argumento que rechaça a possibilidade de investigação direta pelo MP, é o de que este órgão não estaria imune aos percalços e mazelas pelos quais passam as polícias. Assim, atuando na linha de frente, o MP também estaria sujeito a excessos e desvios. Além disso, não haveria um ente específico para controlar essa atividade investigativa.

A atividade investigativa é desenvolvida de forma precípua pela polícia judiciária, sob o controle externo do Ministério Público. A partir do momento em que o MP passa a poder, além de controlar a atividade policial, investigar, ele o faz sem qualquer tipo de controle, abrindo-se espaço para o cometimento de abusos e arbitrariedades, contrariando o seu objetivo específico de garantir a ordem jurídica.

Nesta linha, Guilherme de Souza Nucci²⁶ leciona:

[...] o sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa. Nota-se que, quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal, é supervisionada pelo Ministério Público e pelo Juiz de Direito. Este, ao conduzir a instrução criminal, tem a supervisão das partes – Ministério Público e advogados. Logo, ao permitir-se que o Ministério Público, por mais bem intencionado que esteja, produza de per si investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisaria ser, significaria quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração penal [...]

Conclui-se, portanto, que para aqueles que entendem pela impossibilidade de o MP investigar de forma direta, o principal argumento apresentado é a falta de autorização constitucional para tanto, uma vez que o legislador constituinte teria se calado, com o verdadeiro intuito de proibir o Ministério Público de atuar nesta seara. Além disso, a inexistência de um órgão apto a controlar esta atuação direta, abriria espaço para a prática de abusos e arbitrariedades, uma vez que atuando na linha de frente da investigação, o Ministério Público não estaria imune aos percalços que assolam a Polícia Judiciária.

Vale ressaltar que tais autores não fazem referência ao controle exercido pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73-74.



3. A JURISPRUDÊNCIA ATUAL ACERCA DA INVESTIGAÇÃO DIRETA REALIZADA PELO PARQUET

A jurisprudência acerca do tema, investigação direta pelo Ministério Público, não tem se mostrado acolhedora com relação à segunda tese, exposta no capítulo anterior. Apesar de há algum tempo, o STJ já admitir a atuação do MP na seara investigatória, o Supremo Tribunal Federal, até pouco tempo atrás, só havia se manifestado através de decisões isoladas de suas turmas. Por conta disso, durante muito tempo, o tema restou controvertido, até que em recente decisão, proferida pelo Plenário da Suprema Corte, o tema foi pacificado.

No âmbito do STJ, tanto a 5ª Turma quanto a 6ª Turma se mostram favoráveis a esta possibilidade.

Neste sentido, confira-se abaixo, trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça²⁷, proferido em outubro de 2014:

[...]2. A compreensão firmada no seio desta Corte é de que não há ilegalidade na investigação criminal encetada pelo Ministério Público (ressalva de entendimento da relatora). 3. A Constituição da República diferencia as funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, sendo que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à polícia federal e à polícia civil. Não se afigura ilegal, portanto, a excepcional realização de procedimentos investigatórios pela polícia militar. 4. O inquérito policial não é indispensável à propositura da ação penal, podendo, tanto o Ministério Público, nas ações penais públicas, quanto o particular, nas ações privadas, oferecerem denúncia ou queixa fundamentada em outros elementos de convicção, normalmente denominadas, na lei processual, de peças de informação [...]

Conforme se depreende do julgado em comento, verifica-se que o STJ é amplamente favorável à tese autorizativa do Poder Investigatório do MP, chegando a afirmar que tanto o

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 268127/MG. Relatora: Ministra Maria Tereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301008537&dt_publicacao=17/10/2014>. Acesso em: 12 jan. 2015.



MP, nas ações públicas, quanto o particular, nas ações privadas, podem oferecer denúncia ou queixa embasadas em outras peças de informação, que não o inquérito policial.

Recentemente, na mesma linha, quando do julgamento do Agravo Regimental no Resp. n. 1372951/RS, a 5ª Turma do STJ²⁸ se manifestou:

[...] 3. Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o órgão do Ministério Público, indubitavelmente, pode realizar diligências investigatórias de fatos ligados à sua atuação, a fim de elucidar a materialidade de crime e indícios de autoria [...]

No mesmo sentido foi o julgamento proferido no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 97694²⁹, julgado em setembro de 2014:

[...] 3. O Ministério Público, apesar de não presidir o inquérito policial, tem legitimidade para investigar e coletar provas para formação de sua convicção. Precedentes. [...]

Conclui-se, portanto, que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência é pacífica no sentido da possibilidade do exercício da atividade investigativa, de forma direta, pelo órgão ministerial.

No que tange ao Supremo Tribunal Federal, o plenário desta Corte somente se pronunciou, de forma favorável, sobre o tema, recentemente. No entanto, existem inúmeras decisões de seus órgãos fracionários, também no sentido de viabilizar a colheita direta da prova por parte do Parquet.

Corroborando este entendimento, vale trazer à baila trecho de julgado, proferido em 07 de outubro de 2014, pela 2ª Turma do STF³⁰:

²⁸ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1372951/RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36314687&num_registro=201300897819&data=20140825&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 08 jan. 2015.

²⁹ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 97694/RJ. Relator: Ministro Rogerio Shietti. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39093503&num_registro=201103063800&data=20141002&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 08 jan. 2015.

³⁰ Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 122839-SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046551>>. Acesso em: 08 jan. 2015.



[...] O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de “dominus litis” e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a “opinio delicti”, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública [...]

Na mesma linha e, elucidando a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, podemos destacar a ementa do julgado, proferido em 18/03/2014, pela 1ª Turma desta Corte, em sede de Habeas Corpus³¹:

[...]1. A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é excepcionalíssimo, admitido apenas nos casos de manifesta atipicidade ou falta de justa causa, o que não se verifica na espécie. 2. Inobstante a matéria ainda não ter sido pacificada, estando, inclusive, pendente de conclusão o julgamento do RE 593.727/MG, em que reconhecida a repercussão geral do tema, os órgãos fracionários desta Corte Suprema já reconheceram, em várias oportunidades, a legitimidade do Ministério Público para instauração de procedimento investigatório com fito de obter elementos informativos necessários à propositura de eventual ação penal pública, da qual é dominus litis. 3. Ordem denegada.

Desta forma, analisando-se os recentes julgados proferidos por ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que, antes mesmo de o Pleno do Tribunal se manifestar sobre o tema, o que somente ocorreu com o julgamento do RE n. 593.727/MG³², sobre o qual foi reconhecida repercussão geral, os órgãos fracionários desta Corte já admitiam, de forma ampla, a legitimidade do Ministério Público para atuar diretamente na investigação criminal.

Dito isso, recentemente, em 18/05/2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal pacificou a questão ao negar provimento ao RE n. 593.727/MG, com repercussão geral, oportunidade na qual, de forma coerente com a jurisprudência da Corte, legitimou a autorização

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 118280/MG. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046552>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

³² Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 118280/MG. Relator Ministro Cezar Peluzo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28593727%2EENUME%2E+OU+593727%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ms4atyc>>. Acesso em: 12 jan. 2015.



para que o Ministério Público proceda à investigação penal, por autoridade própria, fixando os parâmetros, aos quais o órgão ministerial deve se submeter para tanto.

No julgamento em questão, o plenário do STF negou provimento ao RE que questionava ação penal iniciada com base, apenas, em procedimento administrativo investigatório, realizado pelo MP, sem qualquer participação da polícia.

Ao fazê-lo, a Suprema Corte acabou por legitimar, de forma expressa, a investigação criminal realizada pelo Ministério Público, sob autoridade própria, em processo administrativo autônomo.

Apesar de autorizar de forma ampla, o exercício desse poder investigatório, pelo Ministério Público, o STF fixou parâmetros que devem sempre ser observados pelo órgão ministerial nesse atuar. A este respeito, é cabível transcrever trecho da citada decisão³³:

[...]Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição.

Dessa forma, conclui-se que, hoje, de forma pacífica, o Ministério Público pode, por autoridade própria, investigar, de forma autônoma e independente em relação à polícia. Entretanto, não está autorizado a agir de qualquer maneira, de forma arbitrária. Deve, a investigação em tela, ser realizada por membro do MP, em tempo razoável, além do que, devem ser respeitados os direitos e garantias individuais assegurados a qualquer investigado,

³³ Supremo Tribunal Federal. RE n. 593.727/MG. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697#>>. Acesso em: 11 jun. 2015



observadas as hipóteses de reserva de jurisdição e, as prerrogativas dos advogados, sem prejuízo dos atos praticados estarem, sempre, sujeitos ao controle por parte do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega através do estudo realizado é a de que, atualmente, na doutrina, não se chegou a um consenso a respeito da possibilidade ou não do exercício da atividade investigativa, de forma direta, por parte do Ministério Público.

Parcela da doutrina entende cabível o atuar ministerial nesta esfera, sob o argumento de que a CRFB/88 não conferiu o monopólio da investigação criminal às polícias, havendo perfeita harmonia e compatibilização entre as atribuições, por ela conferidas ao MP, seus objetivos institucionais e a atividade investigativa por ele desempenhada.

Outra parcela da doutrina entende em sentido diametralmente oposto, invocando a falta de autorização constitucional para que o Parquet realize a colheita direta da prova, forte no argumento de que houve verdadeiro silêncio eloquente do constituinte, que pretendeu proibir tal conduta. Além disso, para essa parcela da doutrina, não haveria um órgão para realizar o controle dessa atividade investigativa (a despeito da existência do CNMP) o que levaria o Ministério Público, aos mesmo desvios e arbitrariedades aos quais estão suscetíveis a polícia judiciária.

Por fim, a jurisprudência, tanto do STJ como do STF, vem para colocar em xeque a segunda corrente acima explicitada, tendendo a respaldar o poder investigatório do MP. O STJ, em inúmeras decisões, corrobora este entendimento, sendo ele pacífico no âmbito deste Tribunal Superior. De outro lado, no âmbito do STF, apesar de o Plenário somente ter se manifestado recentemente, é vasta a jurisprudência de suas turmas, no sentido de autorizar a investigação criminal realizada pelo MP. Nessa linha, para pacificar a questão, no julgamento



do RE n. 593.727/MG, a Suprema Corte decidiu pela possibilidade do atuar autônomo do MP na investigação criminal, fixando parâmetros a serem respeitados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 97694/RJ. Relator: Ministro Rogerio Shietti. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39093503&num_registro=201103063800&data=20141002&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 08 jan. 2015.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1372951/RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36314687&num_registro=201300897819&data=20140825&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 08 jan. 2015.

Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 268127/MG. Relatora: Ministra Maria Tereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301008537&dt_publicacao=17/10/2014>. Acesso em: 12 jan. 2015.

Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 122839-SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046551>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 118280/MG. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046552>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 118280/MG. Relator Ministro Cezar Peluzo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28593727%2ENU ME%2E+OU+593727%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/m s4atyc>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94173/BA. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28legitimidade+e+>



minist% E9rio+e+p% FAblico+e+investiga% E7% E3o% 29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pjjb4vp>. Acesso em: 06 jan. 2015

Supremo Tribunal Federal. RE n. 593.727/MG. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697#>>.

Acesso em: 11 jun. 2015

Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 81.326-7/ DF. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília. DJU 1.8.2003.

Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional n. 37 de 2011. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>>.

Acesso em: 08 jan. 2015.

Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional n. 109 de 1995. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14394>>.

Acesso em: 12 jan. 2015.

Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional n. 197 de 2003. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=142415>>.

Acesso em: 08 jan. 2015.

Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08 jan. 2015.

Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 13, de 09 de outubro de 2006.

Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/2915-resolucao-1>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

Conselho Superior do Ministério Público Federal. Resolução n. 77, de 14 de setembro de 2004.

Disponível em: <http://csmfp.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resol_77_set_2004.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 08 jan. 2015.

BRASIL. Lei n. 7492, de 16 de junho de 1986. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm>. Acesso em: 08 jan. 2015.

BRASIL. Lei n. 8625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 08 jan. 2015.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*, v. I. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

Guilherme de Oliveira Jamel

Graduado pela Universidade Candido Mendes.
Pós-graduando pela Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: Os meios de comunicação em geral, dada à divulgação das informações de forma cada vez mais célere, possuem grande relevância pela valiosa função de manter todos informados e atualizados, mas também, tem grande influência na opinião e tomada de decisões de toda a população. São tantos os veículos informativos e a maneira como a notícia é transmitida que nem sempre a notícia chega meramente informativa e, na maioria dos casos, está impregnada da opinião daquele que a está transmitindo, o que pode ocasionar que isso ocorra sem qualquer embasamento para um prejulgamento da questão. Nesse sentido, os crimes de grande repercussão na mídia podem sofrer influência em relação à forma como aquela notícia está sendo transmitida e acabar por influenciar na tomada de decisão do júri popular. O presente trabalho tem por objetivo abordar essa questão.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Mídia. Jurados. Influência.

Sumário: Introdução. 1. Evolução histórica. 2. Estrutura do tribunal do júri. 3. Direito à informação. 4. Pontos positivos e negativos da mídia ao passar as informações. 5. Até que o ponto o julgamento no Tribunal do Júri se constitui em garantia para o réu? 6. Casos de grande repercussão na mídia. 7. Decisões jurisprudenciais a respeito do clamor público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal estudar a influência da mídia nas decisões do tribunal do júri, através do clamor público que determinados casos originam.

Para tanto, será feita, inicialmente, uma análise da evolução histórica do Tribunal do Júri e de sua estrutura, bem como do direito à informação, além dos pontos negativos e positivos da mídia ao transmitir as notícias para a população, notadamente, em relação aos casos que trazem grande repercussão.

Posteriormente, o artigo irá demonstrar até que ponto os veículos de comunicação podem “contaminar” os jurados, que são pessoas imbuídas de competência constitucional para dar os vereditos nos crimes dolosos contra a vida, escolhidas dentre os integrantes da



sociedade, sem necessidade de possuir formação jurídica, trazendo à baila alguns casos concretos em que se evidenciou o clamor da sociedade.

Pretende-se com o presente trabalho demonstrar que, assim como o tribunal do júri tem previsão constitucional, o direito à informação também vem disciplinando na Carta Magna, sendo ambos garantias constitucionais.

Embora não se desconheça a relevância da mídia para efetivação dessa garantia constitucional, ou seja, o direito à informação, é necessário que se cumpra dito mister de forma meramente informativa, sob pena de promover o clamor público, que poderá influenciar nas decisões dos jurados.

A relevância do tema abordado é justamente a possibilidade de os veículos de comunicação, dada à repercussão de determinados crimes, motivarem uma decisão baseada unicamente na emoção.

O objetivo geral do presente trabalho é levar à reflexão sobre se o modelo do tribunal do júri representa efetivamente uma garantia constitucional para o réu, levando em conta a repercussão alcançada por determinados crimes.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

No Brasil, o júri teve início em 1822 com a Lei de imprensa, com competência para julgar os crimes de imprensa, sendo composto, à época, por 24 (vinte e quatro) cidadãos, com a possibilidade de recusa por parte dos réus de 16 (dezesesseis) nomes, pois 8 (oito) pessoas eram suficientes para compor o conselho de julgamento.

Seus integrantes eram escolhidos pela boa reputação, inteligência e senso patriota, sendo conhecidos como “juízes de fato” e de suas sentenças somente cabia apelação para o Príncipe.



Com a constituição de 1824, passou a ser órgão do Poder Judiciário, abrangendo causas cíveis e criminais, com disposição expressa nos artigos 151 e 152, este último disciplinando que “os jurados se pronunciam sobre o fato, e os juízes aplicam a lei”.

A Lei 20/09/1830 previu o Júri de acusação e o Júri de julgamento, e, com o advento do Código de Processo Criminal do Império, os Conselhos de jurados ficaram divididos em júri de acusação e júri de sentença, extinto o primeiro, o de acusação, com a promulgação da Lei n. 261 de 1841, seguida pelo Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842.

Com o advento da Lei n. 562, de 2 de julho de 1850, diversas infrações penais foram excluídas da sua competência e somente em 1871, com a edição da Lei n. 2.033, foram ditas infrações novamente restabelecidas para a competência do júri.

Após o império, a primeira Constituição da República, em 1891, manteve o júri, conferindo-lhe garantia constitucional, após debates no mundo jurídico a respeito da instituição, como preleciona Kátia Duarte de Castro¹:

[...] o fato de ter a Constituição de 1891 mantido o julgamento pelo Júri também fez florescer a discussão concernente aos contornos da instituição. Isto porque vários juristas, como Pedro Lessa e João Mendes Jr, acreditavam que mantê-la significava preservá-la segundo as leis então em vigor. Outros, como Carlos Maximiliano e Firmino Whitaker, entendiam que sua manutenção não implicava também na permanência do rito, que deveria adaptar-se às necessidades nascentes.

James Tubenchlak² também se refere à polêmica instituída à época em torno da instituição do júri ao consignar:

“ O lacônico § 31 do art. 72 da Constituição de 1891 – “É mantida a instituição do Júri” – fez emergir efervescente polêmica no mundo jurídico, destacando-se os comentários de Rui Barbosa, Duarte de Azevedo, Carlos Maximiliano, João Mendes Jr. e Pedro Lessa”.

Através de um acórdão de 1899 do Colendo Supremo Tribunal decidiu-se acerca das características do júri, delimitando-se sua estrutura e funcionamento.

1 CASTRO, Kátia Duarte de. *O júri como instrumento do controle social*. Porto Alegre: Safe-Fabris. 1999, p. 53.

2 TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri – contradições e soluções*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1997, p. 7.



A Carta Magna de 1934 manteve o júri, incluindo-o no capítulo destinado ao Poder Judiciário. A história mostra que, nessa época, o júri chegou a ser suprimido no Estado do Rio Grande do Sul, tendo em vista que a legislação processual variava de Estado para Estado e no Estado do Rio Grande do Sul não havia tal previsão.

A Carta Magna de 1937 nada mencionava sobre o júri e o Decreto-lei n. 167, de 1938, reafirmou a instituição, regulando-a, valendo-se do disposto no art. 183, da Constituição de 1937 que mantinha em vigor as leis que não fossem revogadas pela nova ordem constitucional de forma explícita ou mesmo implicitamente.

O Decreto previa o recurso de apelação quanto ao mérito, em relação às decisões que estivessem em desacordo com as provas existentes, dando ao Tribunal de Apelação, inclusive, a possibilidade de modificar o resultado obtido no júri.

A Constituição de 1946, além de manter a instituição do júri, restaurou a soberania de seus veredictos, estabeleceu a obrigatoriedade de sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o sigilo das votações, determinou que fosse ímpar o número de seus membros e garantiu a plenitude de defesa ao réu, devolveu-lhe o lugar entre as garantias individuais.

Registre-se que, a instituição do júri desse modo permaneceu disciplinada na Constituição de 1988. Atualmente há a possibilidade de revisão de suas decisões, em segundo grau, se contrária à prova dos autos, conforme previsão do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal.

O que não se confere é a substituição pelos Desembargadores de uma decisão proferida pelo Tribunal do Júri, podendo ocorrer somente a anulação do julgamento com a determinação de que outro se realize³.

3 BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.



Assim, a soberania dos veredictos encontra sua limitação na decisão que é tomada levando em conta a prova dos autos, pois, do contrário, como acima mencionado, poderá ser revista e determinado novo julgamento.

2. ESTRUTURA DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri encontra-se no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, art. 5º, XXXVIII, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”.

O Código Penal em seu art. 74, § 1º, ao disciplinar a competência pela natureza da infração, estabelece que esta seja regulada pelas leis de organização judiciária, excetuando a competência privativa do Tribunal do Júri, em relação aos crimes previstos nos arts. 121, § 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126, 127, consumados ou tentados⁴.

Assim, pela natureza da infração se fixa a competência, esta regulada pela lei de organização judiciária, sendo que, no caso dos crimes acima mencionados, a competência será do Tribunal do Júri por previsão expressa do Código Penal.

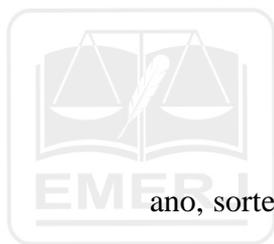
Do art. 406, do Código Penal até o art. 497, disciplinam-se os procedimentos relativos aos feitos de competência do Tribunal do Júri⁵.

O Tribunal do Júri é composto por um Juiz togado, seu Presidente, e um Conselho de Sentença integrado por 7 (sete) jurados, a cada sessão de julgamento.

Por requisição do Juiz presidente do Tribunal do Júri, as autoridades locais enviam uma lista com indicação de pessoas que reúnem os requisitos para exercerem a função de jurados, sendo esta lista publicada na imprensa, anualmente, até o dia 10 de outubro de cada

4 BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

5 Ibid.



ano, sorteando-se 25 (vinte e cinco) jurados e a cada julgamento 7 (sete) jurados para compor o Conselho de Sentença.

O sorteio será presidido pelo juiz que retirará os nomes da urna, e, primeiro a defesa e depois o Ministério Público poderão recusar o nome sorteado, sem motivar a recusa, porém essa somente poderá ocorrer três vezes para cada parte.

É importante mencionar que, se não se puder formar o Conselho de Sentença em razão de impedimento, suspeição, incompatibilidade, dispensa ou recusa, haverá o adiamento do julgamento para o primeiro dia desimpedido, consoante previsão no art. 471, do Código de Processo Penal.

Os impedimentos para exercer a função de jurado encontram-se disciplinados nos arts. 448 e 449, ambos do Código de Processo Penal.

Iniciada a sessão de julgamento, depois de prestado o compromisso pelos jurados, serão tomadas as declarações do ofendido, se possível, e inquiridas as testemunhas de acusação, sendo que, em relação às testemunhas da defesa, primeiro o defensor do acusado formulará as perguntas e após o Ministério Público e o assistente, acrescentando-se que os jurados também podem formular perguntas, porém estas serão feitas por intermédio do juiz.

Após os debates, ainda em plenário, o juiz presidente explicará aos jurados os quesitos que serão por estes últimos respondidos e não havendo dúvida a ser esclarecida se reunirão em sala especial, o juiz, os jurados, o ministério público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça, permanecendo nesta sala somente estas pessoas a fim de ser procedida a votação.

Não haverá intervenção das partes, e os jurados receberão cédulas contendo sete palavras sim e sete palavras não e responderão aos quesitos, nos termos do artigo 483 do Código de Processo Penal, tudo, será registrado pelo escrivão.



As decisões serão tomadas por maioria de votos, sem a necessidade de motivação, que só será dada no momento da aplicação da pena, cabendo ao presidente proferir a sentença e fixar a pena, se for o caso.

3. DIREITO À INFORMAÇÃO

A imprensa exerce relevante papel na efetivação do direito à informação, que vem garantido na Constituição, no art. 5º, e seus incisos, notadamente no IV, IX e XIV, dispensando-se, inclusive, um capítulo inteiro (V) sobre comunicação social.

Resulta consignado no art. 220 da Carta Magna, a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e informação, ou seja, a plena liberdade de informação jornalística, sem restrições ou qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, servindo tais dispositivos como alicerces à liberdade de imprensa.

A atividade jornalística exerce relevante papel na manutenção da democracia, na medida em que todos os temas podem e devem ser abordados por qualquer veículo de comunicação social.

Tal garantia vem de encontro ao direito que possui a população de receber informações sobre questões de interesse coletivo, notadamente no que diz respeito aos acontecimentos que trazem grande relevância social.

Nesse contexto se insere as matérias jornalísticas relacionadas aos crimes que chocam a população, dada as suas peculiaridades, seja pelos envolvidos, ou mesmo pelo seu modo de execução.

Os crimes cometidos por parentes, ou contra uma criança, um idoso, ou mesmo de maneira brutal, se transformam em matérias jornalísticas de grande repercussão, e a



sociedade, os acompanha, posicionando-se, o que embora seja natural, pois todos retiram suas conclusões diante dos fatos, pode influenciar decisões judiciais.

Artur César de Souza⁶, referindo-se à publicização do processo penal comenta que a “história demonstra que a grande maioria dos povos sempre fez opção por um julgamento popular e público”.

Aduz o citado autor:

[...] Observando-se a importância política do princípio da publicidade, bem como as transformações históricas, políticas e sociais ocorridas nos últimos séculos, verifica-se que modernamente a simples permissão de participação das partes ou de algumas pessoas na sala de audiência não representa uma medida adequada para satisfazer essa exigência democrática⁷.

O autor refere-se ao fato de que atualmente se exige mais, a sociedade quer tomar conhecimento não só do acontecimento em si e também do seu desenrolar.

O autor prossegue afirmando que [...] “a publicidade do julgamento ocorre muitas vezes por meio da divulgação feita pelos meios de comunicação, permitindo desta maneira o controle social sobre a administração da justiça⁸”.

O controle social advém, portanto, da informação que a sociedade obtém através dos meios de comunicação.

4. PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA MÍDIA AO PASSAR AS INFORMAÇÕES.

Como já dito no presente trabalho, os veículos de comunicação exercem grande papel no Estado Democrático de Direito, uma vez que é por meio deles que a população obtém informações.

6 SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 186.

7 Ibid., p. 187.

8 Ibid.



Hoje em dia o mundo está cada vez mais tecnológico, permitindo que a notícia chegue ao conhecimento de todos em questão de minutos, assim nada foge aos olhos da população, sendo possível um maior controle por parte do cidadão, o que se mostra de grande valia, especialmente no que tange aos temas de interesse de toda a sociedade.

A Constituição da República veda a censura, sendo irrestrito o âmbito de atuação dos veículos de comunicação, ou seja, todas as questões podem ser abordadas pela mídia.

Acontece que a informação, por mais chocante que seja, deve ser passada de maneira meramente informativa, com transparência e imparcialidade para que o receptor da notícia tire suas próprias conclusões. Porém, muitas vezes não é isso que ocorre, principalmente em casos relacionados ao Direito Penal.

Artur César de Souza⁹ lembra que o controle social pela divulgação feita na mídia deve estar atento ao fato de que está suscetível de incidir sobre o comportamento do juiz, das partes e de terceiros.

Embora se reconheça a perplexidade que determinados acontecimentos causam, de modo a interferir até mesmo no transmissor da notícia que, de maneira muitas vezes involuntária, não consegue deixar de transparecer sua indignação, o comunicador não deve acrescentar à informação suas impressões pessoais sobre o tema de modo a direcionar a conclusão do receptor. É muito comum que determinadas notícias venham acrescidas de alguns recursos linguísticos que, de forma sutil, induzem o receptor, tão logo tenha conhecimento dos fatos, a tirar conclusões sobre o caso que podem ser precipitadas.

Segundo Artur César de Souza¹⁰, a questão preocupa quando a publicidade ultrapassa o seu papel informador e põe em risco outros valores também democráticos “ e que devem ser garantidos a toda pessoa submetida a um processo penal”.

9 Ibid., p.188.

10 Ibid., p.190.



Nos casos relacionados aos crimes contra a vida, portanto de competência do Tribunal do júri, a questão possui uma relevância ainda maior, tendo em vista que quem possui o poder de declarar o réu inocente ou culpado são os jurados, ficando para o juiz, que é quem se utiliza da técnica, a aplicação da pena, se for o caso.

Os jurados são pessoas indicadas por autoridades locais, com ou sem formação jurídica, porém devem reunir as condições para exercer tal função, e por meios de suas próprias convicções dão o veredicto, sem a necessidade de motivá-lo.

Por certo, em determinados casos, notadamente naqueles acontecimentos que geram grande repercussão, portanto noticiados pela mídia, até mesmo por dias consecutivos, existe, dependendo do modo como a notícia é transmitida, a possibilidade de que os jurados sofram influência em suas conclusões, e sendo assim, já possuem suas convicções, antes mesmo do julgamento, portanto de tomarem conhecimento das provas, de presenciarem os debates e os depoimentos.

Desde já se observa a importância e a responsabilidade que possuem os veículos de comunicação ao transmitirem as notícias, pois qualquer comentário que a agregue pode macular a isenção que deve existir por parte da mídia.

Registre-se que há possibilidade de o clamor popular influenciar julgamentos em qualquer área do direito e não apenas no direito penal, pois, como já mencionado, há casos em que a repercussão é tamanha que a sociedade participa ativamente das investigações, quer pela natureza da infração, quer pelos envolvidos.

Alguns operadores do direito¹¹, preocupados com o clamor público, procuram mitigar os seus efeitos requerendo a aplicação do disposto no artigo 427 do Código de Processo

11 *A regra geral no desaforamento*: o deslocamento do processo para uma Comarca vizinha (Informativo 512). Disponível em: < <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/46038/a-regra-geral-no-desaforamento-o-deslocamento-do-processo-para-uma-comarca-vizinha-informativo-512>>. Acesso em: 10 nov.2015.



Penal, que trata do Desaforamento, consistente na determinação, pelo juiz, do deslocamento do julgamento para outra Comarca da mesma região.

5. ATÉ QUE PONTO O JULGAMENTO NO TRIBUNAL DO JÚRI SE CONSTITUI EM GARANTIA PARA O RÉU?

Sem adentrar na discussão que se trava em relação a ser o Tribunal do Júri uma garantia ou uma imposição Constitucional, pois como garantia individual o acusado teria o direito de optar por ele, o que não ocorre no Brasil, certo é que, o Tribunal do Júri é entendido como uma garantia individual, pois inserido no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, a saber:

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:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Aqueles¹² que defendem a tese de que como garantia individual deveria existir a opção de aplicação ou não do Tribunal do Júri, referem-se ao fato de que, as garantias constitucionais contemplam a possibilidade de sua renúncia, a exemplo da possibilidade de algum cidadão abrir mão da garantia constitucional à privacidade pessoal.

A questão se torna relevante ainda nos julgamentos ocorridos no Tribunal do Júri de casos que ganharam destaque na mídia e geraram enorme clamor público, pois, em alguns, a população extrai suas conclusões antes mesmo de conhecer qualquer dado mais concreto sobre o assunto.

12 Parentoni, Roberto Bartolomei. *Tribunal do Júri - Sim ou Não?*. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br./index.php/artigos/103-tribunal-do-juri-sim-ou-nao->>. Acesso em: 28 out.2015.



O que se quer dizer é que, os telespectadores recebem a notícia, e, dependendo do modo como transmitida, podem, tão logo repassada, retirarem suas conclusões, o que, também pode ocasionar convicções apressadas e prejudicar o réu.

Sob esse ângulo, o julgamento de determinados crimes pelo Tribunal do Júri pode não ser o mais indicado uma vez que maculado pelo clamor público, não se podendo considerá-lo uma garantia para o réu.

Assim é que outras garantias do réu podem ser maculadas se a opinião pública formar sua convicção antes de conhecer as provas e os depoimentos dos envolvidos. Principalmente será afetado o princípio da presunção da inocência.

6. CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO NA MÍDIA

Passa-se a relatar alguns casos, embora existam outros tantos, que causaram grande comoção pública¹³.

Irmão Naves¹⁴ – Caso ocorrido em Araguari, no Estado de Minas Gerais em 1937. Esse caso é considerado o “maior erro da história do judiciário”.

Os irmãos Naves foram acusados da morte do primo e submetidos ao Tribunal do Júri foram absolvidos em duas oportunidades. A decisão foi reformada pelo Tribunal de Apelação, pois naquela época não havia a soberania dos vereditos, e os irmãos condenados.

Anos depois, o primo reaparece.

Conta-nos a história que o caso gerou enorme clamor público e por essa razão pretendeu-se uma resposta rápida, cobrada pela sociedade.

¹³ Os casos abaixo relatados foram, por dias consecutivos, abordados na mídia, realizando-se entrevistas com os parentes das vítimas, porteiros de prédios, vizinhos, namorados, enfim, como se estivesse sendo realizado um trabalho investigativo, o que ocasionou que a sociedade formasse um convencimento antes mesmo da apresentação da defesa pelos réus.

¹⁴ Silva, Camila Garcia da. *O caso dos irmãos Naves*: Tudo o que se disse foi de medo e pancada. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=58>. Acesso em



Em 1976 o assassinato de Ângela Maria Fernandez Diniz¹⁵, ocorrido em Búzios, tomou lugar de destaque na mídia.

O crime ocorreu após o fim do relacionamento amoroso com Doca Street porque Ângela não o aceitou de volta.

Doca Street foi o “assassino considerado famoso” .

A repercussão foi tamanha que, levado a júri popular Doca fora condenado a dois anos com direito a sursis, sob o argumento da legítima defesa da honra. Nos conta a história, que a pressão de movimentos feministas, inclusive com a criação do slogan “quem ama não mata”, e o recurso do Ministério Público ocasionaram novo julgamento, ocasionando a condenação de Doca Street a 15 anos de prisão.

O caso da ex-atriz Dorinha Durval¹⁶ que em 1980 assassinou o marido, 16 anos mais novo, também teve grande repercussão na mídia.

Levada a júri popular foi inicialmente condenada a um ano e meio de prisão com direito a sursis. Levada a novo julgamento foi condenada a seis anos de prisão em regime semiaberto.

O caso da ex-atriz Daniela Perez¹⁷, em 1992, é descrito como aquele que recebeu ampla cobertura da imprensa e causou comoção popular.

A ex-atriz foi assassinada a golpes de tesoura por um colega de trabalho, que atuava na mesma novela exibida à época, e que praticou o crime em conjunto com sua mulher.

Os réus foram condenados a 19 e 18 anos de prisão, respectivamente, por homicídio duplamente qualificado, por motivo torpe e sem dar à vítima condições de defesa.

15 Furtado, Jonas. *Penso em Ângela todos os dias*. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoegente/368/reportagens/doca_street.htm>. Acesso em: 28 out.2015.

16 Crimes passionais entre famosos. Disponível em: <<http://jddourado.blogspot.com.br/2009/11/caso-familia-proenca-maite-proenca-com.html>>. Acesso em: 28 out.2015.

17 Crimes passionais entre famosos. Disponível em: <<http://jddourado.blogspot.com.br/2009/11/caso-familia-proenca-maite-proenca-com.html>>. Acesso em: 28 out.2015.



Outro caso de grande comoção pública foi o assassinato da jornalista Sandra Gomide¹⁸ pelo ex-namorado, também jornalista Antônio Pimenta Neves.

O réu confessou o assassinato e o atribuiu ao fato de ser traído pela vítima. Condenado a 19 anos por homicídio duplamente qualificado.

Em 2002 novamente vem as manchetes um crime cometido por dois jovens com o auxílio da própria filha das vítimas, o conhecido “Caso Richthofen¹⁹” que chocou o país.

Suzane Von Richthofen chocou o país ao participar do assassinato dos pais com o namorado e o irmão deste (irmãos cravinhos).

Fora condenada a 39 anos de prisão por homicídio triplamente qualificado.

Em 2005 a missionária Dorothy²⁰ foi assassinada e o crime atingiu repercussão nacional e internacional.

Os réus, executores do crime, Rayfran e Clodoaldo, foram condenados a 27 anos e 17 anos de reclusão.

Em 2007 a morte do menor João Hélio Fernandes²¹, de apenas seis anos de idade, e que teve o seu corpo dilacerado, arrastado que foi por quilômetros do lado do fora do carro por bandidos, após o assalto sofrido por sua mãe, chocou o país e foi manchete por dias consecutivos na imprensa.

Do episódio participaram 4 pessoas, sendo um deles menor de idade.

Carlos foi condenado a 45 anos, Diego a 44 anos e Tiago a 39 anos de prisão.

O menor de 16 anos foi condenado ao cumprimento de medidas socioeducativas.

18Magalhães, Vagner. *Caso Pimenta Neves*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/casopimentaneves/interna/0,,OI992330-EI6824,00-Pimenta+Neves++condenado+a+anos+de+prisão.html>>. Acesso em: 28 out.2015.

19Sepone, Fernando. *Caso Suzane Von Richthofen*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/crimes/casos-suzane-von-richthofen/n1596994333920.html>>. Acesso em: 28 out.2015.

20Oggioni, Alessandra. *Caso Dorothy Stang*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/crimes/caso-dorothy-stang/n1597661579026.html>>. Acesso em: 28 out.2015.

21 Caso João Hélio. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Jo%C3%A3o_H%C3%A9lio>. Acesso em: 28 out.2015.



Em 2008 dois crimes chocaram a população. O primeiro conhecido como o “caso Isabella Nardoni²²”.

A menina foi arremessada do 6 andar de um prédio, em março de 2008. O pai da menina e a madrasta foram condenados a 31 anos e 10 dias e 26 anos e 8 meses, respectivamente, por homicídio doloso triplamente qualificado.

A comoção popular foi intensa pela crueldade e a natureza dos envolvidos.

O segundo foi o assassinato de Eloá Cristina²³, adolescente de 15 anos de idade, morta pelo ex-namorado, Lindemberg Alves, após permanecer em cárcere privado por quase 100 horas.

O réu foi a júri popular e condenado a 98 anos e dez meses de prisão. O réu foi julgado em 2012.

A repercussão foi tamanha que a advogada do réu pediu à população que não a hostilizasse porque não era ela a acusada, afirmando estar apenas garantindo um direito constitucional.

Por fim, como exemplo de outro caso emblemático e que tomaram lugar na mídia por diversos dias consecutivos, podemos citar o caso do goleiro Bruno²⁴, outro episódio que abalou a população.

Acusado do sumiço de Eliza Samudio, com quem mantivera um relacionamento amoroso, foi condenado a 22 anos de prisão.

A repercussão do caso se deu não só a nível nacional, mas também internacionalmente.

7. DECISÕES JURISPRUDENCIAIS A RESPEITO DO CLAMOR PÚBLICO

22 Souza, op. cit., p.18.

23 Caso Eloá Cristina. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Elo%C3%A1_Cristina>. Acesso em: 28 out.2015.

24 Caso Eliza Samudio. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Eliza_Samudio>. Acesso em: 28 out. 2015.



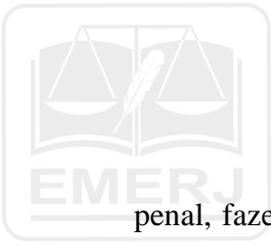
A respeito do tema ora tratado cita-se algumas decisões jurisprudenciais²⁵:

1 - “Desaforamento. Tribunal do júri. Requerido pronunciado por homicídio duplamente qualificado contra policial militar. Dúvida sobre a imparcialidade do conselho de sentença. Cabimento. 1) Somente em hipóteses excepcionais, previstas expressamente em lei, e com base em fatos comprovados nos autos, justifica-se o deferimento do pedido de desaforamento para outra Comarca do julgamento a ser realizado pelo Tribunal do Júri. 2) In casu, o douto magistrado de piso noticiou que o requerido foi pronunciado por homicídio duplamente qualificado praticado contra um policial militar durante a festa da cidade, o que gerou grande clamor público e que, por ocasião da sessão plenária, outros jurados, além dos sorteados para o Conselho de Sentença, também demonstraram temor em atuar no julgamento, uma vez que muitos eram vizinhos do réu ou da família da vítima e possuíam relação de proximidade, motivo pelo qual se sentiam coagidos moralmente. 3) A jurisprudência é pacífica no sentido de que a manifestação do juiz é considerada de especial relevância para aferir-se a necessidade do desaforamento, sobretudo em casos como o presente, em que a própria autoridade judiciária que preside a causa reconhece tal necessidade, pois ela, juntamente com o promotor da Comarca, ora requerente, é quem detém a relação direta com a sociedade de onde é formado o corpo de jurados, sendo apto a informar a realidade concreta da repercussão do delito na comarca. 3) O art. 427 do Código de Processo Penal autoriza o desaforamento quando o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri a demandar a quebra da regra geral de competência em razão do lugar, como demonstrado na espécie. Desaforamento acolhido”. (Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, Terceira Câmara Criminal, Processo n. 0007367-85.2014.8.19.0000, Relator: Des. Suimei Meira Cavalieri, 2014.).

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. . Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2013.



2 – “Habeas corpus. Manifestação popular. Trata-se de habeas corpus liberatório, com pedido liminar impetrado em favor de José Carlos Costa, sendo-lhe imputadas as penas descritas no art. 250, do CP. Sustenta cerceamento no direito ambulatorial, ante a ausência de fundamentação do decisum, falta de requisitos legais, ausência de justa causa, eis que possuem os elementos subjetivos para concessão do writ. Aduz-se, para tanto, que o paciente foi denunciado pelo ministério público, juntamente com outras nove pessoas, pela suposta prática do delito de incêndio. Argumenta-se, pois que os fatos ocorreram na data de 14/09/2013, ocasião em que diversos populares, no exercício do direito de manifestação e irresignados quanto à atuação da polícia militar na cidade de Paty do Alferes/RJ, conforme denúncia acostada nos autos originários do presente writ. ainda em seu arrazoado defensivo, sustenta a absoluta ausência de materialidade e indícios de autoria com relação ao paciente, no que se refere a alguns delitos narrados na denúncia, a ausência dos requisitos previstos no art. 312 CPP, assim como a falta de fundamentação da decisão, em violação à obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. por fim, argumenta-se, também que o paciente possui residência fixa, exercendo atividade lícita. afirma que a decisão que determinou a prisão data de 17/11/2013, sendo que o paciente permaneceu em liberdade desde a suposta prática dos fatos. assim, requer-se, em sede liminar, que seja substituída a prisão provisória por outra medida cautelar menos gravosa. Opina a d. procuradoria de justiça, no sentido de ser denegada a ordem. ordem que deve ser concedida em parte. Cediço que com a entrada em vigor da lei 12.403/11 a decretação ou a manutenção de uma prisão cautelar deve estar embasada não somente na presença dos requisitos dos arts. 312 e 313, do CPP, como também na demonstração da insuficiência e desnecessidade da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão contidas no novo art. 319, do CPP. É sabido que a manutenção da prisão exige a presença de elementos que a justifiquem, nos termos do artigo 312 CPP. Sendo assim, cabe ao julgador interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 da lei processual



penal, fazendo-se mister a configuração fática dos referidos requisitos. E o que se constata é que o juiz autor da decisão não indicou fatos concretos que poderiam abalar a ordem pública, embaraçar a instrução criminal ou que o paciente se furtará a aplicação da lei penal, caso seja condenado. A leitura do pronunciamento revela total ausência de indicação de fatos processuais aptos a ensejar a convicção de que a liberdade do paciente coloca em risco o processo. Não há tópico sequer com o apontamento de causas concretas para se negar ao paciente o direito, que é regra geral, à luz da constituição, como reconhece o supremo tribunal federal de forma pacífica, no mesmo sentido, não se deve pautar uma decisão extremada baseando-se no clamor público que por vezes encontra-se contaminado pela opinião pública distorcida pela mídia. Dessa forma, verifico ausente a imprescindível demonstração da necessidade concreta da medida extrema, uma vez que não há, na decisão guerreada, razões idôneas que expliquem, no caso concreto, quaisquer dos requisitos da prisão preventiva, em especial a garantia da ordem pública, constando dela apenas as genéricas expressões da lei. O magistrado necessitava afirmar na decisão a presença de *fumus commissi delicti*, consistente na probabilidade da ocorrência de um delito e o *periculum libertatis*, representado pela natureza do risco à conveniência da instrução penal ou para assegurar a aplicação da lei penal embutida em eventual liberdade do paciente. A leitura do pronunciamento revela total ausência de indicação de fatos processuais aptos a ensejar a convicção de que a liberdade do paciente coloca em risco o processo. Não há tópico sequer com o apontamento de causas concretas para se negar ao paciente o direito, que é regra geral, à luz da constituição, como reconhece o supremo tribunal federal de forma pacífica. Neste sentido, viola a norma constitucional decisão que preserva custódia cautelar excepcional sem fundamento legal válido. e o que se constata é que o juiz autor da decisão não indicou fatos concretos que poderiam abalar a ordem pública, não se podendo convalidar a fundamentação da prisão preventiva na gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente na peça exordial



acusatória. In casu, restou demonstrado tratar-se de paciente primário e de bons antecedentes, bem como possuir residência fixa e comprovação de trabalho lícito e inexistindo os requisitos para manutenção do decreto prisional cautelar, nos termos do art. 310 do CPP, não há razão para a manutenção da custódia. Assim, a motivação mostra-se insuficiente, por genérica e abstrata, ficando no mero campo da possibilidade e não da indispensável probabilidade normativa. Assim, não restou caracterizado que a ordem pública esteja ameaçada pela soltura do paciente. Por outro lado, saliente-se, que na hipótese em apreço, diante da aplicação do binômio necessidade e adequação, vislumbro serem plenamente aplicáveis as medidas cautelares alternativas à prisão, previstas nos artigos 319 do Código de Processo Penal. No caso do paciente parecem ser suficientes, para o resguardo do processo, as medidas cautelares prevista no inciso i do art. 319 do CPP. Outrossim, devem os efeitos do presente julgado ser estendido aos corréus, ora qualificados na ação penal originária do presente *writ*, eis que no caso em análise restou comprovada situação idêntica em relação aos demais acusados. Liminar deferida e ratificada no presente julgado. Concessão parcial da ordem para substituir a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, ratificando a liminar deferida, aplicando-lhe as medidas cautelares previstas no inciso i do art. 319 do CPP, bem como para assinar termo de comparecimento a todos os atos do processo para os quais for intimado e de manter atualizado seu endereço nos autos, sob pena de revogação, sem prejuízo de ser novamente decretada sua prisão cautelar com a demonstração concreta de sua necessidade, estendendo-se os efeitos do presente julgado aos corréus, ora qualificados na ação penal originária do presente *writ*, eis que no caso em análise restou comprovada situação idêntica em relação aos demais acusados, nos termos do artigo 580, do CPP”. (Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, Sétima Câmara Criminal, Processo n. 0065226-93.2013.8.18.0000, Habeas Corpus, Relator: Des. Siro Darlan de Oliveira, 2014.).



3 – “Habeas corpus. Homicídio qualificado. Alegação de ilegalidade do deciso que decretou, na sentença, a prisão cautelar do paciente, modalidade prisão preventiva. O paciente foi denunciado pela realização de um homicídio qualificado pelo motivo fútil, isto em 18/06/2009, oportunidade em que foi requestada pelo Ministério Público a prisão preventiva, que foi decretada em 15/07/2009. Em 04/05/2011 a Corte Popular de Resende expediu veredicto absolutório, sendo o paciente posto em liberdade naquela data. O Ministério Público interpôs recurso em face da sentença absolutória, que mereceu provimento em acórdão emanado desta Câmara, proferido em 25/01/2012, determinando sua submissão a novo júri. Novo julgamento ocorreu em 16/10/2013, desta feita com veredicto condenatório. O julgador, ao proferir a sentença de acolhimento do deciso do Corpo de Jurados, decretou a prisão cautelar do paciente afirmando que: "o réu deverá aguardar o trânsito em julgado preso, diante da hediondez do crime, da gravidade concreta do delito praticado para garantir a ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. A manutenção da liberdade do acusado diante dessa condenação iria gerar no seio da sociedade uma total desconfiança nos Poderes Constituídos e em suas autoridades." A motivação da segregação acautelatória é pífia, não servindo, nem de longe, de base à enxovia cautelar. A uma, porque se refere basicamente à hediondez e à gravidade do delito, fundamentos reconhecidamente insuficientes ao fim colimado. A duas, porque o princípio da presunção da não culpabilidade impede o cumprimento antecipado da pena sob qualquer argumento. E, a três, porque não há notícia nos autos, mínima que seja, de que no hiato de 2 anos e 5 meses contados entre o dia 04/05/2011, quando foi originalmente absolvido e posto em liberdade até o dia 16/10/2013, data do novo julgamento e do novo decreto de prisão preventiva, tenha o paciente realizado qualquer conduta comportamental indicativa do periculum in libertatis. O Supremo Tribunal Federal já se firmou no sentido de que a convivência das figuras da prisão cautelar e da presunção da não-culpabilidade pressupõe que o decreto de prisão esteja embasado em fatos concretamente



colhidos dos autos, que denotem a necessidade do cerceio à liberdade de locomoção daquele que sofre a persecução penal instaurada pelo Estado, sendo ilegal a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, baseada tão-somente na gravidade do fato, na hediondez do delito ou no clamor público (STF HC 91616). Constrangimento ilegal clarividente. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA, para relaxar a prisão cautelar do paciente, eis que ilegal, possibilitando-lhe o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado, expedindo-se Alvará de Soltura”. (Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, Oitava Câmara Criminal, Processo n. 0061924-56.2013.8.19.0000, Habeas Corpus, Relator: Des. Gilmar Augusto Teixeira, 2013.).

4 – “Desaforamento. Homicídio qualificado. Requerimento da defesa alegando abalo da ordem pública e parcialidade do júri, existindo abaixo-assinado com 181 assinaturas de pessoas que clamam por justiça, afirmando que comparecerão em plenário, e insegurança do réu e de seus familiares, uma vez que a família da vítima jurou vingança. Manifestação desfavorável do ministério público. Informações do juízo ratificando os motivos da defesa pelo desaforamento. A possibilidade da presença de aproximadamente duzentas pessoas ao julgamento do acusado não constitui ameaça concreta e real a abalar a ordem pública, dispondo o Juízo de meios e recursos para acomodar apenas a capacidade comportada pelo Plenário e assim deve proceder, tomando as medidas necessárias e requerendo ao Tribunal de Justiça providências que porventura demandem sua intervenção. O clamor público e o fato de a vítima ser pessoa conhecida na localidade não ensejam, por si só, que os jurados irão se conduzir com parcialidade, podendo, tanto o Juízo, quanto a Defesa e a Acusação, valerem-se dos meios processuais adequados para excluir e recusar jurados, não se conhecendo ainda a composição do Conselho de Sentença, inexistindo possibilidade real de violação da parcialidade do Júri. Igualmente o Juízo, na função de dirigente do Tribunal, dispõe dos meios para garantir a incolumidade física e moral do acusado durante o julgamento, zelando pela sua segurança e também dos demais presentes em Plenário. Se a família do Réu se sente



ameaçada pelos familiares da vítima deve tomar as providências junto às autoridades policiais e judiciárias, não sendo tal questão motivo legal de desaforamento do julgamento. Não comprovação de tais alegações nos autos, tendo sido o júri anteriormente designado adiado em razão de ter sido a Defensora acometida de forte resfriado, sem que haja informações sobre eventual tumulto naquela data. Inexistente pelo menos um dos motivos elencados no artigo 424 do C.P.P., cabe preservar a regra de que o julgamento deve se dar no distrito da culpa. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DESAFORAMENTO”. (Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, Quarta Câmara Criminal, Processo n. 0001246-97.2005.8.19.0051 (2207.057.00020), Desaforamento de Julgamento, Relatora: Des. Leila Albuquerque, 2007.).

CONCLUSÃO

A instituição do júri ao longo da história foi alvo de polêmicas entre os juristas, pois possui adeptos e opositoristas.

Como exemplo dos debates acerca da instituição do júri, podemos citar a polêmica criada em 1937 diante da omissão na Constituição da época a seu respeito, fazendo com que juristas considerassem haver ocorrido a sua extinção.

A discussão se encerrou com a edição, em 1938, do Decreto-lei nº 167 que reafirmou o Júri.

Rui Barbosa era um dos seus adeptos. Defendia a instituição e o seu aperfeiçoamento.

Margarinos Torres costumava referir-se ao fato de que “ante a cominação de grandes penas é mister que a culpa seja notória aos olhos de toda a gente”.

Era notória a vontade desses juristas de que o réu fosse julgado por um Tribunal Popular, por iguais, permitindo-lhe passar pelo crivo da sociedade, pelos olhos de quem não



estivesse preso às técnicas processuais, como os juízes togados, e, portanto, chegando ao veredito após os debates entre acusação e defesa e a análise das circunstâncias humanas, julgando o fato e não atento ao direito.

Em contrapartida, os opositoristas não aceitavam a separação da matéria de fato e de direito. Consideravam, entre outros argumentos, que os vereditos eram dados sem motivação, que havia parcialidade em favor dos crimes passionais, que a escolha dos jurados por sorteio não poderia ser considerada uma forma democrática de seleção, enfim, que a técnica dos magistrados era superior.

Os debates estavam mais circunscritos à soberania dos vereditos, pois houve época em que eram soberanos, ainda que contrários à prova dos autos.

Atualmente, embora o mandamento constitucional reafirme a soberania dos vereditos, e, por essa razão, não pode o Desembargador modificar a decisão do Tribunal Popular, o julgamento pode ser anulado, determinando-se que novo julgamento ocorra se a decisão estiver manifestamente contrária à prova dos autos.

Atualmente, podemos citar mais uma questão a ser considerada e a merecer reflexão. É o Tribunal do Júri uma garantia, na medida em que, poderá ocorrer influência da mídia nos jurados?

Certo é que, o júri é uma instituição democrática e todas as discussões que giram em torno de sua existência revelam questões relevantes e que merecem reflexão, e por essa razão, enriquecem a democracia.

Atualmente, há quem defenda até mesmo a ampliação da competência do Tribunal Popular para que sejam incluídos os delitos patrimoniais violentos e seguidos de morte e também aqueles relacionados à improbidade administrativa, tema controvertido e que, sem qualquer sombra de dúvida, acarretaria calorosos debates.



O que não se pode esquecer é que deverá haver uma integração entre as garantias constitucionais de liberdade de expressão, informação e o direito à sua obtenção com as garantias do processo. O réu possui igualmente garantias processuais, tais como a do devido processo legal, presunção de inocência, a um julgamento justo e a imparcialidade das decisões, questões que também merecem nossa atenção.

Há casos de grande repercussão, em que se transmitem durante uma investigação criminal ou judicial, diversas informações, às vezes isoladas, que dizem respeito ao réu, seja em relação à sua personalidade, antecedentes, vida social, aspecto físico que, podem ocasionar a conclusão do caso, de forma açodada, sem se conhecer a defesa do réu, fazendo com que, antes dessa ocorrer, a sociedade já possua um juízo de valor a respeito do caso.

Assim é que não podemos nos esquecer de que o princípio da presunção da inocência está inserido em nosso ordenamento jurídico e é uma regra de tratamento.

André Nicolitt refere-se ao fato de que, muito embora sobre o aquele indivíduo recaiam as suspeitas, enquanto o processo não for resolvido ele haverá de ser tratado como inocente.

Concluimos o presente trabalho chamando atenção para a responsabilidade que possuem os meios de comunicação ao transmitirem as informações, notadamente, durante investigações e processos judiciais, pois estas notícias atingem diretamente as partes envolvidas, daí porque não devem estar imbuídas de juízo de valor, de recursos linguísticos que denotem uma tendência à conclusão do caso, sob pena de se retirar a possibilidade do conhecimento das provas e das circunstâncias do caso, que é objeto de exposição e debate em plenário, para somente após firmar-se uma convicção sobre o caso.

REFERÊNCIAS



BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br.htm>. Acesso em: 14 abr. 2013.

CASTRO, Kátia Duarte de. *O júri como instrumento do controle social*. Porto Alegre: Safe – Fabris, 1999.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

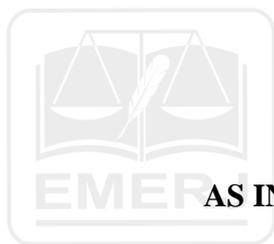
NETO, Manoel Jorge E Silva. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri – Contradições e soluções*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.



AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.129/2015 NA LEI DE ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Guilherme Mendes Larghi

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo: As relações do Direito Administrativo estão em constante evolução. A aplicação de meios alternativos de solução de controvérsias, sobretudo a arbitragem – instituto considerado do direito privado –, outrora alijado do direito público, ante a indisponibilidade do interesse público, hoje ganha força no âmbito da Administração Pública. A Lei nº 9.307/96, regulamentadora da arbitragem, recentemente sofreu significativas alterações pela Lei nº 13.129/2015, dando força de lei a entendimentos consagrados na doutrina e na jurisprudência, além de outras inovações, de modo a atrair o interesse das partes à desjudicialização dos conflitos. O objetivo do presente trabalho é analisar, sob a ótica da Administração Pública, as mudanças promovidas pelo diploma alterador.

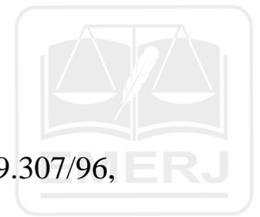
Palavras-Chave: Direito Administrativo. Lei de Arbitragem. Lei nº 9.307/96. Lei nº 13.129/15. Arbitragem. Administração Pública. Contratos Administrativos.

Sumário: Introdução. 1. A arbitragem sob a ótica principiológica do direito administrativo brasileiro. 2. A concessão de tutelas cautelares e a nova sistemática da Lei nº 13.129/2015. 3. Arbitrabilidade objetiva e subjetiva: limites e possibilidades. 4. Outras inovações trazidas pela Lei nº 13.129/2015. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a instituição da arbitragem no âmbito do direito administrativo, sobretudo sob a ótica de suas limitações legais, de acordo com a Lei nº 13.129, promulgada em 26 de maio de 2015, que trouxe profundas alterações à Lei 9.307/96.

A arbitragem, meio alternativo de solução de controvérsias, voltou a ganhar força nas últimas décadas do século XX, em razão do processo de globalização e em função do iminente colapso do Poder Judiciário para o qual se caminha. O protagonismo judicial – do qual o ativismo jurídico faz parte –, decorrente da inércia ou da inefetividade dos demais poderes em promoverem suas pautas, faz com que todos os anseios da sociedade recaiam sobre o Poder Judiciário, sobrecarregando-o com matérias que não seriam, em princípio, de sua competência.



Em 26 de maio de 2015, foi promulgada a Lei nº 13.129, alterando a Lei 9.307/96, ampliando as hipóteses de aplicação da arbitragem, bem como regulamentando a concessão, manutenção e revogação de tutelas cautelares e de urgência, além de outras inovações, como a criação da carta arbitral e a sentença arbitral parcial.

Justifica-se, assim, a escolha da Lei 13.129/15 por trazer profundas alterações à Lei de Arbitragem. Por seu turno, justifica-se a escolha do direito administrativo ante o interesse público envolvido que, direta ou indiretamente, submete todas as pessoas aos seus ditames, especialmente no que toca à adoção de políticas públicas, onde, para efetivação dessas, por diversas vezes são celebrados convênios e contratos com entes privados.

No primeiro capítulo, será abordada arbitragem enquanto instituto, com breve histórico evolutivo e sua adequação aos princípios constitucionais expressos e implícitos. O capítulo seguinte traz um dos pontos nodais da arbitragem e que carecia de positivação: a concessão de medidas cautelares, as quais dependem, em muitos casos, do Poder Judiciário para sua efetivação, em razão do aparato coercitivo deste. O terceiro capítulo trata da arbitrabilidade que, em pouquíssimas palavras, pode ser considerada como a possibilidade de submeter determinada pessoa, objeto e matéria ao juízo arbitral, versando sobre seus limites e possibilidades na esfera administrativa. Por derradeiro, são elencadas outras inovações à Lei da Arbitragem, não menos importantes, sobre sentença parcial, prescrição, carta arbitral, as vedações à arbitragem sigilosa ou por equidade quando celebrada por pessoa jurídica de direito público.

Para tanto, o trabalho utiliza pesquisa feita com a metodologia do tipo bibliográfica, com base em doutrina nacional, além de referências jurisprudenciais, emanadas dos Tribunais Superiores brasileiros.



1. A ARBITRAGEM SOB A ÓTICA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988 consagra a matriz axiológica dos princípios da atuação da Administração Pública, sem esgotá-los, devendo serem observados por todos os entes federativos e suas respectivas pessoas administrativas. Tais princípios são chamados expressos, exatamente por sua previsão constitucional explícita.

Outrossim, há princípios que, a despeito de não estarem positivados, possuem a mesma relevância e obrigatoriedade de observância, sendo tratados como princípios reconhecidos.

Dentre os princípios previstos na Carta Magna se enquadram: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Enquanto se destacam, dentre os implícitos, os seguintes princípios: supremacia do interesse público, autotutela, indisponibilidade, razoabilidade, proporcionalidade, proteção à confiança (ou segurança jurídica), sindicabilidade, continuidade dos serviços públicos e precaução. De todos esses, será destacado tão somente o princípio da legalidade administrativa, em razão da exiguidade do presente trabalho, bem como porque permeia todos os demais.

O princípio da legalidade administrativa, como é chamado pela doutrina administrativista¹, por longo período foi o argumento base da doutrina contrária à adoção do juízo arbitral para a solução de controvérsias envolvendo a administração pública. Isso porque, como é cediço, a atuação do Poder Público impende de autorização legal e, na falta dessa, ao ente público somente restaria recorrer ao Poder Judiciário para a solução de suas controvérsias.

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 62.



Não obstante o sedutor argumento acima, prevaleceu a vertente² favorável à arbitragem. O fundamento estaria na interpretação do art. 1º da Lei nº 9.307/96, segundo o qual “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. De fato, o Poder Público é parte capaz para contratar e possui determinados direitos patrimoniais disponíveis, pelo que poderia instituir cláusula compromissória nesses casos. Ademais, em 2001, a Lei 9.307/96 – Lei da Arbitragem teve sua constitucionalidade declarada, pelo Supremo Tribunal Federal³, e reforçada, também, com a adesão pelo governo brasileiro à Convenção de Nova Iorque de 1958, no ano de 2002.

Com efeito, diante do reconhecimento doutrinário e jurisprudencial da ausência de óbice à celebração de convenção arbitral por parte da Administração Pública, faltava tão somente a norma prever. A Lei nº 13.129/2015, então, não apenas solucionou a questão, como trouxe outras inovações.

2. A CONCESSÃO DE TUTELAS CAUTELARES E A NOVA SISTEMÁTICA DA LEI 13.129/2015.

As tutelas cautelares podem ser pleiteadas de forma autônoma, por meio de um processo cautelar preparatório, ou por via incidental, isso é, no curso do processo principal já iniciado. O provimento judicial não será exauriente, e sim sumário, porque a decisão será proferida de forma mais expedita por basear-se em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, ou seja, em indício do direito alegado e no perigo de perda da efetividade em razão da demora.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1012.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5.206 AgR/EP – Espanha. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SE%24%2ESCLA%2E+E+5206%2ENUME%2E%29+OU+%28SE%2EACMS%2E+ADJ2+5206%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b596o6e>>. Acesso em: 27 out. 2015.



A concessão de tutelas cautelares e de urgência também faz parte do microsistema de arbitragem, com ampla aceitação da doutrina e da jurisprudência, por consagrar os preceitos do direito processual civil brasileiro, de onde se infere a competência do Tribunal Arbitral contratado para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes envolvidas no conflito, visto que o poder é inerente ao compromisso arbitral, estando expressamente previsto no art. 22 da Lei nº 9.307/96.

Conforme leciona Pedro Batista Martins⁴, quando as partes celebram o compromisso:

[...] conferem ao árbitro a competência e o poder para resolver todas as questões atinentes à espécie, assumindo este o dever de zelar para que as partes não sejam prejudicadas nos seus direitos, o que inclui, obviamente, a competência para determinar medidas cautelares.

Até a entrada em vigor da Lei nº 13.129/15, a lei brasileira de arbitragem somente dispunha que, havendo necessidade de tutela cautelar, a parte poderia se dirigir ao Tribunal já instituído, o qual concederia a medida, quando presentes os requisitos para tanto.

Em caso de resistência da parte a quem a medida seria dirigida, o árbitro solicitaria ao Judiciário sua concretização, pois não possui o juízo arbitral o poder de *imperium*.

Não obstante tal situação fosse clara, a redação original da Lei de Arbitragem não trazia a previsão da possibilidade de concessão de tutelas cautelares e de urgência na pendência de instauração do juízo arbitral. O C. Superior Tribunal de Justiça, então, firmou jurisprudência para declarar a competência do Poder Judiciário para a concessão de medida que tenha por escopo garantir o resultado útil do procedimento arbitral, suprimindo a lacuna legislativa⁵. Veja:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO.

1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo

⁴ MARTINS, Pedro Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro, In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 357-382.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.297.974/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271297974%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271297974%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271297974%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271297974%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 27 out. 2015.



resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*.

2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.

3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.

4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012)

Assim, na pendência da constituição do tribunal arbitral, a parte poderia se socorrer do Judiciário para solicitar tais medidas. Constituído o tribunal, a ele deveriam ser remetidos os autos da medida cautelar, para que se decidisse sobre a sua manutenção, modificação ou revogação.

Julgada procedente a ação de instalação de arbitragem, os efeitos da tutela cautelar deferida pelo Poder Judiciário se esvairiam com o esgotamento da esfera jurisdicional, mediante a instauração do procedimento arbitral. Caso a ação anterior fosse julgada improcedente, os efeitos da tutela cautelar concedida permaneceriam até o trânsito em julgado desta.

A sistemática trazida pela Lei nº 13.129/2015⁶ – art. 22-A e art. 22-B – revela consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer diretamente ao Poder Judiciário para pleitear a concessão de tutela de urgência ou cautelar. Uma vez concedida, caberá à parte beneficiária requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, a fim de manter a eficácia da medida. *In verbis*:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

⁶ BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.



Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.”

Outrossim, uma vez concedida a medida pelo órgão jurisdicional do Estado, a instalação do juízo arbitral desloca a competência para si, podendo mantê-la, modificá-la ou revogá-la. Ainda que o dispositivo seja omissivo, a reanálise da medida deve ser precedida de pedido da parte interessada, não devendo ser objeto de atuação *ex officio*.

A Administração Pública poderá se utilizar das aludidas medidas, sem qualquer ressalva, observando os procedimentos e requisitos.

3. ARBITRABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA: LIMITES E POSSIBILIDADES.

Como outrora afirmado no presente estudo, o Estado brasileiro pode, em determinadas situações, instituir a arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos, rejeitando a judicialização da celeuma. A análise da possibilidade, sob o prisma de condição de validade, de levar a disputa ao juízo arbitral é o que se chama de arbitrabilidade.

A arbitrabilidade foi precisamente definida na lição de Jacob Dolinger e Cármen Tibúrcio, segundo os quais:

[...] Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição – aplicação da lei ao caso concreto – é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção arbitral e conseqüentemente da competência dos árbitros.⁷

⁷ DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. In: *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 231.



Para melhor compreensão do instituto, a doutrina o subdividiu em arbitralidade subjetiva e arbitralidade objetiva.

A arbitralidade subjetiva foca no sujeito, ou seja, visa a identificar quem pode se submeter à arbitragem, enquanto a arbitralidade objetiva analisa o objeto do conflito, ou seja, estabelece quais matérias podem ser resolvidas no juízo arbitral.

Remetendo-se acerca da evolução do instituto da arbitragem no direito brasileiro anteriormente apresentado, sobretudo após a edição da Lei nº 13.129/2015, tem-se que a arbitralidade subjetiva não gera, atualmente, grandes controvérsias.

Isso porque o aludido meio alternativo de solução de conflitos é amplamente aceito na administração direta ou indireta, sejam elas entes federativos, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, entre outras. Assim, denota-se que o Poder Público é parte legítima para firmar compromisso arbitral e cláusula arbitral.

A problemática surge quando se trata da arbitralidade objetiva, que corresponde aos limites de utilização da arbitragem.

No campo do direito privado, o art. 852 do Código Civil restringe, aos particulares, o juízo às causas que não envolvam questões de estado, de direito pessoal, de direito de família ou sucessório e as demais que não versem exclusivamente sobre direitos patrimoniais.

Percebe-se, com nitidez, a preocupação do legislador em proteger os direitos indisponíveis, excetuando-os à solução por juízo arbitral.

De semelhante maneira, com o Poder Público não poderia ser diferente.

Desde os primeiros doutrinadores – quando a legislação ainda era silente – favoráveis à arbitragem para causas envolvendo a Administração Pública, cabimento da arbitragem foi considerado restrito às demandas acerca de direitos patrimoniais disponíveis.

Muito se deve ao fato de que a Administração Pública deve ser guiada pelo princípio da supremacia do interesse público, ainda que, atualmente, esse seja mitigado por parte da



doutrina⁸. Segundo o princípio citado, a atuação do Poder Público deverá ter, como finalidade última, o interesse público, o qual pode ser entendido como um interesse comum a todo o grupo social, considerando individualmente cada pessoa, e que representa o ideal de bem-estar e segurança esperados.

Os direitos patrimoniais disponíveis passíveis de arbitragem passaram a ser elencados como aqueles decorrentes de contratos celebrados pelo Poder Público – ainda que, em um contrato, nem todas as cláusulas da avença possam ser levadas ao juízo arbitral –, seja com outros entes públicos, particulares ou até mesmo em parcerias⁹. Passou-se a associar, então, o cabimento da arbitragem à existência de um contrato, tanto que é comum os livros de Direito Administrativo não tratarem do tema com outras possibilidades, mas tão somente a arbitragem nos contratos administrativos.

O Projeto de Lei nº 7.108/2014, da Câmara dos Deputados, do qual originou a Lei nº 13.129/2015, trazia a previsão que autorizava a instituição de arbitragem nos “contratos administrativos” o que, no entanto, foi objeto de emenda e, conseqüentemente, retirado.

Percebe-se, com isso, a preocupação do legislador em ampliar a utilização do meio alternativo de solução de controvérsias, não restringindo às demandas envolvendo contratos administrativos.

⁸ Segundo Gustavo Binenbojm: “Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de interesse público, como conjunto de ‘interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária do Direito).’ O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade”. BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade. in: *Direito Administrativo*. Série Direito em Foco. Niterói: Impetus, 2005, p. 74.

⁹ A Lei nº 11.079/04, que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada, prevê, expressamente, no inciso III do art. 11, a possibilidade de “emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307/1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.



De acordo com a redação dada ao §1º-A do art. 1º da Lei nº 9.307/96¹⁰, introduzido pela Lei nº 13.129/2015, “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Conclui-se, então, que não são apenas os contratos administrativos que versam acerca de direitos patrimoniais disponíveis.

Naturalmente, surge, com a afirmação acima, a pergunta: quais seriam as outras hipóteses de cabimento?

O problema está em encaixar cada hipótese à tênue linha que separa os direitos patrimoniais disponíveis aos indisponíveis. Relembre-se que os direitos patrimoniais disponíveis podem ser definidos como aqueles sujeitos à transação, por parte do Poder Público.

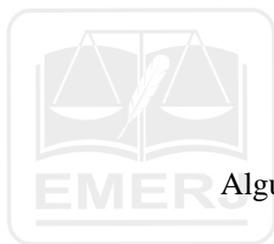
Assim, não haveria óbice à inclusão de cláusula compromissória, por exemplo, em autorização de uso de bens público feita pela Administração Pública ao particular. A autorização, ato discricionário e precário, manifesta o consentimento da Administração de que o particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse. O raciocínio em questão também abrange a permissão de uso, por também ser ato administrativo não negocial relacionado ao uso de bem público.

3. OUTRAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.129/2015

Como se pode perceber, a Lei nº 13.129/2015 trouxe uma série de inovações ao sistema arbitral brasileiro. Todavia, verifica-se, também, que grande parte do que foi incluído ou alterado na Lei 9.307/96¹¹, já era de aceitação doutrinária e jurisprudencial.

¹⁰ BRASIL, op. cit., 6.

¹¹ _____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 23 out. 2015.



Algumas mudanças podem significar enorme avanço à adoção do procedimento alternativo de solução de controvérsias, outras podem causar receio, como se verá. Tendo sido abordados, anteriormente, os dois principais pontos de interesse do presente artigo – a possibilidade de arbitragem envolvendo a Administração Pública e a concessão de tutelas cautelares e de urgência no procedimento arbitral –, foca-se, a partir de agora, nas demais mudanças.

A primeira a ser citada é a possibilidade de prolação de sentenças arbitrais parciais (art. 23, §1º da Lei 9.307/96¹²). De fato, a possibilidade de sentença parcial em juízo arbitral era aceita por ausência de vedação no ordenamento jurídico, sobretudo porque o Código de Processo Civil de 1973 admite a sentença que não resolva todo o mérito da demanda. No entanto, como o escopo do presente trabalho é a arbitragem no âmbito da Administração Pública, tem-se que o preceito não seria aplicável, em razão do princípio da legalidade estrita, segundo o qual o Poder Público somente pode fazer o que a lei permite.

No entanto, com a entrada em vigor, em 26 de julho de 2015, da Lei nº 13.129/2015¹³, não restam dúvidas acerca do cabimento da prolação de sentenças parciais de mérito em juízo arbitral, por ter adicionado, ao art. 23, o §1º, segundo o qual “os árbitros poderão proferir sentenças parciais”.

A vantagem de se admitir a sentença arbitral parcial seria a limitação à quantidade de assuntos pendentes que necessitariam de um conjunto fático-probatório mais denso, solucionando as controvérsias à medida que o processo se desenrola. Assim, os pontos incontroversos poderiam ter o mérito resolvido pelo árbitro, sem a necessidade de se aguardar o provimento final.

Outra inovação é a adoção da carta arbitral. A referida carta tem por objetivo otimizar a comunicação entre o juízo arbitral e o Poder Judiciário. A arbitragem, não obstante sua

¹² Ibid.

¹³ BRASIL, op. cit., 6



natureza de jurisdição privada, por vezes necessita de procedimentos do juízo estatal para efetivar determinadas medidas.

Atualmente, quando cada vez mais se fala em dever de cooperação processual, esse não pode se restringir ao Poder Judiciário, internamente. Deve haver um mecanismo de cooperação mútua entre juízo arbitral e juízo estatal, para garantir celeridade e efetividade à arbitragem. E esse mecanismo é a carta arbitral, prevista no art. 22-C da Lei nº 9.307/96¹⁴, por meio da qual o árbitro poderá requerer ao juízo estatal a prática de atos processuais, principalmente coercitivos, por não ter o juízo arbitral essa prerrogativa. Cita-se, como exemplo, a oitiva de testemunhas, a qual pode ser conduzida coercitivamente ao juízo estatal, poder esse que o juízo arbitral não possui. O parágrafo único do artigo acima garante a confidencialidade do conteúdo da carta e do ato, em razão do segredo de justiça.

Uma outra novidade está prevista no art.13, §4º da Lei nº 9.307/96, que trata da escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal. Segundo a nova regra, as partes não estão vinculadas à aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especialidade que limite a escolha dos árbitros à lista apresentada pela corte ou câmara de arbitragem. Com efeito, em caso de impasse e arbitragem multiparte, prevalecerão as normas do regulamento aplicável. Tem-se, portanto, certa liberdade de escolha dos árbitros pelas partes, com vistas a efetivar o princípio da imparcialidade do juízo, o qual não deve ser mitigado, ainda que se trate de procedimento de arbitragem.

Houve, também, a positivação da regra acerca da prescrição em razão da adoção do juízo arbitral. Ao art. 19 da Lei de Arbitragem foi acrescido o §2º, segundo o qual a instituição da arbitragem interrompe a prescrição, semelhante ao previsto no art. 219, §1º do CPC/1973, retroagindo seus efeitos à data do requerimento de instauração. De acordo com o

¹⁴ Ibid.



parágrafo destacado, a interrupção se dará ainda quando for extinta a arbitragem por falta de jurisdição.

Há duas inovações específicas à Administração Pública, previstas no art. 2º, §3º da LA¹⁵, que devem ser analisadas com detimento. Veja a redação do dispositivo:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

A primeira é quanto Arbitragem por equidade e de direito.

Arbitragem por equidade é aquela em que o árbitro decide a controvérsia fora das regras de direito de acordo com seu conhecimento técnico e entendimento. Poderá reduzir os efeitos da lei e decidir de acordo com seu critério de justo. Para que o árbitro possa decidir por equidade as partes devem prévia e expressamente autorizá-lo.

A redação do §3º vedou a adoção da arbitragem por equidade às lides envolvendo o Poder Público. Com efeito, um dos principais argumentos da doutrina favorável à arbitragem, incluindo na Administração Pública, é de que no procedimento arbitral seria um julgamento mais técnico da demanda, porque os árbitros poderiam ser escolhidos dentre um corpo técnico de determinada matéria, o que não é viável na jurisdição estatal, lembrando-se que sempre quem julga é o juiz togado que não necessariamente (para não dizer quase nunca, por sua formação acadêmica ser, em regra, restrita ao direito) tem conhecimento técnico. Ainda que se argumente que o juízo poderá se valer de perícias e pareceres técnicos, o julgamento estará, da mesma maneira, sujeito ao livre convencimento do magistrado.

Ao vedar a arbitragem por equidade – e aqui o legislador demonstrou sua preocupação com a indisponibilidade dos bens públicos e a inafastabilidade do Poder Judiciário – a nova regra minimiza uma das vantagens à contratação de particulares com a Administração Pública. Ou seja, sai de cena o magistrado tradicional com sua decisão pautada no direito e entra o árbitro, ao qual também cabe fundamentar sua decisão em aspectos jurídicos.

¹⁵ Ibid.



A arbitragem de direito não suscita grandes dúvidas. É a resolução da celeuma de acordo com as regras do ordenamento jurídico vigente.

Por fim, há a problemática acerca da publicidade. Em razão dos vultuosos valores decorrentes de contratos sujeitos à arbitragem – lembrando-se que é um procedimento com custos elevados – e da indesejada exposição a terceiros que os litígios judiciais trazem, faculta-se às partes a adoção de sigilo no procedimento arbitral.

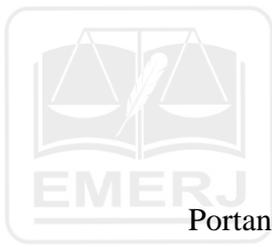
Parte da doutrina¹⁶, em momento anterior à alteração legislativa em voga, justificava o sigilo na arbitragem em que o Poder Público fosse parte com base na mitigação do princípio da publicidade, expresso no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, mediante uma ponderação de que o sigilo não seria inerente à arbitragem.

Certamente, o sigilo não faz parte do procedimento arbitral, não devendo ambos andarem lado a lado, em todos os momentos. Todavia, se há, na Carta da República, previsão de que deverá ser dada publicidade aos atos praticados pelo Estado, como inclusive é feito no âmbito dos contratos administrativos, não deveria ser diferente na arbitragem.

Não há qualquer interesse do Estado no sigilo, tendo em vista que nenhum particular deixará de ter interesse em contratar junto ao Poder Público porque este possui demanda arbitral em que é parte. Ora, é cediço no mundo jurídico que o Estado, em todos os seus níveis, é o maior litigante.

Por outro lado, a adoção de sigilo pelo Estado traria efeito contrário perante a sociedade, a qual reagiria negativamente, por facilitar a adoção de medidas expúrias por parte do Administrador Público. Ou seja, a preocupação do legislador deve estar nos administrados, e não somente naqueles que pretendem contratar com o ente estatal.

¹⁶ Segundo Bernardo Bichara, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, “o sigilo não é próprio da arbitragem, o que de veras avulta como uma idiosincrasia sua é a maleabilidade de conformação do seu processamento que, por consequência, viabiliza a opção, ou não, pela tramitação sigilosa do feito. E se assim o é, não há motivos para impedir a participação do Estado em arbitragens sob essa alegação”. FARIA COELHO, Bernardo Bichara. Breves Considerações Acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. in: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, (68), 2014.



Portanto, entende-se ser acertada a disposição legal que veda a adoção de sigilo no procedimento arbitral.

CONCLUSÃO

A arbitragem é um equivalente jurisdicional há muito utilizado. Sua ideia inicial é bastante simples: o chamamento de um terceiro, com a concordância das partes, não obstante alheio a elas, para dirimir uma controvérsia, devendo sua decisão ser acatada, sem que se possa invocar a jurisdição estatal para impugná-la, salvo em controle de legalidade.

A despeito do princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CR/88), reconhece-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a validade da convenção arbitral acerca de direitos disponíveis. A jurisdição estatal somente poderia intervir em procedimento arbitral para controle da legalidade, desde que provocada, ressaltando-se que a sentença proferida pelo juízo arbitral tem natureza de título executivo extrajudicial.

Nesse contexto, a Lei de Arbitragem, não obstante ter representado grande avanço à época de sua promulgação, deixou de tratar sobre alguns temas.

A adoção da arbitragem pela Administração Pública sempre suscitou dúvidas. Primeiro, acerca de seu cabimento e, posteriormente, sobre quais seriam os seus limites. Doutrina e jurisprudência, então, encarregaram-se de responder a essas questões, ainda que permaneçam algumas dúvidas em relação ao segundo ponto.

E, com base nos avanços produzidos no âmbito acadêmico e dos tribunais, foi editada a Lei nº 13.129/2015, objeto do presente estudo no que tange ao, a qual absorveu tais entendimentos, bem como trouxe outras inovações.

Verificou-se que o direito da Administração Pública firmar convenção de arbitragem foi positivado, limitando-o às causas em que se discutam direitos patrimoniais disponíveis.



Ressaltou-se, também, um acréscimo à sistemática da concessão de cautelares, segundo o qual, uma vez concedida a cautelar, pelo Poder Judiciário, o juízo arbitral, ao ser instituído, deverá se manifestar pela manutenção, ou não, da medida.

Ademais, foram elencadas outras inovações à Lei da Arbitragem, não menos importantes, sobre sentença parcial, prescrição, carta arbitral, as vedações à arbitragem sigilosa ou por equidade quando celebrada por pessoa jurídica de direito público, de onde se evidenciou a preocupação do legislador em estabelecer normas próprias, mais restritivas, ao administrador público que pretenda firmar compromisso arbitral, sem, no entanto, inviabilizá-lo.

Por todo o exposto, conclui-se que a nova lei positivou entendimentos doutrinários e jurisprudenciais consagrados e, também, regras inéditas, com o objetivo de tornar a arbitragem mais atrativa, célere, segura e eficiente, o que resume a intenção daqueles que buscam os meios alternativos de solução de controvérsias, sem olvidar das prerrogativas da Administração Pública.

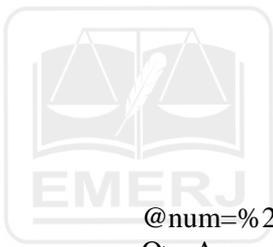
REFERÊNCIAS

BINEJNBOJM, Gustavo. *i*. In WILLEMANN, Flávio de Araújo. Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias Judiciais. p.17 -19. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07ArcodosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf>>. Acesso em 07 out. 2015.

_____, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade. In: *Direito Administrativo*. Série Direito em Foco. Niterói: Impetus, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5.206 AgR/EP – Espanha. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SE%24%2ESCLA%2E+E+5206%2EENUME%2E%29+OU+%28SE%2EACMS%2E+ADJ2+5206%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b596o6e>>. Acesso em: 27 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.297.974/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27RESP%27.clas.+e+](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27RESP%27.clas.+e+)



<num=271297974%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271297974%27.suce.)&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 27 out. 2015.

CARMONA, Carlos Alberto (Org.). *Convenção Arbitragem e Processo Arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. in: *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos Administrativos e Arbitragem*. São Paulo: Elsevier, 2008.

FARIA COELHO, Bernardo Bichara. Breves Considerações Acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. in: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, (68), 2014.

LEMES, Selma Ferreira. *Equivalência da Sentença Arbitral à Sentença Judicial*. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo48.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. *Jurisprudência Brasileira sobre Arbitragem e Sociedade de Economia Mista: uma Lição Pedagógica*. Disponível em:

<<http://selmalemes.adv.br/artigos/Arbitragem%20e%20SEM.%20Jurisprud%C3%Aancia%20Pedag%C3%B3gica.pdf>>. Acesso em 20 out. 2015.

MARTINS, Pedro Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro, in: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; DI SALVO, Sílvia Helena Johnson. *A reforma da lei de arbitragem: análise sobre a autorização do uso da arbitragem pela administração pública direta e indireta*. Disponível em:< http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2013/12/A-REFORMA-DA-LEI-DE-ARBITRAGEM_2013-12-11.pdf>. Acesso em 20 out. 2015.

SALOMÃO, Wiliander França. *A arbitragem na administração pública*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9627&revista_caderno=4>. Acesso em 20 out. 2015.

TIBURCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/AARBITRAGEMDENVOLVENDOADMINISTRACAO PUBLICA.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias Judiciais*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07ArcodosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2014.



A escolha dos parceiros nas organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP's) à luz da Lei n. 13.019/14

Herbert Schulz Figueiredo

Graduado pelo Centro Universitário de Barra Mansa – UBM. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis. Técnico de Atividade Judiciária e Assessor de Desembargador da 27ª Câmara Cível do Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: As Organizações Sociais de Interesse Público (OSCIP's) surgiram no cenário jurídico brasileiro com a Lei n. 9.790/99 por conta de uma alteração estrutural do Estado trazida pela Constituição da República, e passaram a exercer importante função na consecução de atividades de interesse público, terceirizando a atuação estatal por meio de termos de parceria. Recentemente, foi editada a Lei n. 13.019/14, que entre outras coisas, passou a regular a escolha da entidade privada que irá receber verbas públicas, de forma que este trabalho irá contribuir para a correta compreensão desse instrumento jurídico, visando privilegiar as melhores propostas sem descuidar da observância dos princípios que regem a administração pública.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Terceiro Setor. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Sumário: Introdução. 1. As organizações da sociedade civil de interesse público. 2. A escolha dos parceiros na Lei n. 9.790/99. 3. A escolha dos parceiros na lei n. 13.019/14. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda o tema da escolha dos parceiros da Administração Pública no âmbito das OSCIP's – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, analisando a ordem normativa introduzida pela Lei 13.019/14.

No modelo do Estado gerencial previsto pelo legislador constituinte, a escolha das OSCIP's que firmarão termos de parceria com o Estado tem grande importância na busca de concretizar os serviços públicos reclamados pelo interesse social. Em razão da crescente



demanda por serviços públicos e da escassa disponibilidade orçamentária, bem como do reconhecimento da incapacidade de fornecer tais serviços com qualidade, o Estado brasileiro viu-se obrigado a adotar um modelo estrutural de administração que privilegie a iniciativa privada.

A recente inovação normativa trazida pela Lei n. 13.019/14 vem ao encontro dessa preocupação, pois estabeleceu critérios mais claros e rígidos de controle do gasto do dinheiro público, e sua compreensão é fundamental para a correta fiscalização e controle da aplicação destas verbas no atendimento do interesse público.

Assim, far-se-á, no primeiro capítulo, um breve histórico das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's) e uma análise de suas principais características, especialmente quanto à necessidade de observância dos princípios que regem a administração pública. Evoluindo para o segundo capítulo, serão identificados os mecanismos existentes na legislação para escolha das organizações sociais de interesse público até o advento da Lei n. 13.019/14. Finalmente, o terceiro capítulo traçará um paralelo entre a licitação e o chamamento público, esse último instituído pela Lei n. 13.019/14, apontando as principais inovações introduzidas no regime das OSCIP's por esse diploma legal, no que concerne à escolha dos parceiros e celebração dos termos de parcerias.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica da doutrina e da legislação sobre o tema.

1. AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

Mesmo após declínio da ideologia do chamado Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), também conhecido como Estado-providência, um dos grandes desafios do Estado continua sendo a promoção o bem-estar social.



No Brasil, é a própria Constituição de 1988 que estabeleceu como um dos objetivos fundamentais da República Federativa “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, da CRFB/88).

Visando à concretização desse objetivo de forma satisfatória, o legislador constituinte previu uma alteração na estrutura do Estado em seu papel de prestador de serviço, na esteira de um fenômeno global de modernização da gestão política.

Para tanto, erigiu os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, e 170, da CRFB/88), afastando do Estado a exploração direta de qualquer atividade econômica que não seja necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173, da CRFB/88).

No dizer de José dos Santos Carvalho Filho¹:

[...] as antigas fórmulas vêm indicando que o Estado, com o perfil que vinha adotando, envelheceu. Para enfrentar as vicissitudes decorrentes da adequação aos novos modelos exigidos para a melhor execução de suas atividades, algumas providências têm sido adotadas e outros rumos foram tomados, todos alvitando qualificar o Estado como organismo realmente qualificado para o atendimento das necessidades da coletividade.

Como resultado desta alteração estrutural, e reconhecendo sua histórica ineficiência na gestão dos serviços públicos, o Estado moderno busca no setor privado o auxílio para a consecução do interesse público, terceirizando suas atividades.

E o faz numa espécie de privatização, expressão tomada em sentido amplo segundo um dos conceitos apresentados pela professora Di Pietro, para quem “(...) os vários modos de parceria com o setor privado constituem formas de privatizar; e que a própria

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual De Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 376.



desburocratização proposta para algumas atividades da Administração Pública também constitui instrumento de privatização²”.

Neste passo, a Lei n. 9.790/99, chamada por alguns de marco legal do terceiro setor³, criou a figura das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's), materializando a parceria que o Estado busca na iniciativa privada, mediante a celebração dos chamados “termos de parceria”, por meio dos quais transfere recursos públicos que viabilizam a realização das atividades de interesse social.

O designativo OSCIP não foi concebido como nova espécie de pessoa jurídica, tratando-se de simples qualificação jurídica (entre tantas outras⁴) dada pelo Poder Público a entidades privadas, sem fins lucrativos, que desempenham atividades consideradas de interesse público, de forma a lhes permitir firmar termos de parceria.

Pode-se extrair da Lei n. 9.790/99 as seguintes características das organizações da sociedade civil de interesse público:

a) são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujo conceito vem especificado na lei (artigo 1º, caput e § 1º);

b) têm objetivos sociais cujas finalidades devem estar elencadas na lei, dentre as quais podemos citar, exemplificativamente, a assistência social e a promoção gratuita de educação e saúde (artigos 1º e 3º);

c) devem ser regidas por normas estatutárias que contemplem os requisitos previstos em lei, valendo destacar a necessária observância dos princípios que regem a administração

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20.

³ Para melhor compreensão da expressão, ver Id. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 500/501, e JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 37.

⁴ “Cada título possui uma legislação específica e pré-requisitos que devem ser cumpridos pela organização interessada em obtê-lo. Os títulos podem ser obtidos nas esferas federal, estadual e municipal. No âmbito federal tem-se o Título de Utilidade Pública Federal (UPF) datada de 1935, o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), Antigo certificado de fins filantrópicos, o Título de Organização Social (OS) originado em 1998 e a Qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), de 1999”. ZAPE, Katiane Lucia. *Dez Anos da Lei de OSCIP: Reflexões Sobre Algumas de Suas Fragilidades*. Disponível em: <<http://d.yimg.com/kq/groups/22325480/1599432751/name/DEZ+ANOS+DA+LEI+DE+OSCIP+REFLEX+%C3%95ES+SOBRE+ALGUMAS+DE+SUAS+FR...>>. Acesso em: 8 out 2014.



pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência), e a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos ao Tribunal de Contas (artigos 1º e 4º, especialmente os incisos I e VII);

d) não podem estar elencadas no rol de pessoas que não são passíveis de qualificação (artigo 2º), ainda que se dediquem ao exercício das atividades de interesse público relacionadas no artigo 3º.

Deve ainda ser ressaltado que o preenchimento dos requisitos previstos em lei torna vinculado o ato de outorga da qualificação (artigo 1º, § 2º), mas não confere à OSCIP, por si só, o direito de firmar termos de parceria (artigo 9º).

Questão interessante diz respeito à possibilidade de os Estados e Municípios firmarem termos de parceria com base na Lei n. 9.790/99, na medida em que o certificado de qualificação é concedido pela União, por meio do Ministério da Justiça (artigo 5º). A professora Di Pietro acena positivamente à indagação, mesmo afirmando que a Lei n. 9.790/99 não tem aplicação obrigatória aos Estados e Municípios⁵:

Da mesma forma que os títulos de utilidade pública e organização social, para serem outorgados, dependem de lei de cada ente da federação, também a qualificação de Oscip está sujeita à mesma exigência. União, Estados e Municípios exercem o fomento em suas respectivas áreas de atuação. Cada qual tem competência própria para estabelecer os requisitos para essa finalidade, que não têm que ser iguais aos da lei federal. Isto, contudo, não impede Estados e Municípios de firmarem ajustes com as Oscips qualificadas pela União.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, após 10 anos de vigência da lei federal, foi editada a Lei n. 5.501/09, regulamentando a certificação de pessoas jurídicas de direito privado pelo próprio Estado. A norma estadual trouxe alguns regramentos próprios, que se somam àqueles já mencionadas na lei nacional, valendo destacar o fato de que a entidade, para obter a qualificação, deve possuir, no mínimo, 2 anos de existência, e comprovar

⁵ DI PIETRO, op. cit., 2011, p. 517-518.



experiência mínima também de 2 anos no desempenho das atividades de interesse público indicadas pelo legislador (artigo 3º, §§ 3º e 4º, Lei Estadual n. 5.501/09).

2. A ESCOLHA DOS PARCEIROS NA LEI N. 9.790/99

Como visto, ao firmar termos de parceria com o Estado, as OSCIP's podem receber verbas públicas para a consecução das atividades de interesse público almejadas pelo Estado, razão pela qual é de se questionar se a escolha do parceiro e a consequente transferência de recursos deve ser precedida de licitação, vale dizer, se é aplicável ao caso a norma do art. 37, II, da Constituição da República⁶, que assim dispõe:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Seguindo a classificação proposta por José Afonso da Silva⁷, pode-se afirmar que essa norma constitucional tem eficácia contida ou contível, ou seja, é norma que tem eficácia plena, mas pode ter seu alcance limitado pela legislação ordinária, a qual pode estabelecer exceções ao texto constitucional (“ressalvados os casos especificados na legislação”).

Apesar de a legislação infraconstitucional não fazer qualquer ressalva – fato que poderia conduzir à conclusão de que a licitação é obrigatória, também, para a celebração dos termos de parceria –, a doutrina nunca foi unânime a respeito do tema, embora, na prática, nunca se tenha exigido a realização de licitação.

⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 mai. 2015

⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81 e 82.



Com efeito, até o advento da Lei n. 13.019/14, de 31 jul. 2014 – cuja entrada em vigor está prevista para 540 dias após a data da publicação da lei (a redação inicial do art. 89 previa uma *vacatio legis* de apenas 90 dias) –, a doutrina mais abalizada entendia não ser necessária a realização de licitação para escolha dos parceiros no âmbito das OSCIP's, apesar do silêncio da legislação a respeito do tema até então vigente – Leis n. 8.666/93 e 9.790/99.

Para José dos Santos Carvalho Filho⁸, os Termos de Parceria qualificam-se como verdadeiros convênios administrativos, nos quais as partes convergem para um interesse comum e visam à mútua cooperação, figuras que não comportam a exigência de licitação. Comentando sobre o artigo 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93, que prevê a dispensa de licitação para a celebração de contratos de gestão com as organizações sociais (chamadas O.S.'s), o citado autor ensinava⁹:

Conquanto o Estatuto não as tenha mencionado [as OSCIPs], incide a norma em foco sobre eventuais contratos – denominados na lei de termos de parceria – celebrados entre o ente federativo e as pessoas que tenham recebido a referida qualificação: será direta a contratação dos serviços decorrentes do ajuste principal, sendo, pois, dispensada a licitação.

De forma semelhante, a professora Di Pietro¹⁰ lecionava que os termos de parceria não têm natureza contratual, “assemelhando-se muito mais aos convênios tradicionalmente celebrados entre o Poder Público e entidades privadas para formalizar o fomento”, e que por se tratar de vínculos que visam a interesses comuns, não estão sujeitos à obrigatoriedade de licitação¹¹.

Em sentido contrário, Justen Filho¹² sustenta:

⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 390.

⁹ Ibid., p. 278.

¹⁰ DI PIETRO, op. cit., 2002, p. 219.

¹¹ “O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei n. 8.666, de 1993, quando, no art. 116, caput, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos arts. 1º e 2º.” Ibid., p. 189.

¹² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 40-41.



É obrigatória a adoção de procedimento licitatório para a realização tanto do contrato de gestão como do termo de parceria. Não é facultado à Administração escolher, sem prévio procedimento licitatório, uma determinada organização da sociedade civil para realizar um “termo de parceria” e, a partir daí, atribuir-lhe recursos para contratações as mais diversas não subordinadas a licitação. Isso seria a porta aberta para a fraude e a destruição da regra constitucional da obrigatoriedade da licitação. Bastaria a própria Administração produzir o nascimento de uma “organização”, submetida a seu estrito controle, e dela se valer para realizar todo o tipo de contratação sem prévia licitação.

Entretanto, o autor pondera que o regime jurídico aplicável aos termos de parceria dependerá da análise de sua natureza jurídica, pois “a seleção de um particular para participar de um contrato de gestão (com organização social) ou de um termo de parceria (OSCIP) não dependerá de licitação na medida em que se configurar efetiva e realmente um convênio”¹³. Remetendo a análise do tema aos seus comentários sobre os contratos de gestão, o referido autor ensina¹⁴:

É problemático definir, em termos abstratos, a natureza jurídica do contrato de gestão [e do termo de parceria]. Até se poderia reconhecer figura similar ao “convênio”. É que as partes, no contrato de gestão [e no termo de parceria], não têm interesses contrapostos. Não se trata de submeter parcialmente o interesse próprio a um sacrifício para obter benefícios egoísticos ou vantagens consistentes na redução do patrimônio alheio. Trata-se, muito mais, de contratos organizacionais ou associativos, pelos quais diversos sujeitos estruturam deveres e direitos em face de interesses comuns. Considerando a questão com maior meditação, afigura-se que a[s] expressão[ões] “contrato de gestão” [e “termo de parceria”] pode[m] comportar inúmeras figuras jurídicas, da mais diversa natureza. Ou seja, não é possível reconhecer que contrato de gestão [e termo de parceria] apresente[m] natureza jurídica própria e autônoma. Em alguns casos, nem ato jurídico bilateral existirá – ou seja, nem contrato se configurará. Poderá dar-se uma forma de convênio, mas nada impede que se reconheça uma existência de um contrato. Logo, é imperioso verificar a natureza jurídica do ato pactuado sob a denominação de contrato de gestão [ou termo de parceria]. O regime jurídico aplicável dependerá da identificação do substrato da relação jurídica pactuada.

Assim, para esse autor, a obrigatoriedade ou não de licitação dependeria de cuidadosa análise do pacto celebrado entre o Poder Público e o particular, de forma que não seria possível, *a priori*, determinar a necessidade de observância de procedimento licitatório

¹³ Ibid., p. 41.

¹⁴ Ibid., p. 39.



como pressuposto para a seleção da organização social pela Administração. E isto se torna mais claro quando há “uma pluralidade de particulares em situação equivalente, cada qual propondo soluções distintas e excludentes para a utilização de recursos públicos escassos¹⁵”.

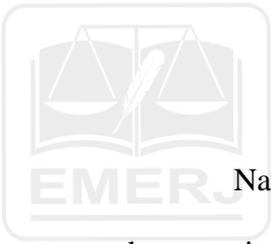
Em qualquer caso, deve-se destacar que a manipulação de recursos públicos pela entidade privada acarreta sua sujeição à fiscalização do Tribunal de Contas do ente que realizou o repasse de verbas, sem prejuízo da responsabilização de seus diretores ou da entidade, a ser buscada pelo Ministério Público perante o Poder Judiciário (art. 13 da Lei n. 9.790/99).

Entretanto, apesar da inexigibilidade de licitação, os Decretos n. 3.100/99 e 6.170/07 – que regulamentam, respectivamente, a Lei n. 9.790/99 e a transferência de recursos da União mediante convênios, contratos de repasse e termos de cooperação – previam a possibilidade (uma faculdade, portanto) de realização prévia de “concurso de projetos” e “chamamento público” visando à seleção do projeto e escolha da OSCIP para celebração do Termo de Parceria.

Embora não se trate propriamente de licitação, muito dos procedimentos previstos nesses regulamentos se assemelham aos da Lei de Licitações, como a necessidade de publicação de edital com requisitos específicos, a indicação objetiva dos critérios de seleção, desqualificação, e pontuação dos projetos apresentados; além da necessária observância aos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade (artigos 23-31 do Decreto n. 3.100/99 e artigo 11 do Decreto n. 6.170/07).

Já o Decreto n. 7.568/07, que alterou dispositivos dos Decretos n. 3.100/99 e 6.170/07, passou a prever a obrigatoriedade de realização de tais procedimentos, sepultando qualquer dúvida que pudesse surgir quanto à forma de escolha do parceiro, regra que somente poderia ser excepcionada em situações especiais taxativamente previstas.

¹⁵ Ibidem, p. 41.



Nada obstante, além de não tratarem de forma detalhada os mecanismos de escolha dos parceiros, essas normas regulamentares têm aplicabilidade restrita ao âmbito federal, de sorte que os demais entes federativos – 26 Estados e Distrito Federal, e 5.570 Municípios – podem adotar, livremente, outros procedimentos.

Dessa forma, a inexistência de uma regra matriz que estabeleça normas gerais acabou por permitir uma profusão legislativa nas diversas esferas da República, além de deixar a regulamentação de uma matéria tão importante como essa à mercê da vontade política de cada ente federativo.

3. A ESCOLHA DOS PARCEIROS NA LEI N. 13.019/14

Em 1º de agosto de 2014 foi publicada a Lei n. 13.019/14 que, entre outras coisas, estabeleceu o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não a transferência de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil; e definiu as diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil.

Conforme mencionado, embora a redação original da lei tenha previsto uma *vacatio* de 90 dias, esse prazo foi sucessivamente ampliado para 360 dias, pela Medida Provisória n. 658, de 2014, convertida pela Lei n. 13.102/15; e posteriormente para 540 dias, pela Medida Provisória n. 684, de 2015, protraindo a entrada em vigor da Lei n. 13.019/14.

Esse destaque se faz necessário para que se compreenda a importância dessa lei e a repercussão jurídica e social que ela pode ter no terceiro setor, consolidando uma política de “terceirização” de atividades estatais, em razão da crescente demanda por serviços públicos aliada à incapacidade estatal de satisfazer os direitos sociais prestacionais.



De acordo com a Lei n. 13.019/14, as parcerias voluntárias deverão ser firmadas por meio de termos de colaboração ou termos de fomento, a depender de quem propõe a realização das parcerias: os primeiros decorrem de proposta da administração pública, enquanto que os segundos são formalizados por proposta das organizações da sociedade civil (artigo 2º, VII e VIII).

Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira (informação verbal)¹⁶, essa diferenciação legal não tem qualquer relevância prática ou jurídica, na medida em que ambos os instrumentos – termos de colaboração e termos de fomento – têm o mesmo objetivo: formalizar parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos. Ademais, segundo o preclaro mestre carioca, a formalização tanto dos termos de colaboração quanto dos termos de fomento se submete às mesmas exigências legais, inclusive e especialmente no que concerne à necessidade da realização prévia de chamamento público destinado a selecionar organização da sociedade civil que irá firmar a parceria.

De qualquer sorte, no que interessa ao escopo desse trabalho, ambas as figuras se aplicam às organizações da sociedade civil de interesse público regidas pelos termos de parceria, previstos na Lei n. 9.790/99, conforme expressamente dispõe o art. 4º¹⁷.

Note-se que essa classificação legal não cria novos instrumentos jurídicos a par do já existente “termo de parceria” previsto no art. 9º da Lei n. 9.790/99¹⁸, mas apenas especifica – ainda que sem qualquer utilidade – o gênero termo de parceria, a depender da iniciativa da proposta.

¹⁶ A LEI das parcerias voluntárias e o processo de chamamento público: impacto e regulamentação nos estados e municípios da lei 13.019/2014. Palestrante: Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/tvdireito/rafael-carvalho-rezende-oliveira/a-lei-das-parcerias-voluntarias-e-o-processo-de-chamamento-publico-impacto-e-regulamentacao-nos-estados-e-municipios-da-lei-130192014>>. Acesso em 15 abr. 2015.

¹⁷ Art. 4º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às relações da administração pública com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, de que trata a Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, regidas por termos de parceria.

¹⁸ Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.



Em qualquer caso, a escolha do parceiro que irá celebrar o termo de parceria deve ser precedida, como visto, da realização de “chamamento público”, que guarda forte semelhança com o instrumento de mesmo nome outrora regulamentado pelo Decreto n. 6.170/07, que regulamentou a Lei n. 9.790/99, já mencionado anteriormente. Aliás, essa é a nomenclatura da qual a legislação comumente se utiliza quando faz referência à necessidade de a Administração Pública convocar particulares para cadastramento ou realização de acordos¹⁹, casos em que a licitação é inexigível.

Seguindo a conceituação legal (art. 2º, XII, da Lei n. 13.019/14), o chamamento público é o “procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”; o qual está disciplinado nos artigos 23 a 32 da Lei 13.019/14.

Comparando essa definição com o conceito legal de licitação (art. 3º da Lei n. 8.666/93), percebe-se que a única diferença existente entre eles é que, na licitação, busca-se, também, “a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, o que não ocorre no chamamento público. E isso não deve causar admiração, porque a única diferença entre os procedimentos é que, na licitação, o interesse da Administração prepondera sobre o interesse particular, enquanto que no termo de parceria há convergência de interesses para um mesmo fim.

Dessa forma, embora o art. 84 da Lei n. 13.019/14 disponha que não se aplica às relações de fomento e de colaboração o disposto na Lei n. 8.666/1993, deve-se ter em mente que o vetor axiológico-interpretativo de ambas as leis é o mesmo.

¹⁹ No sentido do texto, *vide* art. 34, § 1º, da Lei n. 8.666/93; art. 91, § 3º, da Lei n. 9.472/97; art. 12, § 6º, V, da Lei 11.124/05 (chamada pública); e art. 3º e 4º, do Decreto 8.428/15.



Assim como já ocorria em âmbito federal, por força do Decreto n. 6.170/07, a Lei n. 13.019/14 tornou o chamamento público obrigatório para a celebração de qualquer modalidade de parceria (art. 24), somente podendo ser preterido nas hipóteses expressamente previstas nos artigos 30 e 31, que tratam das figuras da dispensa e inexigibilidade do chamamento público²⁰, e desde que detalhadamente justificado pelo administrador público (art. 32). Trata-se de disposições que, *mutatis mutandis*, muito se assemelham às aquelas previstas na Lei de Licitações (artigos 24 e 25 da Lei n. 8.666/93).

O edital de chamamento público é detalhado no art. 24 da Lei n. 13.019/14²¹, sendo de se destacar que a entidade civil deve possuir, no mínimo, 3 (três) anos de existência, com

²⁰ Art. 30. A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público:

I - no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público realizadas no âmbito de parceria já celebrada, limitada a vigência da nova parceria ao prazo do termo original, desde que atendida a ordem de classificação do chamamento público, mantidas e aceitas as mesmas condições oferecidas pela organização da sociedade civil vencedora do certame;

II - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública, para firmar parceria com organizações da sociedade civil que desenvolvam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, que prestem atendimento direto ao público e que tenham certificação de entidade beneficente de assistência social, nos termos da Lei no 12.101, de 27 de novembro de 2009;

III - quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;

IV - (VETADO).

Art. 31. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho ou quando as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica.

Art. 32. Nas hipóteses dos arts. 30 e 31 desta Lei, a ausência de realização de processo seletivo será detalhadamente justificada pelo administrador público.

§ 1º Sob pena de nulidade do ato de formalização de parceria prevista nesta Lei, o extrato da justificativa previsto no caput deste artigo deverá ser publicado, pelo menos, 5 (cinco) dias antes dessa formalização, em página do sítio oficial da administração pública na internet e, eventualmente, a critério do administrador público, também no meio oficial de publicidade da administração pública, a fim de garantir ampla e efetiva transparência.

§ 2º Admite-se a impugnação à justificativa, desde que apresentada antes da celebração da parceria, cujo teor deve ser analisado pelo administrador público responsável.

§ 3º Havendo fundamento na impugnação, será revogado o ato que declarou a dispensa ou considerou inexigível o chamamento público, e será imediatamente iniciado o procedimento para a realização do chamamento público, conforme o caso.

²¹ Art. 24. Para a celebração das parcerias previstas nesta Lei, a administração pública deverá realizar chamamento público para selecionar organizações da sociedade civil que torne mais eficaz a execução do objeto.

§ 1º O edital do chamamento público especificará, no mínimo:

I - a programação orçamentária que autoriza e fundamenta a celebração da parceria;

II - o tipo de parceria a ser celebrada;

III - o objeto da parceria;

IV - as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas;

V - as datas e os critérios objetivos de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso;

VI - o valor previsto para a realização do objeto;

VII - a exigência de que a organização da sociedade civil possua:



cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ²². Como norma geral que é, derroga as disposições contrárias previstas nas legislações estaduais, como é o caso da Lei Estadual do Rio de Janeiro n. 5.501/09, que previa prazo mínimo de 2 anos para que a entidade privada pudesse firmar termos de parceria com o Estado.

Também merece menção o fato de que a Lei 13.019/14 veda que os atos de convocação admitam, prevejam, incluam, ou tolerem “cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos concorrentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria” (art. 24, § 2º). Mais uma vez, encontramos um paralelo claro com a Lei de Licitações, em seu art. 3º, § 1º, I.

Foi criado, ainda, o “Procedimento de Manifestação de Interesse Social”, previsto nos artigos 18 a 21, por meio do qual “organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que esse avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria” (art. 18).

Segundo João Eduardo Lopes Queiroz²³:

O art. 5º da Lei de Parcerias Voluntárias justifica como fundamento da sua existência a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil e a transparência na aplicação dos recursos públicos. Realmente acaba por se determinar um importante marco para as ações das Organizações Sociais, que agora poderão, além de participar de políticas públicas, propor ao Estado quais políticas públicas elas entendem possuir importância. Assim poderão

a) no mínimo, 3 (três) anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;
b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante;
c) capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades previstas e o cumprimento das metas estabelecidas.

²² Alteração também introduzida no art. 1º, da Lei n. 9.790/99.

²³ QUEIROZ, João Eduardo Lopes. *Principais aspectos do regime jurídico das parcerias voluntárias introduzidos pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014*. Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 87, p. 91-118, set./out. 2014.



as Organizações Sociais sair da passividade que se encontram, para participarem ativamente do processo democrático de participação social.

Trata-se de instrumento que amplia significativamente a possibilidade de participação da sociedade na elaboração de políticas públicas, pois permite que a sociedade civil auxilie o Poder Público na identificação de problemas sociais que demandam a atuação estatal, antecipando a elaboração de políticas públicas que visem à efetiva satisfação do interesse público.

CONCLUSÃO

A atuação da iniciativa privada em colaboração com o Poder Público na execução de serviços públicos não é apenas desejável, mas necessária, seja em razão da grande demanda social e do limitado orçamento de um país de proporções continentais, seja pela dificuldade de gestão da máquina pública.

Neste sentido, as OSCIP's, produtos da modernização do Estado, representam um grande benefício à coletividade, que pode beneficiar-se de serviços que até então não lhe eram prestados.

Entretanto, essa transferência de gestão não pode se dar sem um efetivo controle no emprego do dinheiro público, desde a escolha da entidade com a qual irá firmar o termo de parceria até a execução do seu objeto, pela própria Administração, pelo Tribunal de Contas, e pelo Ministério Público.

A legislação nacional evoluiu quanto ao tema, na medida em que a Lei n. 13.019/14 passou a prever a obrigatoriedade de procedimento de chamamento público para escolha dos parceiros, obrigação essa que se estende a todos os entes federativos, a exemplo do que já ocorria no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.



Aliado a outros instrumentos jurídicos também criados pela lei, o chamamento público veio ao encontro da necessidade de observância dos princípios que regem a administração pública, em modelo similar àquele previsto na Lei n. 8.666/93, que rege os processos licitatórios.

Resta, portanto, aos órgãos de controle, com o auxílio da população beneficiada e de toda a sociedade, fiscalizar a observância dos preceitos legais para punir os maus administradores e as falsas instituições que se utilizam deste importante instrumento para enriquecimento ilícito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 mai. 2015.

_____. Decreto n. 3.100, de 30 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm>. Acesso em 14 mai. 2015.

_____. Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm>. Acesso em 14 mai. 2015.

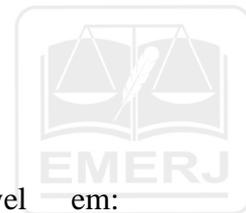
_____. Decreto n. 7.568, de 16 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7568.htm>. Acesso em 14 mai. 2015.

_____. Decreto n. 8.428, de 2 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8428.htm>. Acesso em 16 jun. 2015.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 16 jun. 2015.

_____. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em 16 jun. 2015.

_____. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm>. Acesso em 14 mai. 2015.



_____. Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm>. Acesso em 16 jun. 2015.

_____. Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm>. Acesso em 14 mai. 2015.

_____. Medida Provisória n. 684, de 21 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv684.htm#art1>. Acesso em 31 ago. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

COUTINHO, Frederico de Moraes Andrade; ROMERO, Gerlainne Cristine Diniz; MELO, Iria Pereira de. *Os Desafios do Controle de Resultados nas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP): Um Estudo do Caso de Minas Gerais*. Disponível em: <http://www.seplag.rs.gov.br/upload/Painel_45_Frederico_Coutinho_formatado.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAREZI, Elisabete Roseli. *A Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil: a Criação da Lei das OSCIP (lei 9.790/99)*. 2007. 308 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10482/1265>>. Acesso em 16 abr. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

KUSER, Heitor. *Parcerias com OSCIPS: Não É Tudo Que É Permitido*. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_II_congresso_consad/painel_45/parcerias_com_oscips_nao_e_tudo_que_e_permitido.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2015.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. *Principais aspectos do regime jurídico das parcerias voluntárias introduzidos pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014*. Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 87, p. 91-118, set./out. 2014.

RIO DE JANEIRO. Decreto n. 5.501, de 7 de julho de 2009. Disponível em: <<http://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/818022/lei-5501-09>>. Acesso em 14 mai. 2015.

ZAPE, Katiane Lucia. *Dez Anos da Lei de OSCIP: Reflexões Sobre Algumas de Suas Fragilidades*. Disponível em:



<<http://d.yimg.com/kq/groups/22325480/1599432751/name/DEZ+ANOS+DA+LEI+DE+OS+CIP+REFLEX%C3%95ES+SOBRE+ALGUMAS+DE+SUAS+FR..>>. Acesso em 16 de abril de 2015.



2015

RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO E CONFLITO APARENTE DE NORMAS



Hugo Hollanda Soares

Graduado pela Faculdade Integrada Vianna Júnior. Advogado. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em direito público e privado na preparação para a carreira da magistratura.

Resumo: O contrato de transporte aéreo se caracteriza como um acordo em que uma pessoa física ou jurídica oferece um serviço de deslocamento, de transporte de pessoa ou coisa. A relação que se estabelece entre o transportador e transportado é uma relação de consumo, visto que se encaixam nos conceitos de fornecedor de serviços e consumidor. O presente trabalho objetiva tratar da responsabilidade civil do transportador aéreo e a limitação dos danos estabelecidas pela legislação específica, bem como qual prazo prescricional aplicável. Serão ponderados os pontos principais dos diplomas jurídicos que disciplinam a matérias buscando solucionar o conflito aparente de normas. Os principais diplomas são a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a Convenção de Montreal. As disposições dos referidos diplomas são conflitantes, principalmente quanto a limitação da indenização estabelecida pela Convenção de Montreal. Buscou-se através da teoria do diálogo das fontes uma solução para a responsabilidade do transportador aéreo perante os passageiros.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Transporte aéreo. Convenção de Varsóvia. Responsabilidade Civil

Sumário: Introdução 1. Do contrato de transporte aéreo. 2. A responsabilidade do transportador aéreo. 2.1. Na Constituição Federal. 2.2. No Código de Defesa do Consumidor. 2.3. No Código Civil. 3.4. Na Convenção de Montreal. 3. Do conflito aparente de normas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, cada vez mais brasileiros utilizam o meio de transporte aéreo. A expansão do transporte aéreo gerou uma multiplicidade de operações, envolvendo várias especializações. Todavia, a relação entre usuário e transportador aéreo faz surgir, não raro, situações que dão azo a denominada responsabilidade civil em razão da má qualidade da



prestação dos serviços.

A responsabilidade civil do transportador aéreo perante o usuário tem previsão na Constituição Federal, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na Convenção de Montreal. O estudo desses diplomas normativos deve ser feito comparativamente visto que suas disposições geram um conflito aparente de normas. As disposições da Convenção de Montreal, por exemplo, em comparação com o Código de Defesa do Consumidor limitam o valor da indenização por danos decorrentes da má prestação do serviço, além de vedar a indenização por danos morais. A questão que se quer buscar é de qual norma seria aplicável à hipótese de responsabilidade civil do transportador aéreo.

Inicialmente, o primeiro capítulo deste artigo tratará do contrato de transporte aéreo e suas principais características jurídicas. No segundo capítulo, será tratada a responsabilidade do transportador e em subcapítulos a responsabilidade nos vários diplomas normativos: primeiro na Constituição Federal; segundo no Código de Defesa do Consumidor; terceiro no Código Civil; e, por fim, em quarto na Convenção de Montreal. Isto dará o parâmetro amplo sobre a questão. No terceiro capítulo, será analisado o conflito aparente entre as normas dos diplomas que disciplinam a responsabilidade no contrato de transporte aéreo.

Por fim, a importância do trabalho está atrelada à necessidade de se esclarecer pontos relativos ao tema da responsabilidade civil do transportador aéreo nos diplomas. O país conta com tecnologia de ponta e também com muitos usuários utilizando o transporte aéreo. Entretanto, nada disso vale se não existir coerência na aplicação das normas legais a fim de proteger a parte mais vulnerável, que é o consumidor, visto que a falta de regulamentação só traz insegurança aos contratantes.

1. DO CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

O contrato de transporte aéreo pode envolver o transporte de passageiros, o de



bagagens e de mercadorias. A análise da responsabilidade civil será feita, no entanto, somente no contrato de passageiros e de bagagens.

Carlos Roberto Gonçalves citando Pontes de Miranda¹ conceitua o contrato de transporte como aquele “contrato pelo qual alguém se vincula, mediante retribuição, a transferir de um lugar para outro pessoa ou bens”. Carlos Roberto Gonçalves² ainda classifica o contrato de transporte como consensual, comutativo, autônomo, bilateral e não solene.

O contrato de transporte aéreo é consensual já que que o contrato se forma com a aceitação das partes. A relação contratual se forma independentemente da entrega da coisa ou do transporte da pessoa. O que o caracteriza é a atividade principal desenvolvida pelo transportador que deve ser o de deslocamento físico de pessoas e coisas de um local para outro, sob sua total responsabilidade.

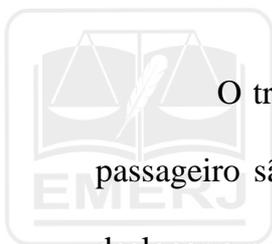
Nesse sentido, mesmo antes do passageiro adentrar na aeronave já é possível verificar a formação da relação contratual, sendo possível a configuração da responsabilidade do transportador por danos da ordem moral e material.

Trata-se de contrato bilateral já que gera obrigações recíprocas à ambas as partes, para o transportador e ao passageiro. Este é o ponto mais sensível da responsabilização civil do transportador pelo descumprimento de suas obrigações contratuais. A obrigação do usuário é adimplir com sua prestação pecuniária e cumprir as normas e instruções regulamentares estabelecidas pelo transportador. Já a obrigação do transportador aéreo é de transportar o passageiro no horário e itinerário previsto, respondendo caso contrário por perdas e danos.

O contrato de transporte aéreo pode ser classificado ainda como comutativo. Assim, as obrigações dos passageiros e transportadores é certa, por não se tratar de contrato aleatório e sim comutativo.

1 MIRANDA, Pontes *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria dos contratos e atos unilaterais*. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 91.

2 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro - teoria dos contratos e atos unilaterais*. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 428.



O transportador aéreo tem uma obrigação de resultado, qual seja, a de transportar o passageiro são e salvo, e de suas bagagens ao seu destino. Portanto, cabe ao transportador deslocar o passageiro ao destino combinado de forma célere e segura, além de transportar suas bagagens no tempo determinado e sem causar nenhuma avaria.

Não é contrato solene, portanto, não se exige uma forma documental específica. Por isso a relação jurídica entre as partes se estabelece mediante o pagamento da contraprestação pecuniária para o transporte.

Marco Fábio Morsello³ classifica o transporte aéreo em doméstico – regido pelo Código Brasileiro da Aeronáutica – e internacional – regido pela Convenção de Montreal. O contrato de transporte aéreo doméstico é regido pelas disposições do Código da Aeronáutica, que considera como doméstico o transporte em que o ponto de partida, intermediário e o destino estejam situados em território nacional, nos termos do art. 215⁴.

Em segundo lugar o contrato de transporte aéreo internacional é regido pela Convenção de Montreal que entende como internacional o transporte aéreo em que o ponto de partida e ponto de destino estejam situados em território de dois Estados signatários da convenção ou que haja escala prevista no território de qualquer outro Estado, mesmo que este não seja signatário da convenção, é o que dispõe o artigo 1, n° 2⁵.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO

3 MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 206.

4 “Art. 215. Considera-se doméstico e é regido por este Código, todo transporte em que os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em Território Nacional.

5 Artigo 1, n° 2. “Para os fins da presente Convenção, a expressão transporte internacional significa todo transporte em que, conforme o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto de destino, haja ou não interrupção no transporte, ou transbordo, estão situados, seja no território de dois Estados Partes, seja no território de um só Estado Parte, havendo escala prevista no território de qualquer outro Estado, ainda que este não seja um Estado Parte. O transporte entre dois pontos dentro do território de um só Estado Parte, sem uma escala acordada no território de outro Estado, não se considerará transporte internacional, para os fins da presente Convenção.”



A obrigação contratual de transporte aéreo pode fazer surgir a responsabilidade civil em diversas situações. No ordenamento jurídico brasileiro existem diplomas legais que limitam a responsabilidade do transportador aéreo até certo patamar, como o Código Brasileiro da Aeronáutica – no transporte aéreo doméstico – e a Convenção de Montreal – no transporte aéreo internacional. A limitação do *quantum debeatur* objeto dos referidos diplomas, segundo Marco Fábio Morsello⁶, não influi na fixação dos danos extrapatrimoniais comprovados.

Carlos Roberto Gonçalves⁷ conceitua o dano em sentido amplo, como:

[...] a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.

Em primeiro lugar, o transportador aéreo poderá ser responsabilizado pelo atraso no transporte. Como visto, o transporte deve obrigatoriamente ser prestado de forma célere, ou seja, dentro do lapso temporal acordado entre as partes. No entanto, a responsabilidade surgirá quando houver atraso superior a 4 (quatro) horas, devendo o transportador providenciar o embarque do passageiro em aeronave equivalente ou a restituição do valor da passagem, conforme o art. 230 da Código Brasileiro da Aeronáutica⁸.

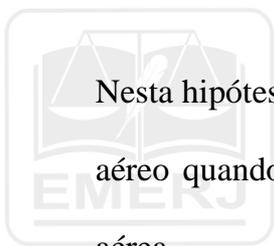
O atraso no transporte aéreo não se confunde com o chamado *overbooking*, que segundo Marco Fábio Morsello⁹, caracteriza-se “pela aceitação pelo transportador de reservas para determinado voo em quantidade superior à capacidade da aeronave destinada para tanto”.

6 Morsello, op. cit. p. 52.

7 ALVIM, Agostinho *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 4 : Responsabilidade Civil . São Paulo : Saraiva, 2014. p. 425.

8 “Art. 230. Em caso de atraso da partida por mais de 4 (quatro) horas, o transportador providenciará o embarque do passageiro, em voo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, se houver, ou restituirá, de imediato, se o passageiro o preferir, o valor do bilhete de passagem.”

9 MORSELLO, op. cit. p. 55.



Nesta hipótese, há uma inexecução contratual que enseja a responsabilização do transportador aéreo quando não for providenciado outra aeronave ou a restituição do valor da passagem aérea.

A segunda hipótese que mais gera responsabilização é quanto a avarias e danos a bagagens dos passageiros durante o transporte. O transporte das bagagens faz parte do objeto contratual no transporte aéreo, por isso, o descumprimento do transportador em fazer com que a bagagem chegue incólume ao usuário gera a sua responsabilidade por danos morais e materiais.

É possível constatar por essa breve análise das principais situações ensejadoras de danos aos usuários do transporte aéreo a complexidade do tema. Nos próximos tópicos, a matéria será analisada a partir dos diplomas regentes da responsabilidade civil do usuário do transporte aéreo, começando pela Constituição Federal.

2.1. NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

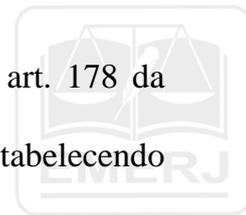
O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe transformações significativas no ordenamento jurídico brasileiro. No que diz respeito ao transporte aéreo a Constituição Federal¹⁰ no art. 21, XII, c, dispôs seria uma concessão de serviço público. Diogo de Figueiredo¹¹ conceitua a concessão “como um contrato administrativo através do qual a execução de serviços de utilidade pública é delegada a particulares, sob regime misto: público e privado”.

O art. 178 da Carta Magna¹² dispõe que lei tratará do transporte aéreo e do transporte

10BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 de maio. 2015.

11 MOREITA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direita Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 713.

12BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 de maio. 2015.



internacional observando os acordos firmados pela União. O texto do referido art. 178 da Constituição Federal foi alterado pela Emenda Constitucional nº 5 de 1995¹³ estabelecendo que fossem observados no transporte aéreo internacional lei específica – Código Brasileiro da Aeronáutica – e no transporte aéreo internacional os acordos firmados pela União – Convenção de Montreal.

A Constituição Federal estabeleceu a aplicação do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, esta não pode ser a interpretação correta. Utilizando uma interpretação sistemática o dispositivo não pode ser considerado individualmente, mas sim de forma coerente com o conjunto de normas constitucionais, evitando contradições.

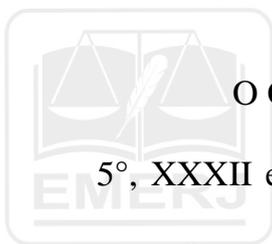
O texto constitucional fixou o princípio do protecionismo do consumidor, por isso a interpretação mais acertada do art. 178 da Constituição Federal¹⁴ é de que deve ser observado no transporte aéreo internacional lei específica – Código Brasileiro da Aeronáutica – e no transporte aéreo internacional os acordos firmados pela União – Convenção de Montreal, desde que não restringirem a proteção ao consumidor.

A Convenção de Montreal e o Código Brasileiro da Aeronáutica possuem dispositivos que limitam a responsabilidade civil do transportador aéreo por danos sofridos pelo usuário. No entanto, os referidos diplomas específicos devem ser interpretados de forma coerente com o sistema constitucional de proteção do consumidor. Por isso, é necessário analisar as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre a responsabilidade civil do transportador aéreo.

2.2. NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

¹³Ibid.

¹⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 de maio. 2015.



O Código de Defesa do Consumidor–CDC tem alicerce e raiz constitucional nos art. 5º, XXXII e 170, V da Carta Magna¹⁵. Nesse sentido, todos os princípios fundamentais de proteção ao consumidor encontram seu fundamento de validade na Constituição Federal.

O CDC criou um microssistema próprio, inaugurando no ordenamento jurídico, disposições protetivas aplicáveis em adição a outros diplomas legais. Por isso, com o advento do novo Código Civil em 2002, passou-se a interpretar as disposições do Código de Defesa do Consumidor com base na teoria do diálogo das fontes¹⁶.

A referida teoria foi elaborada na Alemanha por Erik Jayme e trazida ao Brasil pela professora Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul¹⁷. A teoria do diálogo das fontes dispõe, que as normas jurídicas não se excluem, mas se completam, mesmo se pertencentes a diplomas jurídicos diferentes. Do ponto de vista legal, a tese está baseada no art. 7º do CDC¹⁸, que adota um modelo aberto de interação legislativa.

O art. 7º do CDC prevê que os direitos previstos no código não excluem outros como: tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário; legislação interna ordinária; regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes; princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

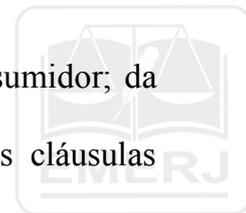
Desse modo, diante do pluralismo pós-moderno, com inúmeras fontes legais, como o Código Civil, Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e acordos internacionais, surge a necessidade de coordenar as disposições desses diplomas no que tange a responsabilidade civil no transporte aéreo.

15Ibid.

16 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Método, 2014. p. 42.

17 Ibid. p. 44.

18BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 de maio. 2015.



Os principais princípios consumeristas são o da vulnerabilidade do consumidor; da boa-fé objetiva; da transparência; da educação e informação; da proibição das cláusulas abusivas; e da reparação integral do dano. Não há, portanto, como conciliar a aplicação dos referidos princípios com a limitação da responsabilidade do transportador aéreo por eventos danosos impostas pela legislação específica.

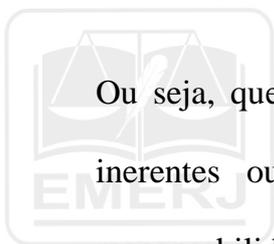
O Código de Defesa do Consumidor adotou o princípio da reparação integral dos danos sofridos ao consumidor. No art. 6º, VI, do CDC¹⁹ garante-se um dos direitos básicos do consumidor a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Portanto, aquele que causar um dano é obrigado a repará-lo, independentemente de culpa. Nesse sentido, a reparação integral dos danos, assegura aos consumidores a efetiva prevenção e reparação de todos os danos suportados, sejam eles materiais ou morais, individuais, coletivos ou difusos.

Corroborando com a ideia de reparação integral dos danos o Enunciado nº 550 do Conselho Justiça Federal dispôs na VI Jornada de Direito Civil²⁰ que “a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”. Tal entendimento tem plena incidência para as relações jurídicas de consumo estabelecidas entre transportador aéreo e transportado.

Os preceitos do Código de Defesa do Consumidor brasileiro trouxeram ao ordenamento jurídico brasileiro uma transformação dos seus paradigmas, criando um sistema jurídico aberto, com princípios norteadores de todas as relações de consumo. No que tange ao transporte aéreo a responsabilidade de indenização prevista no CDC está em consonância com o Código Civil que prevê que será sempre objetiva com base na teoria do risco do negócio.

19_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 12 de maio. 2015

20JORNADA DE DIREITO CIVIL, VI, 2013, Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/621>>. Acessado em: 12 de maio de 2015.



Ou seja, quem exerce uma atividade, qualquer que seja ela, deve assumir os riscos a ela inerentes ou dela decorrentes. O próximo subcapítulo será destinado a análise da responsabilidade civil do transportador aéreo no Código Civil.

2.3. NO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil regulamentou especificamente o contrato de transporte em geral a partir do art. 730 dentro da Seção I do Capítulo XIV²¹. O referido diploma previu a responsabilidade objetiva no art. 927, parágrafo único²², quando a atividade desenvolvida implicar riscos.

Nas hipóteses de transporte de pessoas, o *codex* no art. 734²³ fixou a responsabilidade objetiva do transportador pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, proibindo cláusula de não indenizar. O referido dispositivo, se refere apenas a força maior demonstrando que a responsabilidade do transportador somente será excluída por acontecimentos naturais, como raio, inundação, terremoto etc., e não aqueles fatos decorrentes da conduta humana, alheios à vontade das partes, como greve, motim, guerra etc.

O art. 738, parágrafo único do Código Civil²⁴ ao tratar dos deveres dos passageiros dispôs que se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, é possível a redução da indenização na medida da concorrência de culpa da vítima na ocorrência do dano. Permitiu-se com isso que quando ficar

21 BRASIL. Código Civil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 3 de maio de 2015.

22 BRASIL. Código Civil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 3 de maio de 2015.

23 Ibid.

24 Ibid.



comprovado que a vítima contribuiu efetivamente para a produção do dano que a indenização seja reduzida equitativamente. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor não prevê a culpa concorrente.

O art. 927, parágrafo único do Código Civil²⁵ contém uma cláusula geral de responsabilidade objetiva que abarca todos os serviços que gerem naturalmente risco aos usuários e a sociedade. Não há como negar a existência de uma atividade de risco no transporte aéreo mesmo que os índices de sinistros no ramo sejam pequenos, aplicando-se a responsabilidade objetiva do referido dispositivo.

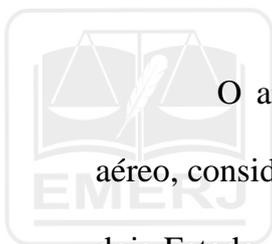
O Decreto n° 5.910 de 2006²⁶ – Convenção de Montreal – estabelece responsabilidade subjetiva para o transportador aéreo fundamentada na presunção de culpa, limitando a responsabilidade objetiva a determinado patamar. As disposições do referido diploma não são coerentes com as do Código de Defesa do Consumidor ou com as do Código Civil, devendo ser aplicada a responsabilidade objetiva na atividade de transporte aéreo. A Convenção de Montreal deve ser analisada no próximo subcapítulo em comparação com os outros diplomas já mencionados.

2.4. DA CONVENÇÃO DE MONTREAL

A Convenção de Montreal disposta no Decreto n. 5.910 de 27 de setembro de 2006, substituiu a Convenção de Varsóvia. Trata-se de tratado internacional aplicável a todo transporte de pessoas, bagagens ou carga, efetuado em aeronaves, mediante remuneração, aplicando-se, inclusive ao transporte gratuito efetuado em aeronaves, por uma empresa de transporte aéreo.

25 Ibid.

26BRASIL. [Decreto N. 5.910, DE 27 DE SETEMBRO DE 2006](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em 29 abr. 2015.



O artigo 1º, número 2 da Convenção de Montreal²⁷ traz o conceito de transporte aéreo, considerado aquele em que o ponto de partida e o ponto de destino estejam situados em dois Estados, havendo ou não interrupção ou escala. Excluiu-se da incidência da Convenção de Montreal o transporte aéreo doméstico, sendo considerado aquele ocorrido entre dois pontos dentro de um mesmo território, sem uma escala acordada no território de outro Estado. Neste último caso aplica-se expressamente o Código Brasileiro de Aeronáutica.

A exclusão de indenização pelos danos extrapatrimoniais está prevista no artigo 29 da Convenção de Montreal²⁸. No entanto, o art. 5º, V da Constituição Federal²⁹ prevê a indenização por dano material, moral ou à imagem. Neste ponto, a aplicação da Convenção de Montreal deve ser afastada, visto que por ser tratado internacional que não atende aos preceitos do art. 5º, §3º da Constituição Federal³⁰, conta com estatura infraconstitucional, não podendo afastar a responsabilidade por danos morais.

Há uma incompatibilidade entre as normas da Convenção de Montreal e as disposições da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor. A Convenção prevê, por exemplo, que a reparação por perdas e danos oriundas de evento morte ou lesões corporais é de responsabilidade objetiva do transportado aéreo até certo valor, conforme o artigo 21, número 1º e 2º³¹, passando a ser responsabilidade subjetiva acima do referido patamar, baseada na presunção de culpa, mostrando-se manifestamente incompatível, o que não pode preponderar em sede das relações de consumo. Outro exemplo de incompatibilidade da Convenção de Montreal é nas hipóteses de atraso de voo, destruição,

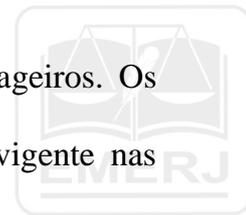
27BRASIL. [Decreto N. 5.910, DE 27 DE SETEMBRO DE 2006](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em 29 abr. 2015.

28Ibid.

29BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 de maio. 2015.

30BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 de maio. 2015.

31_____. [Decreto N. 5.910, DE 27 DE SETEMBRO DE 2006](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em 29 abr. 2015.



perda ou avaria de bagagem, a qual estabelece limite de indenização por passageiros. Os referidos exemplos não podem prosperar diante da responsabilidade ilimitada vigente nas relações de consumo, nos termos dos artigos 6º, VI, e 22, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor³².

A Convenção de Montreal estabelece, também, no art. 35, números 1º e 2º³³, que os prazos para ajuizamento de ações referentes ao direito de indenização será de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria ter chegado, ou do da interrupção do transporte. Acontece que o Código de Defesa do Consumidor fixa, nos termos do art. 27³⁴, prazo prescricional de 5 (cinco) anos, iniciando-se sua contagem a partir do conhecimento do dano e de sua autoria, o que deverá prevalecer, quando se tratar de relações de consumo. A prevalência do prazo prescricional do diploma consumerista se dá em razão do princípio do protecionismo ao consumidor e da reparação integral do dano.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, possui precedente no RE nº 297.901 de 31³⁵ de março de 2006, no sentido de que, apesar do Código de Defesa do Consumidor ser norma aplicável às relações de consumo, com fundamento no art. 178 da Magna Carta³⁶, deve-se aplicar o prazo prescricional de dois anos previsto na Convenção de Montreal no artigo 35³⁷.

32_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 12 de maio. 2015

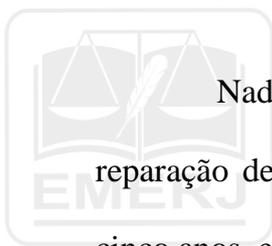
33Ibid.

34Ibid.

35BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 297.901. Relatora Ministra Ellen Gracie. 31 de Março de 2003. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1907851>>. Acessado em: 22 de Janeiro de 2015.

36_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 de maio. 2015.

37_____. [Decreto N. 5.910, DE 27 DE SETEMBRO DE 2006.](#) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em 29 abr. 2015.



Nada obstante, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento pacífico que a reparação de danos resultantes da má prestação do serviço pode ser pleiteada no prazo de cinco anos, em aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

3. DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS

A Convenção de Montreal, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor estão plenamente em vigor, não remanescendo conflito algum entre suas disposições, com exceção daquelas normas relacionadas à responsabilidade civil do transportador; nelas há patente antinomia. O conflito aparente de se limita apenas as disposições quanto a responsabilidade civil do transportador aéreo.

Em relação a outros temas como o controle de cláusulas abusivas, publicidade, práticas abusivas, etc., que não tratados na Convenção, o Código de Defesa do Consumidor permanece como uno. Quanto as hipóteses em que há antinomia o entendimento prevalecente é de que as normas consumeristas devem preponderar em conflito com a Convenção de Montreal. O referido entendimento não busca declarar inaplicável as disposições dos tratados internacionais, no âmbito do transporte aéreo, mas sim preservar o princípio do protecionismo do consumidor.

O regime da Convenção de Montreal que prevê a presunção de culpa do transportador não deve prosperar, já que, nas relações de consumo, aplica-se ao transportador aéreo, caracterizado como fornecedor de serviços, o regime da responsabilidade objetiva, com fundamento na teoria do risco do empreendimento. Ainda o art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor³⁸ prevê a ampla reparação do dano, abrangendo, também, a esfera extrapatrimonial. Nesse sentido, os limites fixados no art. 22, números 1º a 4º da Convenção

38BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 de maio. 2015.



de Montreal³⁹, não afastam, a reparação por dano moral, prevista expressamente no art. 5º, V e X da Constituição Federal⁴⁰. Em relação ao dano material, quando derivado de evento morte ou lesão corporal além da incidência das normas consumeristas, emerge, também, a chamada responsabilidade objetiva ilimitada.

Mesmo a celebração de transporte aéreo gratuito de passageiro, a obrigação de proteção à pessoa afasta a fixação prévia de patamar para limitar a indenização.

CONCLUSÃO

O transporte aéreo em razão da multiplicidade de diplomas regentes, principalmente no transporte aéreo internacional, gera um conflito aparente de normas no que tange à responsabilidade civil por má prestação de serviços.

A Constituição Federal no art. 178⁴¹ dispõe no que tange à ordenação do transporte aéreo que se deve observar os acordos firmados pela União. O texto constitucional reserva a regulamentação do transporte aéreo aos acordos internacionais, como a Convenção de Montreal.

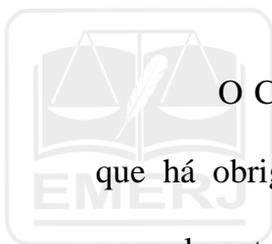
De outro lado, o Código de Defesa do Consumidor é regido pelo princípio da reparação integral do dano, estipulando que haverá reparação integral, assegurando aos consumidores a efetiva prevenção e reparação de todos os danos suportados, sejam eles materiais ou morais. Além disso, o art. 7º⁴² do mesmo diploma prevê que os direitos previsto no código não excluirão outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais que o Brasil seja signatário, bem como da legislação interna ordinária.

39_____. [Decreto N. 5.910, DE 27 DE SETEMBRO DE 2006](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em 29 abr. 2015.

40_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 de maio. 2015.

41Ibid.

42BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 12 de maio. 2015.



O Código Civil prevê, por sua vez, de maneira geral, no art. 927, parágrafo único⁴³ que há obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando as atividades normalmente desenvolvidas pelo autor do dano, por sua natureza, implicarem risco para os direitos de outrem. Trata-se de responsabilidade civil objetiva, que pode ser aplicada ao contrato de transporte aéreo em decorrência da má prestação do serviço. O art. 927, parágrafo único do Código Civil se aproxima do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor no que diz respeito à responsabilidade objetiva do transportador aéreo.

A Convenção de Montreal, em certas situações, limitou o patamar de indenização, como na hipótese de destruição perda, avaria ou atraso, a menos que o passageiro entregue bagagem com registro especial de valor, conforme o artigo 22, número 2^o⁴⁴. Além de restringir a responsabilidade civil do transportador e vedar a indenização por danos morais, a Convenção de Montreal fixou prazo prescricional de 2 (dois) anos, inferior àquele previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Observa-se na hipótese clara aplicação da teoria do diálogo das fontes, uma vez que, o mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes. Assim, nos termos do art. 7º do CDC⁴⁵, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

A teoria do diálogo das fontes dispõe que as normas jurídicas não se excluem por serem pertencentes a ramos distinto, mas se complementam⁴⁶. No Brasil, a teoria do diálogo

43 _____. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 3 de maio de 2015.

44 _____. [Decreto N. 5.910, DE 27 DE SETEMBRO DE 2006](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em 29 abr. 2015.

45 _____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 de maio. 2015.

46 TARTUCE, op. cit. p. 41.



das fontes teve sua incidência principalmente na harmonização dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 em matérias como a responsabilidade civil. Contudo, nada impede a aplicação da teoria do diálogo das fontes entre as disposições consumeristas com as da Convenção de Montreal.

Conclui-se, portanto, no que tange à responsabilidade civil do consumidor no contrato de transporte aéreo que a limitação implementada pela Convenção de Montreal não pode prevalecer sobre o princípio da reparação integral do dano do Código de Defesa do Consumidor. A teoria do diálogo das fontes indica que as disposições consumeristas mais benéficas ao consumidor devem ser aplicadas. Por isso, a responsabilidade do transportador aéreo será sempre objetiva, cabendo aos consumidores que experimentarem danos em razão da má qualidade da prestação dos serviços exigir, a indenização integral pelos danos materiais sofridos, contando ainda com prazo prescricional de 5 (cinco) anos estabelecido no art. 27 do CDC⁴⁷.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 3 de maio de 2015.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 de maio. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 de maio. 2015.

_____. [Decreto N. 5.910, DE 27 DE SETEMBRO DE 2006](#). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 297.901. Relatora Ministra Ellen Gracie. 31 de Março de 2003. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1907851>>. Acesso em: 22 de Janeiro de 2015.

47BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 de maio. 2015.



DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade civil*. São Paulo : Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Teoria dos contratos e atos unilaterais* . São Paulo : Saraiva, 2012.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, VI, 2013, Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/621>>. Acessado em: 12 de maio de 2015.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

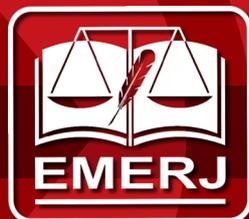
MOREITA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direita Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Método, 2014.

VOLTAR AO SUMÁRIO





Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090

www.emerj.tjrj.jus.br